CRÓNICA DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA (2010)

Ignacio Granado Hijelmo

Letrado Secretario General del Consejo Consultivo de La Rioja

SUMARIO: **I. Doctrina consultiva sobre asuntos constitucionales.** 1. La autonomía local y el proceso constitucional para su defensa en el procedimiento de alteración de términos municipales. 2. La posible inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de la LOTC, la LOPJ y la LJCA, más conocida como “*Ley del Blindaje de las normas forales fiscales vascas*”. 3. La posible inconstitucionalidad de determinados preceptos del Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. 4. Posible inconstitucionalidad de la Ley estatal 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. 5. Doctrina consultiva sobre las fuentes del derecho en la constitución. **II. Doctrina consultiva sobre el procedimiento administrativo especial de elaboración de disposiciones generales.** 1. Trascendencia y régimen jurídico. 2. Iniciación. 3. Integración. 4. Memorias. 5. Borradores y Anteproyecto. **III. Doctrina sobre técnica normativa.** 1. Régimen. 2. Parte expositiva. 3. Intitulación. 4. Articulado. 5. Terminología jurídica y precisiones léxicas y gramaticales. 6. Relaciones inter-normativas. 7. Disposiciones Adicionales. 8. Disposiciones Transitorias. 9. Disposiciones Finales. **IV. Doctrina en materia de contratación administrativa.** 1. Ejecución a *riesgo y ventura del contratista*. 2. Cesión del contrato y su distinción con la cesión del derecho al cobro de las prestaciones contractuales. 3. Resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista. 4. Contratos privados de la Administración. **V. Doctrina en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas.** 1. Responsabilidad de la Administración general. 2. Responsabilidad de la Administración urbanística. 3. Responsabilidad de la Administración viaria. 4. Responsabilidad de la Administración por daños producidos por sus concesionarios y contratistas. 5. Responsabilidad de la Administración cinegética. 6. Responsabilidad de la Administración sanitaria. **VI. Doctrina sobre revisión de actos administrativos.** 1. Sobre causas de nulidad de pleno Derecho en general. 2. Sobre la causa de nulidad de pleno Derecho del art. 62.1,b) LPAC. 3. Sobre la causa de nulidad de pleno Derecho del art. 62.1,e) LPAC. 4. Sobre la causa de nulidad de pleno Derecho del art. 62.1,f) LPAC. 5. Sobre los límites de la revocación. 6. Sobre el recurso extraordinario de revisión. **VII. Doctrina sobre materias concretas.** 1. La Administración local. 2. Las competencias autonómicas de La Rioja. **VIII. Otros asuntos analizados por el Consejo Consultivo en 2010.** 1. La actividad convencional de la Administración. 2. La jubilación parcial con contrato laboral de relevo. 3. La tutela frente al ruido. 4. La función pública. 5. El gasto público: La Intervención General de la CAR. 6. El procedimiento administrativo. **IX. Conclusión.**

PALABRAS CLAVE: Consejo Consultivo; Comunidad Autónoma; La Rioja; Derecho Autonómico; Constitución; Estatuto de Autonomía; Conflicto en defensa de la autonomía local; Blindaje de las Normas Forales Fiscales Vascas; Reglamentos; Técnica legislativa; Contratos Administrativos, Revisión de Oficio; Responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

I. DOCTRINA CONSULTIVA SOBRE ASUNTOS CONSTITUCIONALES.

En los *Repertorios de 2006, 2007, 2008 y 2009* dábamos cuenta de una renovada intensidad de las consultas sobre asuntos constitucionales, ésta se ha incrementado en 2010 con el tratamiento de dos importantes asuntos relativos a la autonomía local y foral, respectivamente, como son: i) la alteración de términos municipales riojanos por la que luego sería la Ley 3/10, del Parlamento de La Rioja, por la que se aprueba la segregación del lugar llamado Somalo del municipio de Torremontalbo para su agregación al de Uruñuela, asunto al que el Consejo dedicó sus DD. 9 y 50/10); y ii) el llamado *blindaje* jurisdiccional de las normas fiscales forales vascas efectuado por la Ley Orgánica 1/10, asunto que ha sido objeto del D.20/10. Además, el Consejo ha analizado la posible inconstitucionalidad del RDL 8/10

de medidas extraordinarias para la reducción del régimen público (D.62/10) y del art. 39 de la Ley 5/2010, de Coordinación de Policías Locales de La Rioja (D.65/10); así como otros asuntos constitucionales que se reseñan en este primer epígrafe.

1. LA AUTONOMÍA LOCAL Y EL PROCESO CONSTITUCIONAL PARA SU DEFENSA EN EL PROCEDIMIENTO DE ALTERACIÓN DE TÉRMINOS MUNICIPALES.

Si, en 2009, el Consejo se pronunció, en su D.34/09, sobre el primer *conflicto en defensa de la autonomía local* promovido en La Rioja desde la introducción de este nuevo tipo de proceso constitucional en la LOTC, por la LO 7/99, en 2010 el Consejo ha vuelto a ocuparse de esta materia constitucional en sus DD. 9 y 50/10, con la diferencia de que, en el D.34/09 estaban implicados decenas de municipios, mientras que en los DD. 9 y 50/10 sólo lo están dos.

El D.9/10 versa sobre el Anteproyecto de la que luego sería la Ley 3/2010, de 10 de marzo, por la que se aprueba la alteración de los términos municipales de Torremontalbo y Uruñuela (BOR núm. 22, del 15) para la segregación del lugar de Somalo del primero y su agregación al segundo¹. Dicha Ley fue posteriormente impugnada por el Ayuntamiento de Torremontalbo ante el Tribunal Constitucional mediante el conflicto en defensa de la autonomía local núm. 5738/2010, admitido a trámite por el TC (BOR núm. 125 y BOE núm. 246, ambos de 11 de octubre de 2010), tras la previa y preceptiva consulta al Consejo Consultivo de La Rioja, que se evacuó mediante el D.50/10.

El Consejo Consultivo, en su D.9/10, se pronunció en contra del Anteproyecto de Ley: i) por falta de legitimación activa de Uruñuela, al no ser Somalo núcleo de población; ii) por falta de justificación de la propuesta y iii) por no ser Somalo un enclave de Torremontalbo en Uruñuela, ya que también colinda con Nájera y Hormilleja. En coherencia, en el D. 50/10, se pronuncia favorablemente sobre el conflicto en defensa de la autonomía local que el Ayuntamiento de Torremontalbo anunciaba plantear ante el TC sobre este mismo asunto. Seguidamente se extractan los principales argumentos de estos Dictámenes.

A) Régimen jurídico aplicable a las alteraciones de términos municipales; en especial la necesidad de concurrencia conjunta de los requisitos sustantivos.

Para analizar esta operación territorial, el D.9/10 comienza examinando el *régimen jurídico aplicable en La Rioja a la segregación parcial del territorio de un municipio para agregarlo al de otro* y que está contenido en los arts. 149.1.18 CE; 13.1 LBRL; 3.1.c), 6, 8, 9 y DF 7ª TRLRL; 5, 8.1.3, 9.8, 19, g) y 27. EAR'99; y 8 a 50, especialmente el 13, de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Régimen Local de la CAR (LALR), así como en el Reglamento de Población y Demarcación de las entidades locales, aprobado por RD 1690/86, de 11 de junio (RPD).

¹ El lugar de Somalo podría ser reputado "real sitio" ya que fue utilizado por los reyes García y Estefanía de Nájera como finca de recreo en la alta edad media, aunque su posterior vinculación al linaje nobiliario riojano de los Condes de Hervías determinaría su anexión a Torremontalbo, siendo en la actualidad un pago, ameno por su frondosidad, sito en las riberas del Najerilla, aunque hace años que carece de habitantes. La Ley 3/10 realiza una alteración de términos municipales de suerte que este histórico paraje se desvincule del minúsculo municipio de Torremontalbo y se vincule al más pujante de Uruñuela en el que se encuentra parcialmente enclavado.

El D.50/10 se detiene en la determinación de los *requisitos sustantivos* puesto que la garantía institucional de la autonomía local comprende y debe comprender, tal y como en esto correctamente resulta de la LALR, la existencia de concretos requisitos sustantivos para que pueda acordarse la alteración de los términos municipales, que no puede ser arbitraria ni meramente discrecional, sino que tiene siempre como presupuesto para su eficacia y validez una base *reglada*.

Ahora bien, el D.9/10 precisa que tales requisitos tienen el carácter de *mínimos* o común denominador normativo, por lo que pueden ser ampliados por las CCAA en sus normas sobre régimen local. Así, los arts 8.2., 9.3 y 13 LALR requieren: i) que la porción a segregarse contenga un *núcleo de población* que no sea el de capitalidad ni mayor que éste²; iii) que no baste con una simple *rectificación de límites*³ ii) que existan *circunstancias* geográficas, económicas, sociales o de otra índole que aconsejen la segregación, lo que se traduce en la necesidad de una *justificación razonada suficiente* de la alteración propuesta; iii) la *conurrencia conjunta* de las dos condiciones anteriores⁴; iv) que el municipio afectado por la segregación quede con *recursos suficientes* para prestar los servicios mínimos legales

² El D.9/10 examina detenidamente el requisito del *núcleo de población*, sentando la doctrina de que, por tal, hay que entender, *ex* 9.2. LALR, el asentamientos urbanos con población residente permanente y debidamente censada, no bastando la existencia de edificaciones, aunque tengan la consideración de núcleos de edificación a efectos urbanísticos *ex* art. 210.2 LOTUR; ni tampoco que los propietarios de fincas en el lugar a segregarse sean vecinos del Municipio beneficiario de la agregación. Por ello, la agregación es resultado de una segregación y ésta última es una forma de alteración de términos municipales que está reservada (como declaró el D. 45.613, de 13 de octubre de 1983, del Consejo de Estado) a los vecinos residentes en la parte a segregarse, por lo que sólo estos *núcleos de población* (o el Ayuntamiento del que quieran segregarse) tienen legitimación activa para promover el procedimiento de segregación; y nunca la tienen los Ayuntamientos a los que se pretendan agregar o los vecinos de éstos últimos, aunque sean titulares de fincas en la zona a segregarse. Por eso, si el promotor de la segregación es el Ayuntamiento al que se pretende agregar una zona, el procedimiento de segregación es inadecuado ya que procede iniciar uno de agregación.

³ El Consejo advierte de la necesaria **distinción entre los procedimientos de segregación y agregación de términos municipales y el de rectificación de límites territoriales municipales**; y así los DD.9 y 50/10 aclaran que no deben aplicarse los primeros y sí el de mera rectificación de límites *ex* art. 9.5 LALR, **cuando no exista núcleo de población afectado**, en cuyo caso puede tramitarse por el procedimiento abreviado del art. 19 LALR, que: i) sólo requiere Acuerdo del Gobierno autonómico, audiencia del Estado y de los municipios afectados y dictamen del Consejo Consultivo, por lo que no precisan ley parlamentaria para su aprobación; ii) si bien deben limitarse a simples *rectificaciones* para evitar *disfuncionalidades* y no emplearse para defraudar el rigor de los otros procedimientos de alteración de términos municipales y, en concreto, el de segregación; iii) por lo que requieren una rigurosa justificación de las disfuncionalidades detectadas que se pretenden evitar con la rectificación (D.9/10).

⁴ También se detiene el Consejo en el examen del requisito de la *conurrencia conjunta* de condiciones exigida por el art. 13 LALR, a diferencia de lo que hacía la anterior LALR (Ley 3/1993, de 22 de diciembre) y la mayoría de las normativas autonómicas, que sólo exigía la concurrencia de *alguna* de las condiciones. Ahora bien, no existe laguna legal en esta materia pues el pronunciamiento del legislador autonómico es claro al exigir la concurrencia conjunta de condiciones (cfr. arts. 9.2 y 13 LALR), por lo que no puede acudir a una aplicación supletoria de la legislación estatal, que no exige dicha concurrencia, pues la normativa estatal ha sido desplazada por la autonómica en el ámbito riojano (D.9/10). Obviamente esta exigencia de concurrencia conjunta dificulta objetivamente las segregaciones con el fin de frenar los fenómenos segregacionistas que son a menudo contrarios a la planta racional municipal y suelen obedecer a intereses particulares de los pueblos, no siempre coincidentes con los generales. Pero que se dificulten las segregaciones no significa que no pueda darse cobertura a procesos legítimos de reacomodación de los asentamientos de la población en el territorio, que deben tener su correspondiente reflejo en la organización administrativa territorial (D.9/10).

obligatorios; y v) que se observen las *finalidades generales* del art. 8.2 LALR para toda alteración de términos municipales. Por otra parte, el D.50/10 insiste en que el *territorio* y la *población* son elementos materiales integrantes de la autonomía local⁵.

B) El procedimiento: en especial, la naturaleza jurídica de la “ley” autonómica por la que se segrega parte de un término municipal para agregarlo a otro Municipio y el carácter administrativo del procedimiento previo.

El procedimiento para la segregación parcial de una zona y su agregación a otro municipio (arts. 14 y 15 LALR) requiere: i) que se inicie a instancia de los vecinos censados en la zona a segregar o de su Ayuntamiento o del Consejero competente en la materia; pero carece de legitimación el Ayuntamiento beneficiario de la agregación, aunque sí puede sumarse al procedimiento iniciado por los activamente legitimados para ello; ii) acuerdo del Ayuntamiento objeto de la segregación (en 3 meses, con posible subrogación posterior del Gobierno autonómico); iii) información pública; iv) comunicación simultánea a la Administración estatal; v) informe de los Ayuntamientos afectados y del Consejo Riojano de Cooperación Local, que no puede darse por cumplido mediante un acuerdo de *darse por enterado*, pues requiere un pronunciamiento expreso; vi) dictamen del Consejo Consultivo; vii) denegación (y fin del procedimiento) o aprobación por el Gobierno autonómico del Proyecto de ley de segregación y su remisión al Parlamento con la correspondiente Memoria razonada *ex art. 45.2 Ley 4/05*; y viii) en tal caso, decisión parlamentaria, adoptada por mayoría absoluta, expresada en un Acuerdo de denegación o en una Ley de segregación (D.9/10).

De entre estos trámites, los DD.9 y 50/10 se centran especialmente en analizar la naturaleza jurídica de la “ley” del Parlamento de La Rioja por la que se segrega parte de un término municipal para agregarlo a otro Municipio, afirmando que dicha “ley” autonómica: i) *lo es meramente en sentido formal, pero no material*⁶; ii) *no es una ley competencial*⁷; iii)

⁵ En efecto, como señala el D. 9/10, ambos constituyen el *ámbito* espacial y personal de las competencias locales; y, aunque la doctrina del TC sobre autonomía local se ha centrado hasta ahora en casos de recorte legal de poderes, funciones o competencias a los entes locales, hay que tener en cuenta también lo relativo a la determinación para cada municipio del *ámbito*, inevitablemente territorial y personal sobre el que recaen tales poderes, funciones y competencias, pues, como establece el art. 11.2 LBRL, *territorio, población y organización* son los *elementos* básicos del municipio. En definitiva, pues, el *territorio* o *término municipal* constituye un presupuesto, premisa o requisito sin el cual —como ocurre con el territorio y la población de un Estado respecto a la *soberanía*— no puede siquiera existir la *autonomía local*. Por eso, la extensión y el alcance de cada término municipal afecta directamente al ejercicio de todos los poderes que integran esa autonomía, esto es, incide inevitablemente en la concreción de ésta; y, por tanto y en conclusión, el procedimiento legalmente establecido y seguido en cada caso para concretar o modificar la extensión y el alcance de cada término municipal, en cuanto su resultado es modificar el ámbito de poder en que consiste la autonomía local, pone en cuestión ésta y, por ende, exige de modo inequívoco que respeten los arts. 137 y 140 CE, esto es, la *garantía institucional* de dicha autonomía.

⁶ El D.9/10 corrobora esta afirmación del D.32/02, pues la intervención del Parlamento consiste en una simple medida autorizadora de naturaleza ejecutiva o administrativa, por lo que dicha “ley”: i) no se sustrae al *test* de constitucionalidad exigido por el TC especialmente para que mediante la misma no se burle la tutela judicial efectiva del art. 24 CE; y ii) carece de virtualidad sanadora de los vicios del procedimiento administrativo anterior.

⁷ La razón es que no incide, condiciona o limita directamente *competencias* o ámbitos de poder municipal, sino que simplemente aprueba y pone fin al expediente incoado por la

*tampoco es una ley singular*⁸; iv) es un simple Acuerdo, con forma de ley, aprobatorio de un procedimiento administrativo, que *tiene naturaleza administrativa*⁹.

Pues bien, en el criterio del Consejo Consultivo, estos requisitos imperativos que debe reunir el correspondiente procedimiento o expediente denotan el carácter *administrativo* de éste (D.50/10).

Resulta especialmente significativo a estos efectos el requisito del dictamen preceptivo del Consejo de Estado, puesto que es un órgano asesor del Gobierno de la Nación y, supletoriamente, de los Gobiernos autonómicos, no de las Cortes Generales ni de los Parlamentos autonómicos, lo que resulta claramente expresivo de que, para la propia LBRL (cfr su art. 13), son los *Gobiernos*, y no los Parlamentos autonómicos, los competentes para resolver los expedientes de alteración de términos municipales, lo que, por eso, explicita así el TRRL (artículos 9.5 y 11.3) que, en esto, es corolario de esa norma básica y no mero precepto de carácter supletorio. El ejercicio de la potestad legislativa, sin perjuicio de su sometimiento a los principios de competencia y jerarquía normativa, con la consiguiente posibilidad de impugnación ante el TC, no puede tener tales límites procedimentales imperativos que afecten a la eficacia y validez, en caso de omisión de los mismos, de la Ley que sea su resultado. Esta naturaleza administrativa viene impuesta por la LBRL y debe, por tanto, ser respetada por la legislación autonómica, especialmente si, como sucede en la CAR, no existe obstáculo alguno para ello en el EAR'99.

Por tanto, concluye el Consejo Consultivo que la aprobación por el Parlamento de las alteraciones de términos municipales tiene naturaleza administrativa, y no puede consistir en el ejercicio por el Parlamento de su potestad legislativa aunque se apruebe con forma de ley (D.50/10). Este régimen de aprobación de la alteración de los términos municipales por un acuerdo parlamentario con forma, rango y valor de ley, constituye una particularidad del Derecho riojano que no sigue ningún otro ordenamiento.

Consejería competente para alterar términos municipales, de suerte que un Ayuntamiento pierde parte de su territorio a favor de otro (D.50/10).

⁸ No es contenedora de *normas* aplicables tan sólo a parte del territorio o de la población de la CAR por concurrir en uno u otra una circunstancia excepcional, sino que se trata simplemente de un *acuerdo*, con forma, rango o valor de ley, adoptado por el Parlamento de La Rioja por requerirlo así la LALR. Y no es *singular* pues, según la STC 166/86, las leyes singulares o de caso único son aquellas dictadas en atención a un supuesto de hecho *concreto y singular* que agotan su contenido y eficacia en la adopción de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la Ley singular y no comunicable con ningún otro, por lo que se configuran como un *ejercicio excepcional* de la potestad legislativa y, por ello, la CE sólo permite que sean utilizadas restrictivamente en aquellos supuestos en que sea preciso "arbitrar una solución adecuada a una situación singular". Por ello, pueden considerarse como *leyes singulares* las que, para supuestos concretos y especiales de determinación territorial, requiere el art. 27 EAR'99, pero no aquellas cuya aprobación requiere la LALR para la alteración ordinaria o común de los términos municipales, pues ésta no es un supuesto de hecho *concreto y singular*, como tampoco *extraordinario* o *excepcional* que justifique la previsión general de su aprobación por ley (D.50/10).

⁹ No consiste en el ejercicio por el Parlamento de su potestad legislativa pues si, como se ha indicado, tampoco se trata de una ley singular o de caso único, sólo puede tratarse de un *acuerdo* que, por las previsiones de la LALR, tiene forma, rango y valor de ley, lo que es bien distinto. Así lo prueba la exigencia y existencia de un *expediente administrativo previo*, seguido y tramitado a instancia de un Ayuntamiento, por la Consejería competente en materia de régimen local, que se tramita siguiendo las prescripciones procedimentales previstas en la LALR, que no son otras que las exigidas por la estatal LBRL (art. 13): audiencia de los Ayuntamientos, dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico y comunicación a la Administración del Estado; y que concluye con la presentación al Parlamento de un Proyecto de Ley de contenido meramente aprobatorio para la adopción, con la mayoría absoluta exigida por la LALR (art.15.d), del pertinente acuerdo parlamentario con forma y rango de Ley (D.50/10).

En efecto, el D.50/10 constata que: i) en las demás CCAA *Uniprovinciales* no se atribuye competencia ejecutiva alguna a sus Parlamentos en relación con la alteración de términos municipales, salvo Murcia y Asturias, con previsiones estatutarias semejantes a las riojanas; si bien: i) aunque el art. 23.5 EAR Murcia atribuye a la Asamblea Regional el ejercicio de las competencias relativas a la supresión, alteración de términos y denominaciones de municipios y la creación de otras entidades territoriales, la Ley 6/88, de Régimen Local, atribuye la resolución de los procedimientos de alteración de términos municipales y los cambios de nombre y capitalidad al Consejo de Gobierno, mediante *Decreto* (arts. 14.4 y 18.1); y ii) aunque el art. 24.5 EAP Asturias atribuye a la Junta General (Parlamento) el ejercicio de las competencias relativas a la alteración de los términos y denominaciones de los Concejos, la Ley 10/86, de Demarcación territorial de los Concejos, atribuye la resolución de los procedimientos *ordinarios* de alteración de términos al Consejo de Gobierno, mediante *Decreto* (art. 15); y ii) en las CCAA *Pluriprovinciales*, las funciones ejecutivas relativas a la alteración de términos municipales y cambios de denominación y capitalidad corresponden al Ejecutivo que las aprueba mediante *Decreto*; y así ha sido históricamente en nuestra legislación de régimen local, lo que se mantiene en los arts. 9.5 y 11.3 del TRRL, que atribuye la competencia al Gobierno de las CCAA, a ejercer mediante la aprobación del oportuno *Decreto*. Por ello, el D.50/10 entiende que las excepciones por las que se requiere la aprobación por Ley, contenidas en algunos Estatutos de Autonomía, como el de La Rioja, o en ciertas Leyes autonómicas (así, por ejemplo, el art. 18 del texto refundido de 2003 de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña), sólo valen en cuanto las mismas puedan considerarse *leyes singulares* con los requisitos necesarios para afirmar su constitucionalidad y validez, no si constituyen una simple forma de resolver el correspondiente expediente administrativo que comportan, en general, las alteraciones ordinarias de los términos municipales.

C) Interpretación del Estatuto de Autonomía de La Rioja en esta materia.

Así pues, la naturaleza administrativa de esta materia es, para el Consejo Consultivo de La Rioja, la razón última por la que la generalidad de las leyes autonómicas, y aun el TR de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, resuelven, salvo en el caso anómalo de La Rioja, que la competencia para aprobar la alteración municipal corresponde al Consejo de Gobierno, no al Parlamento, y menos con forma, rango y valor de Ley. Es más, el D.50/10 entiende que tal particularidad de aprobación por el Parlamento con forma, rango o valor de ley, no se infiere del EAR'99, a pesar de que éste contiene algunas normas, herederas del diferente contexto interpretativo que resultaba originariamente de su carácter de CA Uniprovincial, que, por inercia acrítica, pueden dar lugar a una interpretación, a juicio del Consejo Consultivo, inadmisibles.

En efecto, como se indicó en el D.12/02, sobre la LALR, la interpretación sistemática de los arts 19 y 27 EAR'99, indica que la *aprobación* de la ordenación de las *comarcas*, entendida como reconocimiento, delimitación territorial y ordenación jurídica de las mismas, «se regulará por *Ley*»; pero distinta es la *autorización* de las transferencias de competencias a las Entidades locales, pues, en ese caso, el art. 33.2 EAR'99 establece una reserva de ley y esa es una garantía general derivada del art. 25.3 LBRL, legislación básica en la materia. Sin embargo, al no establecerse en el art. 27 EAR'99 mención alguna a la «*alteración de los términos municipales existentes en La Rioja, sus denominaciones y capitalidad*», se ofrece una pauta segura para la interpretación de las funciones que corresponden al Parlamento en relación con esas materias, en el sentido de que: i) la remisión a la *Ley* se refiere sólo a la ordenación de las *comarcas* y ii) que la intervención del Parlamento (mediante la aprobación) solo será necesaria en la medida en que la alteración de términos municipales, sus denominaciones y capitalidad, afecten a las comarcas, a las agrupaciones de municipios con fines específicos y a las áreas metropolitanas creadas, como consecuencia de la remisión que hace al art. 27 el art. 19.g) del EAR'99, esto es, las alteraciones y cambios que podemos considerar *especiales*.

De ahí que el D.50/10, cuando se trate de alteraciones y cambios *ordinarios*, como es el caso que nos ocupa, no es *estatutariamente* necesaria la intervención del Parlamento, correspondiendo la competencia para resolver al Consejo de Gobierno de La Rioja, al igual que ocurre en el resto de CCAA, criterio que, por lo demás, ha sido tradicional en nuestra legislación histórica de régimen local, atendida la naturaleza estrictamente ejecutiva de tales competencias.

Frente a esta interpretación sistemática no puede alegarse el precedente de la anterior Ley 3/1993, de 22 de septiembre, que exigía reserva de ley para las alteraciones de términos municipales, sus denominaciones y capitalidad, pues, esa opción de política legislativa era igualmente discutible con su entonces marco estatutario, ya que, aunque podía propiciarla — y de hecho la propició el tenor del originario art. 17.1.f) EAR'82 —, la misma venía impedida por el art. 9.1. EAR'82, a interpretar de conformidad con el art.149.1.2ª CE y, desde 1985, con el art. 13 LBRL.

D) Posible inconstitucionalidad de las leyes afectadas.

De todo lo anterior, el D.50/10 concluye que tal particularidad de la LRLR es posiblemente inconstitucional y lesiva de la autonomía local, por lo que vicia igualmente a las Leyes aprobatorias de que ella traigan causa, al impedir el control jurisdiccional de la decisión.

En efecto, a juicio del Consejo Consultivo, hay razones sólidas para estimar dudosa la constitucionalidad —atendido, como es preceptivo, el tenor de la normativa local básica, que conduce a la interpretación ya efectuada del EAR'99— de los preceptos de la LRLR que atribuyen al Parlamento de La Rioja la potestad de aprobar, con forma, rango y valor de ley, las alteraciones de términos municipales de carácter ordinario, y, por tanto, de las leyes que se aprueben en su aplicación, como es la Ley 3/10. Añade el D.50/10 que un sistema, como el riojano vigente (en el que la apreciación de la concurrencia de tales requisitos corresponde decidirla a la Administración autonómica, pero culmina con la remisión al Parlamento de un Proyecto para que adopte el acuerdo final por un acto con forma, rango y valor de ley) vulnera la autonomía local, que no queda cubierta por la simple audiencia a las Entidades locales en el procedimiento administrativo previo, sino que debe permitir, en todo caso, que —aparte otros posibles legitimados— las mismas puedan instar el control por los Tribunales de la efectiva concurrencia de los indicados requisitos sustantivos, esto es, de la *legalidad de la actuación administrativa* (art. 106.1 CE), control, en este caso, impedido radicalmente por la forma y rango de ley del acuerdo definitivo.

De ahí que, para el D.50/10, la garantía institucional de la autonomía local comprende necesariamente que las alteraciones de los términos municipales, salvo que sean *especiales* por poner en juego intereses más amplios —que es lo que ocurre, según el EAR'99, cuando afecten a las comarcas, a las agrupaciones de municipios con fines específicos y a las áreas metropolitanas creadas—, al ser *regladas*, pueden y deben ser controladas por la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que permite su impugnación por las Entidades locales afectadas e incluye inevitablemente la hipótesis en el tenor del art. 19.1.e) LJCA cuando concede legitimación a “*las Entidades locales territoriales, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas*”. Esto comporta la necesaria naturaleza administrativa, y no con forma, rango y valor de ley, del acuerdo a impugnar, lo que permite que quien lo impugne sea la Administración del Estado al amparo de la legitimación que le

confiere el art. 19.1.c) LJCA, que, sin duda, es uno de los fines por los que el art. 13.1 LBRL exige que se comunique a aquélla dicho acuerdo.

Pero lo que, en el criterio del D.50/10, no es constitucionalmente admisible es lo que, en este plano, resulta del sistema previsto en la LALR. En él, en efecto, si lo que sucede es que la propia Administración autonómica estima que no concurren los requisitos sustantivos legalmente exigidos, el expediente de alteración de términos municipales culmina con una resolución administrativa que, quienes lo instaron y estiman su concurrencia, pueden recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa (como sucedió en el caso de la pretendida segregación de Rincón de Olivedo del municipio de Cervera, analizada en el D.52/02 y rechazada finalmente por STS); pero si, por el contrario, dicha resolución administrativa es positiva y culmina con su elevación al Parlamento como Proyecto de ley, el Ayuntamiento que entiende que no concurren los requisitos sustantivos legalmente exigidos, establecidos, sin duda, en garantía de su autonomía local, ni puede recurrir tal acuerdo ni, por supuesto, la ulterior aprobación del mismo, con forma, rango y valor de Ley, por el órgano legislativo.

La consecuencia de esta inconstitucionalidad es, para el D.50/10, la posibilidad de recurrir la Ley concreta de segregación de términos municipales por la vía del conflicto constitucional en defensa de la autonomía local.

E) El proceso constitucional de conflicto en defensa de la autonomía local.

Al hilo de las reflexiones anteriores, los DD. 9 y 50/10 analizan el nuevo proceso constitucional denominado conflicto en defensa de la autonomía local, completando así la doctrina adelantada en el D.34/09.

El *origen* de este proceso constitucional es bien conocido pues fue introducido en la LO 2/1979, de 3 de octubre (LOTG), por la LO 7/1999, de 21 de abril, para subsanar el déficit señalado en ésta última por el D.2484/98 del Consejo de Estado y abrir así un cauce para que las entidades locales puedan defender ante el TC su autonomía constitucionalmente garantizada (D.34/09).

En cuanto a su *naturaleza*, este proceso guarda relación con el recurso de inconstitucionalidad y los conflictos de competencia pues tiene elementos comunes con ellos, pero otros diferenciados, con objeto de sortear la falta de legitimación activa de las entidades locales en los mismos, sin colapsar al TC con una legitimación individualizada de éstas, por lo que solo se registran hasta ahora dos fallos (SSTC 240/06 y 47/08).

El único *parámetro* que el Consejo Consultivo y luego el TC tiene para resolver estos conflictos es el contenido del derecho constitucional a la autonomía local tal y como ha sido interpretado por el propio TC (D.34/09). Lo que ha de determinar el TC en estos conflictos es: i) si existe o no vulneración de la autonomía local; y ii) determinar, en su caso, la titularidad o atribución de la competencia controvertida (D.50/10).

Por lo que hace a los *requisitos* para su planteamiento, recuerda el Consejo en su D.50/10 la doctrina establecida en el D.34/09 en el sentido de que la actual redacción de la LOTG exige: i) que la norma impugnada tenga **rango de ley**, ya que si se trata de un reglamento puede ser impugnado en vía contencioso-administrativa; ii) que dicha norma **lesione la autonomía local**, ya que no pueden alegarse en este conflicto otros motivos de inconstitucionalidad (STC 240/06)¹⁰; iii) que no se olvide la **legitimación restringida**

¹⁰ Recuerda el Consejo a este respecto que el contenido de la LBRL no se integra en el *bloque de la constitucionalidad* (SSTC 27/87, 213/88, 259/88, 331/93, 109/98, 11/99 y 159/01) y, por ello, no es canon ni parámetro para enjuiciar la validez o no de la ley impugnada en un conflicto en defensa de la autonomía local

existente al respecto ¹¹; y iv) que se observen los demás **requisitos adicionales**, entre los que destaca el dictamen del propio Consejo Consultivo ¹².

Finalmente, el Consejo aborda la cuestión de la *posibilidad* de plantear este conflicto en casos de alteración de términos municipales ya que, como hemos adelantado, el D.50/10, apunta la recurribilidad de la Ley concreta correspondiente de segregación de términos municipales por la vía del conflicto en defensa de la autonomía local ¹³, aunque con los límites de cognición que la misma comporta ¹⁴.

(STC 240/06). Pero la LBRL, y en general la legislación estatal básica sobre régimen local, puede ser canon de validez de la legislación autonómica que afecte al régimen local, si bien limitada estrictamente a aquellos aspectos de dicha legislación básica que sean enraizables directamente en los arts. 137, 140 y 141 CE (STC 240/06).

¹¹ Como regla general se requiere una legitimación colectiva mediante litisconsorcio activo necesario determinado por el art. 75 *ter* LOTC, aunque no derivado de la titularidad común del derecho ejercido por los litigantes –pues el derecho de autonomía lo es de cada entidad–, sino de la restricción, por razones de oportunidad política, de la legitimación individual. Como excepción, cabe admitir una legitimación individual del ente local que sea destinatario único de la ley impugnada. (art. 75 *ter*.1,a LOTC). El D.50/10 analiza a este respecto el caso de una ley que segrega parte de un municipio para agregarla a otro. En tal supuesto, afirma el Consejo que, con una interpretación meramente formalista, podría entenderse que resultan afectados ambos municipios; sin embargo, si el expediente administrativo se inicia a instancia del Ayuntamiento cuyo término municipal se amplía, y termina precisamente acogiendo su pretensión, no cabe sino concluir que la decisión o disposición con forma, rango y valor de ley que se trata de impugnar únicamente se impone al Ayuntamiento cuyo término municipal disminuye, por lo que éste puede y debe ser tenido como *destinatario único* de la misma a los efectos de la legitimación para formular el conflicto en defensa de la autonomía local en una interpretación del art. 75 *ter*.1,a LOTC que, sin vulnerar su espíritu y finalidad, resulte conforme con la finalidad de dicho proceso y con los principios constitucionales. De hecho, a juicio del Consejo, solo esta interpretación puede considerarse conforme con la doctrina del propio TC sobre la legitimación en general, que excluye —ha dicho reiteradamente— el recurso a *formalismos enervantes* para no entrar en el fondo constitucional del asunto.

¹² Tales requisitos son: i) el **Acuerdo plenario** adoptado por el voto favorable de la **mayoría absoluta** del número legal de miembros de cada una de las entidades consorciadas activamente para plantear el conflicto; ii) el **previo dictamen** del Consejo de Estado u órgano Consultivo Superior de la C.A. respectiva, dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la ley; y iii) el planteamiento del conflicto ante el TC dentro del mes siguiente a la recepción del dictamen consultivo. Sobre su propia intervención en este procedimiento, el Consejo ha reiterado en el D. 50/10 la doctrina ya sentada en el D.34/09: i) que se trata de una intervención preceptiva ex art. 75 *ter* 3 LOTC, en relación con los arts. art. 11, j) de la Ley 3/2001 reguladora del Consejo y 12,2,j) de su Reglamento (Dto.8/02); ii) que el dictamen es preceptivo pero no vinculante; iii) que dicho dictamen ha de versar sobre si la disposición con rango de ley objeto del conflicto en defensa de la autonomía local lesiona dicha autonomía; iv) que tiene carácter previo, pues el Consejo ha de pronunciarse sobre si concurren todos los requisitos necesarios para plantear el conflicto; y v) que el plazo para dictaminar es el ordinario que señala la normativa reguladora del Consejo.

¹³ Resalta el Consejo que el conflicto en defensa de la autonomía local, a plantear ante el TC, es el único mecanismo jurídico de que puede disponer el Ayuntamiento afectado en estos casos para conseguir que una Sentencia declare “*si existe o no vulneración de la autonomía local constitucionalmente garantizada*” y, a la vez, resuelva “*lo que procediere sobre las situaciones de hecho o de derecho creadas en lesión de la autonomía local*” (art. 75 *quinquies*.5 LOTC), lo que aquí supone, si prospera el conflicto, dejar sin efecto la alteración de los términos municipales correspondientes, que constituye el contenido de la Ley concreta impugnada. Para el D.50/10, el conflicto en defensa de la autonomía local es el único mecanismo disponible por el municipio

En definitiva, el Consejo Consultivo concluye en el D. 50/10 que, si se cumplen los requisitos sustantivos y procesales, la entidad local afectada puede plantear un conflicto en defensa de la autonomía local y pedir al TC que la Sentencia que lo resuelva declare que la Ley impugnada vulnera “*la autonomía local constitucionalmente garantizada*” y que resuelva lo procedente “*sobre las situaciones de hecho o de derecho creadas en lesión de la autonomía local*”, que aquí sería que se deje sin efecto la alteración de los términos municipales acordada a través de ella (apartado 5 del art. 75 *quinquies* LOTC).

A partir de ahí, entiende el Consejo que debe valorarse y tenerse en cuenta por la entidad local afectada que tal ineficacia no impediría que la cuestión se replanteara en el futuro para ser resuelta por Acuerdo del Consejo de Gobierno de La Rioja que, eso sí, sería impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pudiendo prosperar el recurso contencioso interpuesto si se prueba la no concurrencia de los requisitos sustantivos exigidos para ello por la LALR. En coherencia con esta idea, el Consejo piensa que no es aplicable lo dispuesto en el apartado 6 del art. 75 *quinquies* LOTC en el sentido de que “*la declaración, en su caso, de inconstitucionalidad de la ley que haya dado lugar al conflicto requerirá nueva Sentencia si el Pleno decide plantearse la cuestión tras la resolución del conflicto declarando que ha habido vulneración de la autonomía local*”, porque lo razonable es entender que la Ley impugnada, pese a su forma y supuesto rango y valor de ley, no es sino un *acuerdo* del Parlamento de La Rioja que pone fin a un peculiar procedimiento administrativo, por lo que su ineficacia o inconstitucionalidad resulta directamente de la declaración de que esa *forma*, que la hace jurisdiccionalmente irrecurrible, vulnera la autonomía local.

Llegando a las últimas consecuencias de este razonamiento, el Consejo precisa que, sin embargo, el citado procedimiento del art. 75 *quinquies* 6 LOTC, podría ser aplicable (si por el TC se adopta una interpretación flexible y acorde con la supremacía constitucional de aquélla, lo que resulta facilitado por su evidente analogía con lo previsto en el artículo 67 LOTC), para declarar la inconstitucionalidad de los preceptos de la LALR (Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Administración Local de La Rioja), que son *habilitantes de la ley impugnada* en cuanto determinan que sea el Parlamento Riojano, mediante un acto con forma, rango y valor de ley, aprobado además por mayoría absoluta, el que apruebe las alteraciones ordinarias de los términos municipales, poniendo fin al expediente o procedimiento administrativo a seguir ante la Administración de la CAR. Todo ello sin perjuicio de que el TC pueda considerar innecesario el planteamiento de tal cuestión, declarando que las indicadas normas de la LALR únicamente son referibles a los supuestos que enuncia el artículo 27 EAR’99, siendo competencia la adopción del acuerdo final, en todos los demás y con aplicación de los requisitos sustantivos exigidos en cada caso, del Consejo de Gobierno *ex art.* 19 LALR.

afectado ya que, al haber sido acordada alteración del término municipal a través un acto o acuerdo con forma, rango y valor de ley, no puede, en ningún caso, ser objeto de recurso contencioso-administrativo, lo que cierra el paso al eventual planteamiento, por esta vía indirecta y por un órgano jurisdiccional, de una cuestión de inconstitucionalidad sobre dicha Ley concreta.

¹⁴ Advierte el D.50/10 que, ni en el conflicto en defensa de la autonomía local ni en otro que, en hipótesis, pudiera determinar un pronunciamiento del TC sobre la eficacia y validez de la Ley concreta, puede el TC enjuiciar si en el caso concreto se cumplen o no los requisitos sustantivos que exige la LALR para que pueda aprobarse una alteración de términos municipales y que han sido considerado por el Consejo Consultivo al dictaminar la alteración en cuestión o por el Gobierno al aprobar su remisión al Parlamento. Sin duda, la garantía de la autonomía local exige que existan en este ámbito requisitos sustantivos, y, por eso, lo contemplan todas las disposiciones legales autonómicas y estatales que se ocupan con carácter general de tal supuesto de hecho (incluida la LALR riojana); pero la función del TC no es controlar la *legalidad* de los acuerdos de alteración de términos municipales, esto es, el cumplimiento de tales requisitos *legales* sustantivos, sino que se limita al estricto control de la *constitucionalidad* de las leyes que inciden en la autonomía local, que se lleva a cabo valorando si éstas infringen o no su *garantía institucional* (en los términos en que se pronuncian las SSTC 40/206, 253/2005, 51/2004 o 159/2001) y, tratándose de una ley autonómica, además, apreciando si vulnera la estatal LBRL en cuanto enlace directamente con los preceptos constitucionales que consagran tal autonomía (STC 240/2006), lo que no incluye, en ningún caso, exámenes de *legalidad ordinaria*. Sin embargo, el Consejo entiende que tales límites de cognición por el TC no impiden ni que éste entre al fondo del asunto, ni que declare la inconstitucionalidad de los preceptos de la LALR que habilitan este procedimiento, ni que, posteriormente, el Gobierno lo replantee mediante un nuevo acuerdo administrativo recurrible en vía jurisdiccional ordinaria.

2. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY ORGÁNICA 1/2010, DE 19 DE FEBRERO, DE MODIFICACIÓN DE LA LOTC, LA LOPJ Y LA LJCA, MÁS CONOCIDA COMO “LEY DEL BLINDAJE DE LAS NORMAS FORALES FISCALES VASCAS”:

Como hemos adelantado, en 2010, el Consejo Consultivo ha dedicado su D.20/10, sin duda uno de los más importantes de su elenco doctrinal, al crucial asunto de la posible inconstitucionalidad de la LO 1/10 que instaura el denominado “*blindaje*” jurisdiccional de las normas fiscales forales vascas. Por su evidente trascendencia en todos los sentidos, analizamos seguidamente con detalle, aunque de forma extractada, la doctrina consultiva que el mismo contiene.

A) Las finalidades pretendidas por la LO 1/10.

Para el Consejo Consultivo de La Rioja, las finalidades de la LO.1/10 son las siguientes: i) equiparar las normas forales fiscales vascas a las leyes tributarias estatales y navarras sin reformar la CE ni el EAPV ¹⁵; ii) impedir la impugnación de las normas forales tributarias vascas ante la jurisdicción contencioso-administrativa (y, mediante cuestiones prejudiciales, ante instancias judiciales europeas) y permitir la sólo ante el TC ¹⁶; iii) impedir la impugnación por la CAR y demás CCAA de las normas forales fiscales vascas ante el TC ¹⁷;

¹⁵ La LO 1/10 pretende dar a las normas forales fiscales vascas un tratamiento equivalente al que tienen las leyes tributarias del Estado y de Navarra, cuyo rango de ley las hace sólo impugnables ante el TC por la reducida lista de sujetos del art. 162 CE. Para conseguir esa finalidad sin reformar la CE ni el EAPV, se modifican la LOTC, la LOPJ y la LJCA. El ATC 1142/87 ya advirtió de la inexistencia de discriminación entre los TH vascos y Navarra ya que ésta última se ha constituido en CA separada equiparable a la CA del PV, pero no a los TH vascos que se han integrado en la CA del PV.

¹⁶ La reforma de la LOTC, la LOPJ y la LJCA mediante la LO 1/10 tiene por objeto la **modificación del régimen procesal de las normas forales fiscales vascas** relativas a los impuestos concertados. Dichas normas tienen naturaleza *reglamentaria*, dado que la atribución por el EAV y la Ley vasca de Territorios Históricos (LTH) de competencias tributarias a los mismos, no altera la reserva que los arts 6.2 y 25.1 EAPV hacen a favor del Parlamento vasco de la potestad exclusiva de dictar normas con rango de ley. En consecuencia, el control de tales normas correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa, a través de los recursos directo o indirecto contra reglamentos, que permitían el planteamiento, en su caso, de cuestiones prejudiciales ante instancias judiciales europeas. La reforma elimina así la legitimación activa que hasta ahora ha servido a la CAR y a los agentes sociales y económicos de La Rioja para impugnar en vía contencioso-administrativa y, mediante cuestiones prejudiciales, ante las instancias judiciales europeas, las normas forales fiscales vascas que consideraban ilegales. Una primicia de la exención jurisdiccional contencioso-administrativa de las normas forales fiscales vascas la ofrece el ATC 190/2010, de 1 de diciembre, por el que el TC declara carecer de jurisdicción para conocer de un recurso de casación contencioso-administrativa contra una norma foral fiscal vasca que estaba pendiente de sentencia ante el TS y que éste remitió al TC al entrar en vigor la LO 1/10.

¹⁷ La LO 1/10, al configurar la impugnación de las normas forales fiscales vascas como una nueva competencia del TC *ex art. 161.1 d) CE* y remitir la regulación procesal de la misma a lo dispuesto para el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, elimina la legitimación activa de la CAR y demás CCAA ante el TC, ya que dicho recurso solo la

y iv) legitimizar a cada uno de los TH vascos para plantear un nuevo proceso constitucional denominado *conflicto en defensa de la autonomía foral*, evitando la exigente legitimación exigida para plantear el conflicto en defensa de la autonomía local ¹⁸.

B) Los presupuestos del análisis de constitucionalidad realizado por el Consejo Consultivo sobre la LO 1/10.

El Consejo parte en su análisis de los siguientes presupuestos: i) no trata de cuestionar en su D.20/10 el *sistema de concierto económico* del Estado con la CA del País Vasco, dado su fundamento constitucional en la DA 1ª CE; ii) tampoco trata el Consejo de desconocer la *singularidad de la organización institucional de la CA del PV*, en particular, el complejo equilibrio entre las instituciones comunes (el Parlamento y el Ejecutivo del PV) y las instituciones de los territorios forales (Juntas Generales y Diputaciones Forales), instituciones privativas de autogobierno que el EAPV ha permitido conservar o, en su caso, restablecer y actualizar (arts. 3 y 37.2 EAPV); y iii) finalmente, no ignora el Consejo la *conflictividad judicial* provocada por el *efecto frontera* que se ha traducido en una larga serie de conflictos judiciales planteados por la CAR y otros agentes económicos y sociales de La Rioja ¹⁹.

admite contra leyes estatales (art. 32.2 LOTC) y la cuestión requiere el planteamiento en un proceso judicial previo en el que difícilmente podrá intervenir la CAR u otras CCAA al no ser sujetos pasivos de la tributación foral. La reforma trata, pues, de instaurar una nueva inmunidad del poder y, para justificarla y encubrir su verdadera finalidad, incurre, expresa o tácitamente, en confusiones y errores lamentables.

¹⁸ La LO 1/10 crea un nuevo proceso constitucional *en defensa de la autonomía foral* para cuyo planteamiento otorga a cada uno de los TH vascos una legitimación activa *individual* de la que normalmente carecen para plantear un conflicto *en defensa de autonomía local* donde la legitimación activa exigida por la LOTC (que desde luego tienen los TH vascos en cuanto que entes locales provinciales ex art 75 *ter* 1 LOTC) suele ser litisconsorcial y no individual. Pero es que, además, el nuevo conflicto en defensa de la autonomía foral, no sólo trata de defraudar la exigente legitimación exigida para interponer el conflicto en defensa de la autonomía local, sino incluso de defraudar la exigida para interponer un recurso de inconstitucionalidad, ya que, por la vía del nuevo conflicto en defensa de la autonomía foral, se dota a cada TH vasco de una legitimación activa de la que carece constitucionalmente para interponer un recurso de inconstitucionalidad, como declaró el ATC 1142/87. El nuevo proceso en defensa de la autonomía foral no añade nada al que ya existía para la defensa de la autonomía local que los TH podían emplear para la defensa de sus competencias, incluso las derivadas de la actualización estatutaria de los derechos históricos a que se refiere la DA 1ª CE, por lo que el único interés perseguido al instaurar el nuevo proceso es defraudar la legitimación restringida que se exige para el conflicto en defensa de la autonomía local y para el recurso de inconstitucionalidad y conferir, mediante el nuevo proceso constitucional, a cada TH vasco, una legitimación individual para recurrir leyes estatales.

¹⁹ Tales conflictos han sido presentados ante diversas instancias judiciales nacionales (TSJ del PV, TS, TC) o ante las instituciones europeas (Comisión, TPI, TJUE), que tienen su fundamento en el ejercicio por los TH vascos de sus potestades tributarias con la finalidad de convertir al PV en una *economía de opción* mediante incentivos y beneficios fiscales, algunos de cuyos excesos (como las denominadas *vacaciones fiscales*) han sido declarados no ajustados a los principios recogidos en los Tratados de la UE o contrarios a la CE, revelando así que se trataba de medidas generadoras de lo que algún autor (se alude a Orón Moratall) ha denominado *competencia fiscal perniciosa*, por los efectos extraterritoriales indirectos producidos en las CCAA colindantes, como p.e. las Decisiones de la Comisión núms. 1759 a 1763/2001, de 11 de julio; las SS. TJUE *Ramondín* y *Daewoo*, de 6-3-02; la STPI. de 23-10-02; las SSTS de 28-10-95 (sobre la *rebaja del tipo del IAJD*) y 22-10-98; las SS TSJPV de 30-7 y 7-10-94, (sobre las llamadas *vacaciones fiscales*); y, sobre todo, la STC 96/02 sobre la compensación pretendida por la D.A.8ª de la Ley 42/99. D.20/10.

El Consejo, pues, sin desconocer ni cuestionar dicha realidad institucional y esa continuada conflictividad judicial, examina en su D.20/10 la constitucionalidad de la *reforma procesal* aprobada, ateniéndose en su razonamiento, a un *riguroso discurso jurídico*, desde las exigencias impuestas por la CE y las normas integrantes del llamado *bloque de constitucionalidad*, de acuerdo con la interpretación efectuada sobre el mismo por la doctrina del TC.

C) Técnica empleada por la LO 1/10 para lograr sus objetivos: la naturaleza procesal de la reforma mediante la atribución de una “nueva competencia” al TC para conocer “los recursos y cuestiones prejudiciales contra las normas forales fiscales vascas”.

Como en la elaboración y tramitación de la LO 1/10 quedó claro que, para permitir el acceso de las normas forales fiscales vascas al recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, habría que dotarlas de rango de *ley formal* y eso exigiría la reforma de la CE y del EAPV, la técnica empleada para instrumentar la reforma ha sido atribuir al TC una *nueva competencia procesal* ex art.161.1.d) CE (la de entender de las impugnaciones contra normas forales fiscales vascas) que se configura como distinta de las que el TC ya tenía para entender de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, puesto que tales recursos y cuestiones solo son posibles contra normas con rango de ley en sentido formal.

La reforma aprobada tiene, pues, una naturaleza y alcance exclusivamente *procesal*, sin afectar *sustantivamente* a la naturaleza jurídica de las instituciones forales ni a sus productos normativos, que siguen teniendo, formalmente, naturaleza *reglamentaria*, pues la reforma establece un régimen procesal especial sólo para las normas forales *fiscales* vascas, mientras que el *resto* de las normas forales vascas, o sea, las no fiscales, continúan sujetas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. El carácter *procesal* de la reforma se debe a que las leyes reformadas (LOTIC, LOPJ y LJCA) les está vedada, fuera de las cuestiones estrictamente procesales, cualquier modificación de la configuración y régimen jurídico de las instituciones privativas de los TH, pues ese contenido, está reservado, en aplicación de la DA 1ª CE, al EAPV, que es el instrumento de actualización de los derechos históricos de los TH (cfr. SSTC 76/83, 76/87 y 247/07, entre otras).

D) Carácter de “fraude a la Constitución” de la técnica empleada por la LO 1/10.

Partiendo de una observación del Consejo de Estado²⁰, entiende el D. 20/10 que la técnica empleada por la LO 1/10 supone un *fraude constitucional* ya que, al amparo del precepto que permite atribuir nuevas competencias al TC (art. 161.1.d CE), se pretender defraudar la exigencia primordial de los cauces típicos de acceso al TC, cual es que la norma impugnada tenga rango y valor de ley formal, cuando las normas forales fiscales vascas lo tienen meramente reglamentario.

Resalta el D.20/10 que el fraude constitucional se desvela al contemplar: i) que el *parámetro* de validez de las normas forales fiscales vascas ofrecido por la LO 1/10 al TC es precisamente el previsto para el recurso y la

²⁰ El Consejo de Estado, en su Dictamen 2484/98 (al examinar una técnica similar a la de la LO 1/10, a propósito de la LO que asignó al TC competencia para entender de un nuevo proceso constitucional como fue entonces el *conflicto en defensa de la autonomía local*), advirtió claramente que la adición de nuevas competencias al TC no puede vaciar ni desnaturalizar el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad creando procedimientos con idéntica finalidad pero con variantes en cuanto a su legitimación, pues ello desnaturalizaría *artificialmente* el sistema de justicia constitucional, doctrina confirmada por la STC 240/06 (F.J. 2). Por ello, la técnica empleada por la LO 1/10 supone, no sólo un *expediente artificial* como señala el Consejo de Estado, sino también una *desviación de poder* en su vertiente legislativa, y más propiamente un *fraude a la propia Constitución*, que exige imponer los preceptos constitucionales que se tratan de eludir.

cuestión de inconstitucionalidad en el art. 28.2 LOTC, con lo que se impide enjuiciarlas por motivos de legalidad ordinaria, pese a su rango reglamentario; ii) que la interposición, efectos, legitimación, tramitación y sentencia de los nuevos procesos atribuidos al TC para conocer los recursos y cuestiones prejudiciales contra normas forales fiscales vascas son los mismos establecidos en el Título II LOTC para los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, con lo que se produce el efecto defraudatorio pretendido, ya que el recurso y cuestión de inconstitucionalidad sólo es posible frente a disposiciones con rango de ley formal, mientras que el nuevo proceso denominado “recurso y cuestión prejudicial” se dirige contra las normas forales fiscales vascas que tienen un rango meramente reglamentario; iii) que, simultáneamente a la reforma de la LOTC, se acomete la de la LOPJ y la LJCA, para excluir a las normas forales fiscales vascas del control de la jurisdicción contencioso-administrativa que les corresponde como reglamentos, defraudando así el art. 106.1 CE; y iv) que, finalmente, se introduce otro nuevo proceso, *en defensa de la autonomía foral*, para defraudar la legitimación restringida que existe para interponer el *conflicto en defensa de la autonomía local* y el recurso de inconstitucionalidad y conferir a cada TH vasco una legitimación activa individual para recurrir directamente leyes estatales.

E) Naturaleza jurídica meramente reglamentaria de las normas forales fiscales vascas.

La argumentación del Consejo se centra así en la idea de que las normas forales fiscales vascas *no son leyes en sentido formal*, pues no proceden de un órgano, constitucional o estatutario, dotado de potestad legislativa, por lo que *son meros reglamentos* impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Las normas forales fiscales vascas no son impugnables ante el TC pues, como señala la STC 255/04, *se trata de disposiciones normativas que, aunque no tienen naturaleza de meros reglamentos de ejecución de la ley estatal, carecen de rango de Ley*. Lo mismo ha declarado la jurisprudencia del TS (Cfr., por todas, la STS 20-12-04) y la doctrina, a cuyo efecto el D.20/10 cita a Leguina Villa cuando afirma que “*tales normas nunca alcanzarán el rango y la fuerza de la ley, sino que serán, en todo caso, disposiciones de valor y rango reglamentario*” y añade que la ruptura de la tradicional consideración normativa reglamentaria de las normas forales “*que supuestamente elevara el rango de las ordenanzas y reglamentos provinciales para transformarlos ‘ad futurum’ en ‘leyes’ formales, habría exigido al menos, obviamente, una permisión constitucional expresa y una ulterior confirmación, asimismo expresa, en el Estatuto de Autonomía*”.

Es más, el D.20/10 apunta que el hecho de que las Juntas Generales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya *sean un órgano colegiado* cuyos miembros, lo mismo que los de las Cortes Generales o los Parlamentos autonómicos, son *elegidos por sufragio universal, directo y secreto, no altera en absoluto el carácter reglamentario de las normas forales* que pueden aprobar. La razón es que, sencillamente, son, en todo caso, *órganos colegiados* de una Provincia (siquiera sea muy singular) y carecen de autonomía política y, por tanto, de potestad legislativa, por más que ejerzan esa autonomía en un marco extraordinariamente amplio, en cuanto exigencia de la garantía institucional de la foralidad. La razón de ello es que el *concepto de autonomía que se predica de las entidades locales admite muy diversos grados, según las previsiones constitucionales y estatutarias* (Municipios, Provincias, Consejos y Cabildos insulares, Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla) y, por eso, el TC ha negado a los TH y a las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla la condición de CCAA a los efectos, por ejemplo, del recurso de inconstitucionalidad (ATC 1142/1987 y STC 240/2006).

Por consiguiente, sin perjuicio de que en el ejercicio de su autonomía tanto el Estado como el Parlamento Vasco hayan de respetar las competencias de los TH —las que les preservan los arts 37 y 41 EAPV y, en último término, las resultantes de la *garantía institucional* (cfr. STC 76/88)—, las indicadas *normas forales se sitúan en la jerarquía normativa por detrás de la ley, estatal y autonómica*, que se ven obligadas a respetar; y su prevalencia en relación con las demás normas que dicte la respectiva Diputación foral, órgano también del Territorio o Provincia, no es sino una aplicación concreta del principio de jerarquía normativa, que —como es evidente— afecta también a las normas reglamentarias cuando proceden de diversos órganos de gobierno de una Administración pública, *siendo la condición de órganos de gobierno de la Administración foral o provincial predicable tanto de las Juntas Generales como de las Diputaciones*.

F) Consiguiente rechazo de la doctrina que afirma que las normas forales fiscales son leyes en sentido material, puesto que nuestro sistema constitucional solo admite el concepto formal de ley.

El D.20/10 reconoce: i) que los arts 37.3.f), 40 y 41.1.2.a) EAPV atribuyen y reservan a los TH vascos la competencia exclusiva para la regulación de su propio sistema impositivo, sin que en ese espacio fiscal pueda intervenir el Parlamento vasco; y ii) que la CE establece la reserva de ley formal para la regulación de los elementos esenciales de los tributos. Esta doble circunstancia ha llevado a un sector de la doctrina a señalar que las normas forales fiscales vascas, como también las Ordenanzas locales, tienen un carácter de ley en sentido material que es suficiente para absolver la carga que representa la reserva de ley en materia tributaria o sancionadora.

Frente a esa doctrina, el Consejo afirma que *en España sólo se admite el concepto de ley en sentido formal*, por el que, para calificar a una norma como ley, sólo se atiende: i) al *carácter legislativo conferido por la CE al órgano del que provienen*, carácter del que sólo disfrutaban las Cortes Generales, para el Estado central, y los Parlamentos autonómicos, para las CCAA, sin perjuicio de la habilitación excepcional a los Gobiernos para dictar normas con valor de ley en forma de Decretos legislativos o Decretos-leyes, con los requisitos y límites establecidos en la CE y los EEAA; y ii) a la *forma de ley*, es decir, el nombre de ley o equivalente (Decreto Ley o Decreto Legislativo) que se les confiere ²¹.

En suma, el Consejo Consultivo insiste en que, en nuestro sistema constitucional, domina, pues, un concepto de ley puramente *formal*, absolutamente mayoritario en la doctrina ²². En la actualidad, ese problema ha quedado superado al haber desaparecido los presupuestos constitucionales que le dieron fundamento y al haberse consagrado un concepto formal de ley, consecuencia de la determinación constitucional cerrada de los órganos con potestad legislativa ²³.

²¹ Por ello, las expresiones “normas” o “disposiciones” “con fuerza, valor o rango de ley”, empleadas profusamente por la CE, la LOTC y otras normas del *bloque de la constitucionalidad*, aluden a la *posición jerárquica* de la ley en el sistema de fuentes (*legicentrismo*), que se traduce en su *irresistibilidad* (por la que la ley vincula a todos los poderes y órganos estatales), su *capacidad de innovación activa* (por la que la ley puede modificar o derogar las normas del ordenamiento jurídico), y por más que, en el Estado autonómico, ésta última se encuentre limitada por las exigencias derivadas del *principio de competencia* (por el que existen materias reservadas a determinado tipo de normas), la ley presenta siempre una *resistencia pasiva a la innovación*, por la que resulta inválida cualquier modificación que no proceda de otra ley posterior, de igual rango, competencia y procedimiento; y de ahí derivan los principios de jerarquía normativa y subordinación del reglamento a la ley.

²² El D.20/10 cita a García de Enterría, Fernández Rodríguez, Muñoz Machado y Santamaría Pastor, por aludir a los autores más reconocidos, abandonando las viejas discusiones doctrinales acerca del concepto formal o material de ley, surgidas en el marco del dualismo germánico (a propósito de la conflicto constitucional que enfrentó al Parlamento con el Gobierno, en relación con la negativa del primero a aprobar la Ley de Presupuestos de 1862, problema ingeniosamente obviado por Laband con su distinción entre el concepto formal y material de ley y el concepto formal y material de reglamento).

²³ El D.20/10 alude a que, únicamente cabe hacer referencia a la posición de Rubio Llorente que, preocupado por las insuficiencias del concepto formal a la hora de delimitar el ámbito de la reserva de ley, y con tal finalidad, aboga por incorporar elementos materiales que juzga esenciales al concepto formal de ley. Así, asumiendo planteamientos de la propia doctrina alemana (Böckenförde), propugnará que deben quedar reservadas a la representación popular, único órgano con legitimación democrática directa, las decisiones esenciales y políticamente

G) Exclusiva competencia del Tribunal Constitucional para enjuiciar disposiciones con rango formal de ley.

El estricto *concepto formal de ley* que establece nuestro sistema constitucional tiene su *proyección procesal* en el monopolio y exclusividad del conocimiento por el Tribunal Constitucional de los recursos y cuestiones de inconstitucionalidad contra *leyes y disposiciones normativas con rango o fuerza de ley*, de acuerdo con lo establecido en los artículos 161.1.a) y 163 CE.

No es contradictorio con ello, pese a su no consideración de leyes formales, la competencia del TC para conocer de “*disposiciones normativas o actos con fuerza de ley*”, como es el caso de los Reglamentos parlamentarios, que no son leyes en sentido formal pero tienen fuerza y valor de ley (SSTC 118 y 139/88) en cuanto que normas aprobadas por los Parlamentos. Deduce de ello el D.20/10 que, por el momento: i) el Tribunal Constitucional sólo ha incluido en la categoría de disposiciones o actos con fuerza de ley a las disposiciones normativas aprobadas por las Cortes Generales o los Parlamentos autonómicos; y ii) los meros reglamentos y, en general, las disposiciones de rango infralegal no pueden acceder al TC.

H) Las normas forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya son de naturaleza diferente a las leyes forales de Navarra por razón del distinto proceso que las respectivas Provincias han seguido para su integración o constitución en Comunidades Autónomas.

Frente al argumento de la necesaria equiparación entre las leyes fiscales de Navarra y las normas forales fiscales de los TH vascos, afirma el Consejo Consultivo de La Rioja en su D.20/10 que los TH de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, todos ellos integrados en la Comunidad Autónoma del País Vasco o Euskadi, son *entidades locales con personalidad jurídica propia*, como, para todas las *Provincias*, afirma expresamente el artículo 141.1 CE.

Los TH vascos gozan, en concepto de Provincias, de la *autonomía “para la gestión de sus propios intereses”* ex art. 137 CE, autonomía que es, siempre y en todo caso, de naturaleza *administrativa*, siendo sólo las Comunidades Autónomas las que pueden tener *autonomía política* derivada de la atribución de potestad legislativa (STC 4/1981).

La única –si bien importante– diferencia entre dichos TH y las demás Provincias no es otra que la resultante de la DA 1ª CE, que reconoce y ampara sus *derechos históricos*, cuya *actualización* se llevará cabo en el marco de la CE y de los EEAA.

Es cierto que los “*territorios forales*” a que se refiere la DA 1ª CE no son los que mantenían un Derecho civil propio a resultas de no haberse alcanzado la unificación legislativa en el ámbito del Derecho privado como consecuencia de la codificación, sino las Provincias que, bajo la vigencia de Constituciones anteriores, habían gozado o gozaban todavía de una *autonomía administrativa* distinta y más amplia que las de las Provincias de

importantes del orden estatal y social (idea de *democracia*); también los ámbitos de libertad conectados con los derechos fundamentales, los cuales deben estar reservados al legislador como exigencia del Estado de Derecho (idea de *Estado de Derecho*); y, finalmente, la forma de ley es indisociable del procedimiento legislativo, es decir, del modo de elaboración en el Parlamento con participación de las distintas fuerzas políticas (idea de *procedimiento parlamentario*). Su aportación es un reforzamiento o, si se quiere, una corrección del concepto formal con elementos materiales esenciales al Estado de Derecho, al sistema democrático de gobierno. Pero el Consejo insiste en que, con independencia de estos matices doctrinales, rige en nuestro sistema un estricto *concepto formal de ley*.

régimen común, incluyendo en ella la potestad de dictar normas tributarias, que no son otras que las de Navarra, Álava, Guipúzcoa y Vizcaya (interrumpido el régimen privativo de estas dos últimas desde 1937 a 1979). Pero, la *actualización* de esa autonomía administrativa o *régimen foral*, se ha producido de *dos modos bien distintos*: i) el primero, afecta a las **Provincias vascongadas**, únicas a las que se refiere la DD.2 CE, que deja sin efecto las Leyes preconstitucionales (Leyes de 25-10-1839 y 21-7-1876) que se consideran, en la visión del nacionalismo vasco, como derogatorias del régimen de autonomía del que, dentro del Reino de Castilla, gozaban tales Provincias, avalando de este modo la existencia de unos “*derechos históricos de los territorios forales*” que puedan ser objeto de “amparo y respeto” por la CE, tal y como afirma su DA 1ª; ii) el segundo, afecta tan solo a **Navarra**, que interpretó la Ley de 25-10-1839 como una norma de naturaleza constitucional que, aun determinante de la desaparición de la autonomía política de que gozaba como Reino, supuso el reconocimiento de un régimen de *autonomía administrativa*, derivado de la confirmación de sus *fueros*, con el límite de la *unidad constitucional de la monarquía* (art. 1 de la Ley de 1839), cuyos términos vino a concretar la Ley llamada *paccionada* de 16 de agosto de 1841 y que, a diferencia de lo ocurrido en las Provincias vascongadas, con la excepción de Álava, vino ejerciendo sin interrupción alguna y ejercía al aprobarse la CE de 1978.

Sobre esta *diferente base normativa y conceptual*, **Navarra** entendió que la DA 1ª CE le facultaba para *mantener y mejorar* su preconstitucional régimen de autonomía administrativa, como Provincia, convirtiéndolo en uno de *autonomía política* a través de su constitución como *Comunidad Foral*, esto es, como Comunidad Autónoma singular por su origen; y esta fórmula fue aceptada por el Estado (y avalada luego por el TC en STC 28/1984 a través de la aprobación de la vigente L.O 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra (LORAFNA), que comporta la integración en éste de las competencias que, según la CE, pueden gozar las CCAA y, además, el mantenimiento de las que ya tenía en su preexistente régimen de autonomía administrativa, con ejercicio de todas ellas en el nuevo marco de autonomía política que deriva de la atribución de potestad legislativa, a ejercer por un nuevo órgano —el Parlamento de Navarra: cfr. art.11 LORAFNA— al que corresponde, en lo que aquí interesa, la aprobación de las normas tributarias (cfr. art. 45 LORAFNA), eso sí, con los límites que resulten del Convenio económico con el Estado, a aprobar por el Parlamento de Navarra y por las Cortes Generales mediante Ley ordinaria, como es el actualmente vigente suscrito entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, el 31 de julio de 1990 y aprobado por la Ley estatal 28/1990, de 26 de diciembre.

En cambio, los **TH de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya decidieron integrarse, sin dejar de ser Provincias**, en la Comunidad Autónoma del País Vasco o Euskadi, a la que, a través del Parlamento Vasco, corresponde en exclusiva el ejercicio de una potestad legislativa que la CE sólo reconoce a las CCAA (arts. 152.1 y 153.a) CE), tal y como resulta además expresamente —como no podía ser de otro modo— del art. 25 EAPV).

Expuesta esta realidad constitucional, el D.20/10 afirma que es obligado reconocer que estamos ante *Provincias de régimen singular*, cuyas peculiaridades organizativas e institucionales reconoce el EAPV y han sido respetadas por la legislación básica estatal de régimen local, en aplicación de la DA1ª CE (SSTC 76/88 y 214/89). Son *Provincias*, sin lugar a dudas, aunque, a la vista de sus peculiaridades institucionales (organización, competencias, régimen económico y tributario), la doctrina ha propuesto denominaciones que pretenden reflejar esa *singularidad*, en algunos casos con evidente hipérbole (“Provincias de régimen administrativo especial”; “Provincias con un perfil institucional peculiar, pero Provincias al cabo”; “entidades públicas autónomas de carácter político”; “fragmentos de Estado”; “territorios asimilables a CCAA uniprovinciales”).

En consecuencia, el Consejo Consultivo de La Rioja concluye que *la autonomía de dichos TH o Provincias* de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, derivada de sus *derechos históricos* o *régimen foral*, es una *autonomía, no política, sino, en todo caso, administrativa*, por más que, en virtud de la reserva de competencias exclusivas (incluidas las relativas a su sistema tributario propio), su marco de ejercicio sea muy amplio, aunque no total y absolutamente

incondicionado. Esto significa que, en dicho ámbito competencial, aprueban normas reglamentarias, pero no ejercen potestad legislativa alguna.

Así lo confirma, no sólo la propia Ley autonómica de TH (art. 6.2 LTH: “*en todo caso, la facultad de dictar normas con rango de ley corresponde en exclusiva al Parlamento*”), sino incluso el tenor literal de la L.O.1/10 y su Preámbulo. Pero, sobre todo, se trata de una *consecuencia inevitable de su opción, libremente ejercida, de incorporarse o formar parte de una CA* -la del País Vasco o Euskadi- a la que, por imperativo constitucional, corresponde en exclusiva la potestad legislativa, *con la consiguiente renuncia a la decisión, ejercitada por Navarra, de transformar su naturaleza provincial en otra autonómica, a la que se incorporen las competencias históricas preexistentes, compatibles con la unidad constitucional. La situación descrita era predicable de Navarra antes de su conversión, en virtud de la LORAFNA, en Comunidad Foral.* En efecto: **i)** desde el RDL de 4-11-1923, de bases para la aplicación del Estatuto Municipal en la Provincia de Navarra, existía en ésta un órgano colegiado, denominado *Consejo administrativo* o *Consejo Foral*, al que la Diputación debía someter “*todos los Reglamentos, Ordenanzas y acuerdos generales referentes a la administración y régimen municipal, siendo necesaria la aprobación del Consejo para que entren en vigor*” (base 12.^a): **ii)** el art. 36 de la Ley 39/1978, de 17 de julio, de Elecciones locales, dispuso que éstas se celebrarían en Navarra “*conforme a lo que dispone la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841, con las modificaciones que puedan introducirse de acuerdo con la Diputación Foral*”; **iii)** en este marco, se dictó el RDL 1/1978, de 4 de enero, que autorizó al Gobierno para modificar la composición y atribuciones del indicado *Consejo Foral*, lo que se hizo, de acuerdo con la Diputación y tras haberse aprobado la CE, por RD 121/1979, de 26 de enero de 1979, que sustituyó dicho Consejo, constituyendo el *Parlamento Foral de Navarra*, órgano a elegir “*por sufragio universal, directo y secreto*” el mismo día de celebración de elecciones municipales (art. 2.1) y al que la Diputación Foral debía someter, para su aprobación y vigencia, las normas enumeradas en su art. 3.2; y **iv)** tanto las normas aprobadas por el *Consejo administrativo o foral*, como luego por el *Parlamento Foral de Navarra* creado en 1979, con independencia de la elección de éste por sufragio universal, eran, sin duda, *normas reglamentarias*, por ser *ambos órganos administrativos de la Provincia*, que es, como ratificó el art. 141.1 CE, una “*entidad local con personalidad jurídica propia*”, naturaleza ésta en modo alguno modificada por su condición, a la vez, de *Territorio Histórico con un régimen foral*; y nada podía impedir (ni siquiera la anticipación de su opción por constituirse en Comunidad Foral implícita en la DT 5^a de la LOTC (LO 2/79), sobre legitimación de la Diputación y el Parlamento Foral para interponer conflictos y recursos de inconstitucionalidad, explicable en cuanto que el Preámbulo del citado RD 121/1979 señaló (y ratificó la STC 23/84), que dicha norma “*constituía un mejoramiento del régimen foral de Navarra en su aspecto institucional*”) ni impidió de hecho su control por la jurisdicción contencioso-administrativa.

I) La DA 1^a CE ampara que los TH dicten normas forales fiscales de carácter reglamentario sin infringir el principio de reserva de ley en materia tributaria.

Dicho todo lo anterior, el D.20/10 constata que, para las Juntas Generales de **Álava, Guipúzcoa y Vizcaya**, la DA 1^a CE resulta ser eficaz: i) primero, para que mantengan o se les atribuya la competencia de dictar normas tributarias -como hemos dicho, de naturaleza en todo caso reglamentaria- por formar parte la misma de los “derechos históricos” de que son titulares y que aquélla “ampara y respeta”; y ii) en segundo lugar, para que resulte constitucionalmente admisible que ello comporte una relativa o parcial exclusión (más exactamente, modulación) de la reserva formal de ley en materia tributaria.

Ahora bien, la *reserva de ley en materia tributaria*, establecida en el art. 133 CE, ha sido flexibilizada o modulada por la doctrina fijada en las SSTC 233/1989 (para las Haciendas locales) y 132/2001 (para la tipificación de infracciones y sanciones en Ordenanzas locales); y lo mismo sucede con respecto a las normas forales fiscales reglamentarias de los TH vascos. Por eso, el margen amplio de configuración del sistema tributario propio mediante normas reglamentarias reconocido a los TH es coherente con la garantía institucional de la autonomía foral y podría encontrar fundamento en la doctrina constitucional que ha modulado el alcance del principio de legalidad tributaria y sancionadora en relación con la potestad de ordenanza de las Entidades locales (SSTC 233/89 y 132/01). Esta doctrina es así plenamente aplicable a las normas forales fiscales, pues, como ha señalado la STS de 20-12-04: “*la capacidad normativa de los TH se ejerce en el marco de la Ley, aunque los límites definidos por ésta sea, en ocasiones, extraordinariamente amplios e implique, de hecho, una deslegalización en materia tributaria, que ha resultado posible por la citada DA 1^a CE*”. De esta suerte, en el caso de las normas forales fiscales de los TH vascos, lo que ocurre no es que la ley a que se refiere el art. 133

CE no exista, sino que la misma se califica como *concierto económico* (cfr. art. 41 EAPV, cuyo apartado 2.a) afirma expresamente que el *concierto* se aprueba como ley) y tiene, a consecuencia de los *derechos históricos de los territorios forales* —que preservan la competencia de éstos para dictar normas tributarias—, un contenido más abierto o flexible, pero no por eso menos vinculante. Dicha vinculación se refiere a las Juntas Generales y resulta exigible por los ciudadanos a través de la posibilidad de impugnación jurisdiccional contencioso-administrativa de las normas forales fiscales reglamentarias que aprueben éstas, por su contradicción con dicha ley u otras que resulten aplicables. Pero el referido control judicial no por ello compromete la autonomía procedimental de que gozan los TH (según el triple *test* – autonomía institucional, procedimental y económica— establecido por la STJUE de 11-09-08), doctrina que, en otros aspectos, sigue suscitando otros interrogantes no resueltos por la STSJ del PV de 28-12-08, contra la que pende un recurso de casación interpuesto por el Gobierno de la CAR.

Pues bien, la ley que ampara la potestad de los TH para mantener, establecer y regular su régimen tributario propio no es otra, en la actualidad, que la Ley 12/2002, de 23 de mayo (modificada por la Ley 28/2007, de 25 de octubre), por la que se aprueba el Concierto económico vasco, que da cobertura al ejercicio de sus potestades tributarias.

En el caso de **Navarra**: i) su conversión en *Comunidad Foral* con autonomía política y potestad legislativa, permite que ésta la ejerza, en materia fiscal, el Parlamento de Navarra, con competencia para dictar *leyes* con ese contenido respetando, eso sí, el Convenio económico con el Estado, a aprobar por ley ordinaria por aquél y por las Cortes Generales (art. 45 LORAFNA); ii) con anterioridad, y bajo la vigencia del RD de 26-1-79, el *Parlamento Foral* creado por dicho RD había de aprobar, entre otras, “*las normas relativas al sistema fiscal de Navarra*” (art. 3.2.4), a dictar entonces en el marco y bajo la jerarquía normativa del Convenio económico con el Estado aprobado por el DLey 16/1969, de 24 de julio; pero también esas “normas” eran, aunque superiores en jerarquía a las dictadas por la Diputación Foral, de *naturaleza reglamentaria*, y, como tales, jamás quedaron excluidas del control que sobre los reglamentos corresponde a los Tribunales (art. 106.1 CE) y, en concreto, a la jurisdicción contencioso-administrativa.

J) Las potestades tributarias de los TH no son absolutas sino que están bajo la cobertura de la Ley del Concierto y enmarcadas por otras leyes estatales y vascas y por la normativa internacional y comunitario-europea.

El Consejo Consultivo es consciente de que la Ley del Concierto reconoce a los TH un amplio margen de actuación para la configuración del sistema tributario propio mediante normas reglamentarias que es coherente con la garantía institucional de la autonomía foral. Pero éste no es total o absoluto, sino que: i) está enmarcado por dicha Ley estatal; y ii) también, en su caso, por las de coordinación, armonización fiscal y colaboración que pueda dictar el Parlamento Vasco, en aplicación del artículo 41.1.a) EAPV.

Por ello, el sistema tributario que establezcan los TH habrá de respetar: i) los principios del art. 2 de dicha Ley estatal (solidaridad; atención a la estructura general impositiva del Estado; coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado y mutua entre los TH; sometimiento a los Tratados o Convenios internacionales firmados y ratificados por el Estado español, en particular, los suscritos para evitar la doble imposición y las normas de armonización fiscal de la UE; e interpretación de las normas del Concierto de acuerdo con la LGT); y ii) los criterios de armonización fiscal establecidos en el art. 3, así como, el principio de colaboración del art. 4. Además, el Estado mantiene ciertas competencias exclusivas sobre los impuestos no concertados y la alta inspección (art. 5). Y, si bien es cierto que los impuestos concertados se rigen por la normativa autónoma, la ley establece reglas concretas relativas a distintos aspectos de los referidos impuestos. De ahí que el ámbito material de la potestad tributaria de los TH no pueda equipararse, por amplia que sea su autonomía administrativa —que lo es—, a la autonomía política característica del legislador.

K) La naturaleza de las Juntas Generales de los TH no es parlamentaria, pese a su elección democrática y a la ambigüedad denominativa en que incurren algunas normas extra-estatutarias, pues el concepto de poder legislativo es orgánico-formal.

Los TH vascos han actualizado los derechos históricos relativos a su régimen institucional mediante el EAPV, que los considera como “*poderes*”, a los que reconoce una reserva de competencias exclusivas, que ejercen con una amplia autonomía. Pues bien, una de las líneas de razonamiento para justificar la fuerza o valor de ley de las normas forales fiscales ha propugnado la naturaleza *parlamentaria y democrática* de las Juntas Generales de los TH, de la que derivaría el rango formal de ley de las normas forales, obviando, en consecuencia, cualquier problema formal ²⁴.

En efecto, el modelo institucional y el equilibrio de poderes interno establecido por el EAPV, no puede ser alterado por otras normas distintas, cualquiera que sea su procedencia. Por ello, las Juntas Generales no tienen la condición de Asamblea legislativa, de acuerdo con el EAPV, cuyo art. 25 EAPV atribuye la potestad legislativa al Parlamento Vasco, cierto que con la salvedad de las competencias de las Instituciones de los TH a las que se refiere el art. 37 EAPV; pero esta reserva material no significa conferir el valor material de ley de las normas forales, por más que las fiscales suplan, sustituyan y desplacen a las leyes estatales o, en su caso, autonómicas en la materia, ya que no se puede obviar el concepto orgánico-formal del poder legislativo.

El monopolio de la potestad legislativa del Parlamento Vasco se demuestra: i) por la admisión de una enmienda del partido político E.S.E.I. al entonces art. 37.1 del Proyecto de Estatuto, por la que se sustituyó la expresión “*órganos legislativos*”, referida a cada una de las asambleas provinciales, por la de “*órganos forales*”, debido, según el texto de su justificación, a que la expresión propuesta es la utilizada por los arts 211 LRL y 141.2 CE y, por tanto, la legal para la organización provincial, por lo que” *mencionar unos posibles poderes legislativo y ejecutivo a este nivel, al margen de que materialmente puedan desarrollar funciones legislativas y ejecutivas (reglamentarias y administrativas en sentido estricto), solo puede producir disfuncionalidad*”; y ii) por el art. 6.2 de la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, conocida por la Ley de Territorios Históricos (norma clave para la integración de las instituciones comunes con las de los territorios históricos), precepto que establece que “*en todo caso, la facultad de dictar normas con rango de ley corresponde en exclusiva al Parlamento*”.

Concluye, pues, el D.20/10 que, en el País Vasco no hay más Asamblea legislativa, en sentido constitucional, que el Parlamento Vasco. Si cada uno de los Territorios forales vascos se hubieran constituido en Comunidad Autónoma Uniprovincial, como hizo Navarra, hubieran podido contar con Asambleas legislativas propias y con la posibilidad de aprobar leyes en sentido formal, pero no se hizo así, sino que la creación de la Comunidad Autónoma del País Vasco constituye una nueva realidad institucional con incidencia en las realidades preexistentes, el Estado y los Territorios forales, cuyos derechos históricos “*habrán de acomodarse o adaptarse al nuevo orden territorial*” (STC 76/1988, F.J. 3).

El Estatuto de Autonomía es el elemento más decisivo de actualización, la norma fundacional de la Comunidad Autónoma así estructurada, convertida tanto en norma fundacional de las instituciones comunes, como en norma de integración y reestructuración (o actualización) de la potestad de autogobierno de los tres Territorios históricos (STC 76/1988, F.J.5). Y, en el País Vasco, no hay otro órgano legislativo en sentido

²⁴ En este empeño ha colaborado, paradójicamente, el legislador estatal ordinario con las reformas legislativas de 1998 y 1999. Pero la capacidad transformadora de estas reformas, pese al sentido equívoco de las palabras, carece de virtualidad, pues chocan con el espíritu y la letra del EAPV, única norma adecuada para ello.

formal que el Parlamento Vasco. D.20/10. Esta diferencia formal (con más precisión y rigor, constitucional) con la Comunidad Foral de Navarra, no puede obviarse ahora sino mediante la reforma de la propia CE, pues ésta sólo admite, en cada C.A., una Asamblea legislativa. Esto es, no podría modificarse el EAPV para reconocer, junto al Parlamento Vasco, la naturaleza parlamentaria y legislativa de las Juntas Generales, pues esa opción está vedada por la CE y no cabe ampararla en la DA 1ª CE. La actualización de los derechos históricos de los territorios forales se ha realizado ya en el EAPV de 1979.

L) El modelo organizativo e institucional de los Territorios Históricos establecido por el EAPV no puede ser alterado por normas distintas, cualquiera que sea su procedencia y rango.

El Consejo Consultivo continúa razonando en el D.20/10 que el modelo institucional y organizativo de los TH establecido por el EAPV está rigurosamente ajustado a la CE y al bloque de constitucionalidad y no puede ser contradicho por otras normas, incluidas las estatales y de carácter orgánico (como lo es la LO 1/10), ni las que provengan del Parlamento Vasco o de los propios TH, pues tales normas carecen de capacidad innovadora activa para alterar el marco constitucional y estatutario existente, por razones obvias de competencia y procedimiento, que encuentran pleno apoyo en la jurisprudencia constitucional.

Pese a ello, diversas las normas de esos tres niveles territoriales (estatal, autonómico vasco y de los propios TH) han pretendido alterar la realidad institucional tratando de reconocer a los TH potestades normativas semejantes a las legislativas, al amparo de la reserva material de competencias que el EAPV reconoce a los TH.

Estas pretensiones se agudizaron especialmente en la VI Legislatura (1996-2000), cuando el Grupo Parlamentario Nacionalista Vasco, planteó varias reformas legislativas para modificar el régimen de enjuiciamiento de la actividad normativa y administrativa de las Juntas Generales y de las Diputaciones Forales, coincidiendo en el tiempo con la sustantivación del sistema tributario foral (que adquiere perfil propio con la aplicación de tipos impositivos distintos del territorio común y con incentivos y beneficios fiscales distintos, conocidos coloquialmente como “vacaciones fiscales”) y el inicio de la llamada “batalla” jurídica emprendida por la CAR contra el ejercicio de esas peculiaridades fiscales y el “efecto frontera” atribuible a las mismas.

-El primer intento se plasmó en el art. 8 LTH, que atribuye a los órganos forales potestad **normativa** (de aplicación preferente a cualesquiera otras leyes estatales o del Parlamento vasco), categoría que se diferencia de la potestad **reglamentaria**, que ejercen, respectivamente, las Juntas Generales y la Diputación Foral.

-El segundo se plasmó en la DA 1ª LJCA de 1998, a cuyo tenor el art. 1.3 a) LJCA “*incluye los actos y disposiciones en materia de **personal y gestión patrimonial** sujetos al Derecho Público adoptados por los órganos competentes de las Juntas Generales de los TH*”, con lo que pudiera entenderse que éstas son equiparadas a las Asambleas Legislativas.

-El tercero se tradujo en la DA 16ª LPAC, que excluye de la consideración de Administración Pública a los efectos de esta Ley, a las Diputaciones Forales y las Administraciones institucionales de ellas dependientes, así como a las Juntas Generales de los TH, salvo cuando dicten actos y disposiciones en materia de **personal y gestión patrimonial** sujetos al Derecho público.

-Un cuarto intento se ha plasmado en la *Norma Foral 6/2005, de 12 de julio, de Organización institucional, gobierno y administración de Guipúzcoa*, cuyos planteamientos seguirán las demás normas institucionales de Álava y Vizcaya y en cuyo *Preámbulo* se justifica la reelaboración de la auto organización propia: i) atendiendo al **sistema parlamentario** y a la distinción entre órganos representativos y ejecutivos, ii) convirtiendo a las Juntas Generales en el **Parlamento** de cada TH (art. 4.1); iii) atribuyendo a las mismas la **potestad normativa**, con la denominación de **normas forales** (art. 6); iv) señalando que éstas son un “*producto normativo singular en el subsistema de fuentes de derecho de nuestra Comunidad Autónoma, con valor material de una ley formal emanada de cualquier Parlamento territorial siempre que se dicte sobre materias de competencia exclusiva del Territorio*”

Histórico”; vi) admitiendo ambiguamente que están sometidas al control de los Tribunales (art. 6.3), pero sin aludir a la jurisdicción contencioso-administrativa; vii) señalando que las Normas Forales son superiores en rango a los Decretos Forales, competencia de la Diputación Foral; y viii) llevando al extremo el modelo parlamentario de relación Legislativo-Ejecutivo en el ejercicio de la potestad “normativa” al admitir una suerte de delegación legislativa y de decretos-ley mediante los llamados “Decretos forales normativos” y los “Decretos forales-norma”, a favor de la Diputación Foral y del Consejo de Diputados, respectivamente (arts. 13 y 14).

La doctrina, ante la reserva competencial efectuada por el EAPV a favor de los TH, ha calificado las normas forales de los TH como *reglamentos autónomos* o *leyes en sentido material* para explicar el desplazamiento que, en su ámbito de reserva, producen respecto a las leyes estatales o autonómicas vascas, aunque sin dudar de su naturaleza de reglamentos sujetos a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Ahora bien, frente a todos estos intentos y pretensiones, el Consejo Consultivo advierte: i) que modelo institucional y organizativo de los TH establecido por el EAPV está rigurosamente ajustado a la CE y al bloque de constitucionalidad y no puede ser contradicho por otras normas, incluidas las estatales y de carácter orgánico (como lo es la LO 1/10), ni las que provengan del Parlamento Vasco o de los propios TH, pues tales normas carecen de capacidad innovadora activa para alterar el marco constitucional y estatutario existente, por razones obvias de competencia y procedimiento, que encuentran pleno apoyo en la jurisprudencia constitucional; ii) que las normas forales de organización citadas realizan simplemente una auto-proclamación del carácter parlamentario-legislativo de las Juntas Generales y, en consecuencia, de una autoatribución del valor de ley formal a las normas forales, cuando la norma foral institucional carece de capacidad innovadora activa para modificar –nada menos– que la CE y el EAPV; iii) que paradójicamente, el procedimiento de elaboración de los Anteproyectos de norma foral y de los Proyectos de disposiciones de carácter general es el mismo (el propio de los reglamentos) sin que se perciba rastro alguno del “*procedimiento parlamentario*”, característico de las leyes formales; y iv) que el TC rechazó tempranamente al existencia de una *reserva de reglamento* en nuestro sistema constitucional, al modo de la Constitución francesa de 1958 (STC de 13 de febrero de 1981 y 4 mayo de 1982), de manera que no hay ámbitos materiales excluidos de la capacidad de innovación activa de la Ley, sin ignorar el juego del *principio de competencia*, esencial en un Estado complejo, de autonomías constitucionalmente garantizadas.

M) La reserva de competencias fiscales a favor de los TH efectuada por el EAPV no debe ser confundida con la reserva de ley en materia tributaria para equiparar el régimen procesal de las normas forales fiscales vascas con las leyes tributarias estatales o navarras.

Observa el Consejo Consultivo que, en esta materia, se está produciendo una intencionada confusión jurídica entre dos tipos de reservas: i) por un lado, la reserva de ley que opera en el ámbito tributario general *ex* arts 31.3 y 133. 1 y 2 CE; y ii) por otro, la reserva de competencias fiscales a favor de los TH *ex* arts 25 y 37 EAPV. La confusión es, para el D.20/10, intencionada, pues tiene como finalidad lograr, a través del *principio de competencia* que expresan ambas reservas, un efecto propio del *principio de jerarquía normativa*, cual es alterar el rango de los reglamentos fiscales aprobados por las Juntas generales de los TH para convertirlos en *leyes formales* o, más exactamente, conservándoles el rango reglamentario, dotarles del mismo régimen impugnatorio que las leyes formales.

-Un primer error inherente a este planteamiento es pretender que el principio de *reserva de ley tributaria* (arts. 33.3 y 133 CE) exige que las normas forales sean leyes formales o al menos leyes materiales y que tengan el mismo sistema impugnatorio que éstas, cuando hoy en día es pacíficamente admitido, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y por el TC (cfr. STC 233/99) que los entes locales pueden aprobar *Ordenanzas* de mero rango reglamentario para regular y establecer los tributos que les competen dentro de los límites señalados por la Ley de Haciendas Locales, así como tipificar infracciones y sanciones, siempre que una ley haya establecido, al menos, los criterios de antijuridicidad de las conductas infractoras y las clases de sanciones posibles aplicables (STC 132/01). La reserva de ley tributaria sólo trata de plasmar el

criterio de consentimiento a los tributos (*no taxation without representation*) por el que no puede haber imposición que no sea aprobada por los representantes de los contribuyentes. Pero es obvio que los entes locales, incluidas las Diputaciones forales vascas, gozan de esa legitimidad representativa. Por lo tanto, ningún problema ni dificultad existe para que las Juntas Generales de los TH aprueben normas forales de rango meramente reglamentario para regular los tributos que les competen, tomando como leyes de cobertura el EAPV y la Ley aprobatoria del Concierto, sin perjuicio, obviamente, de respetar los límites comunitario-europeos, constitucionales, estatales e internos vascos antes citados para el ejercicio de dichas potestades tributarias. En otras palabras, la reserva de ley en materia tributaria no exige cambio normativo alguno respecto a las llamadas normas forales y no puede ser alegada para justificarlo.

-Una segunda falacia detectada por el D.20/10 es argumentar que la reserva o atribución de la potestad tributaria que el EAPV hace a favor de los TH, sustrayéndola al Parlamento vasco, exige un cambio en la consideración jurídica de las normas forales dictadas por los mismos, cuando la decisión de dotarse de un solo Parlamento y de constituir tres TH es una decisión legítima adoptada libremente por el País Vasco en el EAPV, por lo que lo menos que ahora puede exigirse es una auto-coherencia con la misma y no el subterfugio de modificar normas estatales de carácter orgánico para conseguir en la práctica que la CA vasca tenga en realidad cuatro Parlamentos mediante el complicado argumento de que en realidad solo hay uno y luego tres Juntas Generales que aprueban normas reglamentarias, salvo en materia tributaria en que son leyes en sentido material y entonces deben ser tratadas como si fueran leyes en sentido formal.

-Desvela el Consejo Consultivo que la alegada desigualdad con el caso de las leyes navarras no existe porque Navarra decidió libremente actualizar los derechos históricos reconocidos en la DA 1ª CE “*amejorando*” sus fueros en el sentido de convertirse en una CA Uniprovincial con su propio Gobierno y Parlamento; mientras el País Vasco lo hizo convirtiéndose en una CA pluriprovincial con un único Gobierno y Parlamento.

N) Privación a la CAR de la defensa contencioso-administrativa de sus derechos e intereses legítimos.

El rango reglamentario propio de las normas forales, incluidas las fiscales, ha permitido a la CAR impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa, *ex art. 1 LJCA*, las normas forales que, en los años pasados, han incluido tipos impositivos y beneficios fiscales generadores de deslocalizaciones de actividades económicas, consecuencia del denominado “*efecto frontera*”. La exclusión de dicho orden jurisdiccional, aprobada por el art. 2 LO 1/10 (nueva redacción del art. 9.4 LOPJ, que excluye el recurso directo o indirecto contra normas forales fiscales y atribuye dicha competencia al TC, en los términos establecidos en la nueva DA 5ª LOTC) y ratificada por la DA Única de la misma LO (el nuevo apartado añadido al art. 3.d) LJCA consagra idéntica exclusión), suponen atribuir el monopolio del control de dichas normas al TC pese a la violación patente de lo dispuesto en los arts. 161.1.a) y 163 CE.

La remisión a los requisitos de legitimación exigidos para el recurso y cuestiones de inconstitucionalidad tiene unas desfavorables y negativas consecuencias para la defensa de los intereses de la autonomía constitucionalmente garantizada a la CAR frente posibles excesos de las normas forales fiscales. En efecto, a partir de la entrada en vigor de la LO 1/01 (que, *ex art. 2.1. CC*, se produjo el 16-3-10, esto es, a los veinte días de su publicación en el BOE, al no haber previsión expresa en la misma), la CAR no estará legitimada para interponer recurso contra las normas forales, de acuerdo con las restricciones a la legitimación de las CCAA en el art. 32.1 LOTC, en relación con el art. 162 CE.

Además de otras restricciones ya operativas hasta el presente (así, un Consejo de Gobierno –caso de la STC 223/2006– o los Diputados autonómicos no pueden impugnar una Ley promulgada por su Asamblea legislativa; ni las Leyes de otra Comunidad Autónoma –ATC 26/2000–), la falta de mención expresa de las normas forales en el art. 32 LOTC puede entenderse en un doble sentido: i) el absurdo de que no son impugnables por nadie, ya que no están contempladas en ninguno de los dos apartados del artículo 32 LOTC; o ii) el más correcto de que la legitimación exigible es la del apartado 32.1 LOTC, de suerte que sólo son impugnables por el Presidente del Gobierno; el Defensor del Pueblo; 50 Diputados o 50 Senadores.

En cuanto al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad contra las normas forales fiscales, el supuesto de hecho habilitante no se producirá, pues, en virtud del principio de territorialidad de las normas, difícilmente la Administración de la CAR o los organismos de ella dependientes tendrán la condición de sujetos pasivos de la relación tributaria con las haciendas forales, requisito imprescindible para que en un proceso pueda llegar a plantearse la citada cuestión de inconstitucionalidad.

Ñ) Posibles infracciones constitucionales de la Ley Orgánica 1/10.

Como consecuencia del extenso razonamiento consultivo que hemos extractado, el D.20/10 concluye que la LO 1/10 incurre en las siguientes infracciones constitucionales que la hacen acreedora de impugnación ante el TC: i) Infracción del **art. 9.3 CE**, sobre interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; ii) Infracción del **art. 24 CE**, relativo a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de todas las personas, incluidas las personas jurídicas públicas, como es la Administración de la CAR; iii) Infracción del **art. 106.1 CE**, al excluir de todo control jurisdiccional el ejercicio por ciertas Administraciones Públicas de la potestad reglamentaria que tienen atribuida en materia fiscal²⁵; iv) Infracción de los **arts 161.1.a) y 163 CE** que limitan el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, respectivamente, a la impugnación ante el TC de “*leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley*” y de “*norma(s) con rango de ley*”, mientras que la LO 1/10 sustituye el control contencioso-administrativo de normas reglamentarias por un mero control de constitucionalidad que atribuyen en exclusiva al TC²⁶; v) Infracción de los **arts. 25 y 38.3 EAPV**, pues el primero atribuye competencia legislativa exclusiva al Parlamento Vasco y no a las Juntas Generales de los TH y el segundo establece que “*los actos y acuerdos y las normas reglamentarias emanadas de los órganos ejecutivos y administrativos del País Vasco serán recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*”;²⁷

²⁵ La importancia de la materia tributaria y el hecho de que el “*amparo y respeto*” por la CE de los “*derechos históricos de los territorios forales*” permita a éstos dictar normas en dicha materia, no permite, en modo alguno, excluir a éstas, dada su naturaleza reglamentaria, del control jurisdiccional. Las Provincias vascongadas o TH tienen, por serlo, facultades de regulación tributaria más amplias que las que corresponden a otras Administraciones; pero el propio art 133.2 CE reconoce que “*las Corporaciones locales podrán establecer y exigir tributos, de acuerdo con la Constitución y las leyes*”, y eso, en modo alguno, permite excluir del control jurisdiccional a las Ordenanzas locales que se dicten en ejercicio de esa potestad tributaria constitucionalmente reconocida, sea cual sea su repercusión e importancia práctica.

²⁶ En nuestro sistema, la primacía de la CE en el sistema de fuentes no se traduce en una nulidad de las leyes postconstitucionales que pueda ser apreciada por los Jueces y Tribunales, sino en la existencia de un órgano -el TC- al que, por una parte, corresponde en exclusiva declarar esa nulidad de tales leyes -a través del recurso y la cuestión de inconstitucionalidad- y al que, de otro lado, le está vedado declarar la inconstitucionalidad de las normas reglamentarias, porque esto corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales (art. 106.1 CE). La atribución por la LO 1/10, al TC de la competencia exclusiva para conocer, a través del recurso y cuestión de inconstitucionalidad, de los problemas que planteen las *normas forales fiscales vascas*, supone tanto como atribuir a estas últimas una naturaleza legislativa de la que carecen y obligar al TC a juzgar su adecuación, no a la CE, al EAPV o a otras normas que formen parte del llamado *bloque de la constitucionalidad*, sino a Leyes ordinarias, como la que apruebe el Concierto económico u otras del Parlamento vasco o de las Cortes Generales que puedan resultar de aplicación: a hacer, en definitiva, no *juicios de constitucionalidad*, a los que se ciñe su competencia, sino *juicios de legalidad*, que competen en exclusiva a los órganos jurisdiccionales.

²⁷ A tal efecto hay que tener en cuenta que este precepto se sitúa dentro de su Título II, que trata “*de los poderes del País Vasco*” incluyendo entre ellos “*las instituciones de los Territorios Históricos*” (capítulo IV) y, por tanto, sus *órganos forales* (art. 37.1 EAPV), entre los que se encuentran las Juntas Generales y que son, todos ellos, “*órganos administrativos*”.

Siguiendo los criterios del D.20/10, el Parlamento y el Gobierno de la CAR han interpuesto sendos recursos de inconstitucionalidad contra la LO.1/10, actualmente en tramitación ante el TC ²⁸ y que han suscitado el interés de la doctrina ²⁹.

3. LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE DETERMINADOS PRECEPTOS DEL REAL DECRETO-LEY 8/2010, DE 20 DE MAYO, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS EXTRAORDINARIAS PARA LA REDUCCIÓN DEL DÉFICIT PÚBLICO.

EL RDL 7/10 constituye una de las más claras manifestaciones de la normativa de urgencia para la puesta en vigor de medidas económicas frente a la crisis económica pero el Consejo Consultivo lo ha analizado sólo desde la perspectiva constitucional en su D.62/10.

A) Preceptos reputados como constitucionales.

Entiende el Consejo que el Estado tiene títulos competenciales suficientes para regular las siguientes cuestiones: art 4 (suspensión de la revalorización de pensiones, ex art. 149.1.17 CE), arts 6 y 7 (medidas en materia tributaria y de Seguridad Social, ex arts 133.1 CE y 149.1.14 y 17 CE), arts. 8 a 12 (medidas en materia de sanidad, ex art. 149.1.16 y 17), arts 14 y 15 (medidas en materia económico-financiera de las entidades locales, ex art. 149.1.18^a CE) y arts. 16 y 18 (también incardinables en el último precepto constitucional citado); siendo extensibles estas conclusiones a las Disposiciones Adicionales (salvo la 6^a A) dado su contenido y ámbito material de regulación limitado al sector público estatal.

B) Preceptos posiblemente inconstitucionales.

El D.62/10 entiende que pueden ser contrarios a la Constitución los siguientes preceptos, por los motivos que en cada caso se indican.

-El **art 1** en su integridad y, por su relación con él, las **DDAA 1^a y 2^a**, por infringir la reserva a la LPGE, que establecen expresamente los arts 134.1 y 5 CE; no respetar el contenido esencial del derecho al trabajo de los funcionarios y el personal al servicio de las Administraciones públicas (arts. 35 y 103.3 CE, desarrollo *estatutario* de los mismos por el

²⁸ Recursos de inconstitucionalidad núms. 3443/2010, promovido por el Gobierno de La Rioja (admitido a trámite por Providencia de 19 de mayo de 2010, publicada en el BOE núm. 136, de 4 de junio), y 4138/2010, promovido por el Parlamento de La Rioja (admitido a trámite por Providencia de 30 de junio de 2010, publicada en el BOE núm. 165, de 8 de julio).

²⁹ Sobre este asunto, cfr., entre otros, ALVAREZ CONDE, Enrique (dir.), *El privilegio jurisdiccional de las normas forales fiscales vascas*, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, IDP, 2010; SOLOZABAL ECHAVARRÍA, Juan José, “El blindaje foral en su hora: comentario a la Ley Orgánica 1/2010”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 90, 2010, 11-28; DUQUE VILLANUEVA, Juan Carlos, “Los procesos constitucionales de control de las normas forales fiscales vascas”, *íbid.*, 29-71. En contra: ETXEBERRÍA MONASTERIO, José Luis, “Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 1/2010”, en *Forum Fiscal de Álava*, diciembre 2010, 35-46.

art. 21 EBEP y art. 53.1 CE), que limita la viabilidad constitucional del DL *ex art.* 86.1 CE, y vulnerar la prohibición de retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales contenida en el artículo 9.3 CE.

-El **art. 5, la D.A. 6ª y la DT 3ª**, en cuanto que corresponden a la CAR las competencias exclusivas en materia de asistencia y servicios sociales (art. 8.1.30 EAR'99) y de promoción e integración de discapacitados y tercera edad (art. 8.1.31 EAR'99), sin que pueda menoscabar su contenido en las cuestiones reguladas la competencia que al Estado atribuye el artículo 149.1.1.ª CE, en la que pretendió fundarse el dictado de la Ley 39/2006 que tales normas pretenden ahora modificar o condicionar en su aplicación. A tal efecto, el Consejo ha proseguido en 2010 afirmando la *posible inconstitucionalidad de la Ley estatal 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, como enseguida analizaremos.

-Los **arts 4, 6, 7 y 14.2**, en cuanto, al diferir expresamente su aplicación a un momento muy posterior al de entrada en vigor del RDL, ponen de manifiesto que no concurre la situación de "*extraordinaria y urgente necesidad*" que exige el artículo 86.1 CE como presupuesto habilitante para dictar un DL con preterición del procedimiento ordinario de presentar a las Cortes Generales el correspondiente Proyecto de ley. El D.62/10 plantea en consecuencia la *doctrina constitucional sobre la naturaleza de los Decretos Leyes y de las Leyes de Presupuestos Generales*, que también reseñaremos más adelante.

-La **DA 9ª**, porque la misma no puede ser considerada *norma básica* delimitadora de las competencias de desarrollo normativo y ejecución de las CCAA, dado su contenido de exclusión o derogación singular para un caso determinado de los preceptos de reducción salarial contenidos en el RDL. Como motivación, el D.62/10 reproduce la *doctrina constitucional sobre el binomio bases estatales-normativa autonómica para su desarrollo*, a la que luego aludiremos.

-El **contenido restante del RDL 8/10 podría considerarse inconstitucional** en cuanto existan datos económicos fiables que permitan poner de manifiesto la no concurrencia de la situación de "*extraordinaria y urgente necesidad*" que exige el artículo 86.1 CE como presupuesto habilitante para dictar un DL con desplazamiento del procedimiento ordinario de presentar a las Cortes Generales el correspondiente Proyecto de ley.

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

El Consejo Consultivo ha reiterado en cuantos dictámenes ha emitido en materia de dependencia social en 2010 (D.29/10, D.30/10, D.42/10, D.44/10, D.62/10, D.73/10, D.110/10, D.105/10) que la competencia exclusiva en materia de *servicios sociales y asistencia social* corresponde a las CCAA, así en la CAR *ex arts.* 8.1.30 y 31 EAR'99; por lo que el título competencial (art. 149.1.1 CE) esgrimido por el Estado (DF 8ª de la Ley 39/06), según la nítida doctrina del TC, ni puede tener un objeto como el regulado, ni puede servir para dejar prácticamente sin contenido, como de hecho sucede, la indicada competencia exclusiva autonómica.

La incompetencia estatal para dictar la Ley 39/06 se extiende lógicamente a las normas estatales que traten de modificarla, como el art 5, la DA 6ª y la DT 3ª del RDL 8/10 (D.62/10). Esta incompetencia estatal es tanto más grave cuanto que la Ley estatal 39/06 crea un nuevo derecho subjetivo de carácter prestacional a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, caracterizado por no ser exigible al Estado que lo crea sino a las CCAA, cuyas políticas en la materia quedan condicionadas por el sistema de atención a la dependencia estatalmente impuesto, por más que el Estado lo financie en su nivel mínimo y parcialmente en el nivel cooperativo (D.29/10, D.30/10, D.44/10, D.73/10, D.100/10). En suma, la citada Ley estatal condiciona decisivamente el ejercicio de las competencias autonómicas exclusivas en materia de Asistencia social (D.29/10, D.44/10, D.100/10) y es, por tanto, inconstitucional aunque exista normativa autonómica que la desarrolle; si bien es válida y eficaz mientras no sea impugnada y declarada tal por el TC, por lo que es susceptible de prestar cobertura a reglamentos autonómicos de desarrollo (D.30/10, D.44/10, D.73/10, D.100/10).

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

Al ser inconstitucional la referida Ley estatal, la CAR debe aludir en el proyecto sólo a los títulos competenciales derivados del EAR (D.73/10). Por lo mismo, la legislación estatal citada debe ser interpretada restrictivamente (D.101/10).

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

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

En 2010, el Consejo se ha ocupado de la trasposición como fenómeno jurídico general y, en particular, sobre la trasposición de la Directiva *Bolkestein* o *de Servicios* (Dva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre), que tiene por objeto establecer un marco jurídico general para facilitar la consecución de un efectivo mercado interior en el ámbito de los servicios mediante la remoción de los obstáculos legales y administrativos que dificulten su prestación (D.35/10). El contenido de la Dva *de Servicios*, y sus distintas medidas de simplificación administrativa, en especial, la sustitución del sistema de autorización administrativa previa por el de comunicación o declaración responsable con posterior inspección y control administrativo son expuestos en D.35/10 y D.101/10.

Sobre la *trasposición* en general, el Consejo ha afirmado el *principio de respeto a la distribución interna de competencias, es decir, que la ejecución y transposición del Derecho comunitario europeo compete al Estado y a las CC.AA según el orden constitucional y estatutario interno de distribución de competencias ex SSTC 252/88, 64, 76 y 236/91, 79/92, 141/93 y 102/95* (D.35/10, D.101/10), por lo que la CAR es competente para trasponer normativa europea en la medida en que tenga competencias sobre las diversas materias a las que afecta (D.35/10).

Respecto a la trasposición al Derecho interno español de la Dva. *de Servicios*, En el ámbito estatal la trasposición de esta Directiva se ha producido: i) primero en el plano general y abstracto de lo básico, mediante

la denominada “Ley paraguas” (Ley 17/09), que recoge los principios y criterios generales de la Directiva; y ii) en el plano de lo concreto, mediante la llamada “Ley ómnibus” (Ley 25/09), que adapta a la Directiva los distintos sectores, modificando o derogando normas estatales, lo cual ha sido completado en cada sector por las correspondientes normas reglamentarias estatales (D.101/120). Las CCAA han intervenido en la trasposición de la Directiva en el ámbito de sus respectivas competencias, normalmente: i) primero mediante una “Ley ómnibus” de cada C.A., a veces, incluida en la “Ley de acompañamiento” a la de Presupuestos Generales; y ii) mediante reformas de nivel reglamentario en cada sector competencial concreto (D.101/10). En lo que concierne a las competencias afectadas de la CAR, se ha hecho: i) para las normas con rango de Ley, por la Ley 6/09; y ii) para las normas con rango reglamentario, puede hacerse por uno o varios Decretos (D.35/10).

Esta Directiva, al alterar las reglas tradicionales de intervención administrativa previa en el sector de los servicios (registros preliminares, autorizaciones previas y otras intervenciones policiales *ex ante*) por una intervención administrativa *a posteriori* (de inspección y control), mediante técnicas nuevas, como la comunicación o declaración responsable, constituye el parámetro para juzgar la proporcionalidad y razonabilidad de los mecanismos de intervención propuestos en cada norma reglamentaria de trasposición (D.101/10). A este respecto, el Consejo ha sugerido que, si se trata de trasponer una misma técnica administrativa (p.e. la comunicación previa o la declaración responsable) para aplicarla a diversas actividades reguladas en la misma norma, es preferible una regulación general de dicha técnica aplicable a todas las actividades que una repetición de su regulación al tratar de cada una de ellas (D.101/10).

Respecto a la *comunicación previa* y la *declaración responsable*, para el Consejo, no son técnicas distinguidas claramente en la Directiva ni en la “Ley ómnibus”, pero sí en el art. 71 bis 3 LPAC, aunque sus efectos son los determinados por la normativa sectorial que las adopte, lo que explica la cierta confusión reinante al respecto, de la que son muestra: i) la pluralidad de efectos que a las mismas se atribuyen en la legislación sectorial de trasposición estatal y autonómica; ii) que dicha legislación tampoco siga una uniformidad en la aplicación de estas técnicas a las mismas actividades de cada sector; y iii) que a veces se apliquen conjuntamente ambas técnicas a la misma actividad (D.101/10).

B) La Ley.

Respecto de la ley como fuente jurídica, el Consejo se ha pronunciado en 2010 sobre los siguientes aspectos:

-*Ley singular y meramente formal.* El Consejo ha tratado esta cuestión al tratar de las alteraciones de términos municipales, en los términos que hemos expuesto anteriormente (cfr. D.9/10).

-*Ley en sentido formal y ley en sentido material.* El Consejo ha tratado esta cuestión a propósito de la naturaleza reglamentaria de las normas forales fiscales vascas (cfr. D.20/10).

-*Derogación singular por una Ley de sus propios preceptos.* El Consejo (D.62/10) estima una posible inconstitucionalidad en los supuestos en que una norma con rango de ley realiza una exclusión o derogación singular de sus propios preceptos, pues ello ha sido considerado contrario a la CE por el TC en SSTC 213, 220 y 259/88, 148/91 y 159/01.

-*Interpretación de la reserva de Ley Orgánica para regular otras materias determinadas por la CE.* El Consejo (D.20/10) ha sostenido que, en virtud del principio de congelación del rango o, en rigor, del *ámbito de reserva constitucional a las Leyes Orgánicas*, para modificar una Ley Orgánica concreta sobre una materia reservada a ella (como p.e. la LOTC o la LOPJ) es necesaria otra Ley Orgánica concreta sobre esa misma materia concreta. Por esta reserva material (de materias concretas a Leyes Orgánicas concretas al

respecto), a la LOTC (pese a que el art. 161.1.d) permite atribuir al TC nuevas competencias) le está vedada, fuera de las cuestiones estrictamente procesales, cualquier modificación de la configuración y régimen jurídico de las instituciones autonómicas.

C) Las condiciones básicas del art. 149.1.1 CE.

El Consejo se ha pronunciado sobre esta materia en su D.29/10, declarando que: i) estas *condiciones* sólo se extienden 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); ii) que 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; y iii) que 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 no son similares a la legislación básica estatal (STC 61/97). La distinción entre legislación básica y condiciones básicas del art. 149.1.1. CE ha sido enfatizada tanto en el D.29/10 como en el D.73/10.

D) El binomio bases estatales-desarrollo normativo autonómico.

Como motivación, el D.62/10 reproduce la *doctrina constitucional sobre el binomio bases estatales-normativa autonómica para su desarrollo*, afirmando: i) que las *bases* o *normas básicas*, por su propia naturaleza, limitan pero no pueden impedir el correspondiente ejercicio por las CCAA de las competencias de *desarrollo normativo* de las mismas que vengan a contemplar sus EEAA y comportan la posibilidad de ejercer diversas opciones derivadas de su autonomía política; ii) que la doctrina al respecto del TC vincula el contenido posible de las normas estatales básicas con el *interés general* para que exista una normativa uniforme en lo sustancial, es decir, un *común denominador normativo*, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, pueda establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco que la CE y el EA le hayan atribuido sobre la misma materia (STC 28-1-82); iii) que, en virtud de esa definición material de lo básico, corresponde al legislador estatal delimitar su contenido y alcance, pero sin alterar el orden constitucional y estatutario de competencias, y sin que ello suponga que debe aceptarse en todo caso el criterio del legislador estatal, pues si la calificación de un precepto como básico resulta impugnada, corresponde al TC, en tanto que intérprete supremo de la CE, revisar dicha calificación y deducir, en última instancia, si la misma es o no materialmente básica, por lo que la distinción entre lo básico y no básico en sentido material resulta artificiosa al depender del casuismo ante el TC (STC 141/93, 179/85 y 95 y 96/86); y iv) que el TC ha tratado de exigir que la legislación básica se adopte, como regla general, mediante ley formal, lo que incluye la posibilidad de que se haga por RDL (SSTC 23/1993 y 11/2002).

El Consejo ha extraído las pertinentes consecuencias concretas de esa doctrina general:

-El primer lugar, ha importado la *doctrina constitucional de la inferencia natural*, al señalar en el D.91/10 que, ante la falta de una formulación formal de las bases en una materia, como sucede en el caso de la normativa estatal pre-constitucional, cabe acudir a un concepto *material* de bases e inferir las mismas de los textos legales estatales preconstitucionales, como es el caso de Ley estatal de 7-10-1938, de Pastos, hierbas y rastrojeras, y a su Reglamento, aprobado por Decreto 1256/1969, de 6 de junio, normas ambas de las que el Consejo infiere bases materiales para entender que las mismas son respetadas por la Ley 4/2009, de 20 de octubre, de aprovechamientos de recursos pastables de la CAR, y su Reglamento.

-En segundo término, la declarado el Consejo que la normativa básica vincula a la Comunidad Autónoma sin necesidad de incorporaciones expresas en un reglamento autonómico de desarrollo, pero, si lo hay, debe enjuiciarse si éste respeta o no dicha normativa básica (D.196/10, D.107/10).

-Finalmente, siguiendo una STSJ Madrid 6-10-08, admite que el respeto a las bases estatales no puede significar la reproducción literal de la norma que las formula, siempre que se respeten los objetivos marcados por la misma (D.106/10, D.107/10).

E) La naturaleza de la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

El D.62/10, ex STC 3/03, señala que: i) la LPGE es una Ley singular, de contenido constitucionalmente determinado, exponente máximo de la democracia parlamentaria, en cuyo seno concurren las tres funciones que expresamente el art. 66.2 CE atribuye a las Cortes Generales: es una Ley dictada en el ejercicio de su potestad legislativa, por la que se aprueban los presupuestos y, además, a través de ella, se controla la acción del Gobierno; ii) la aprobación de los PG requiere, para que la labor parlamentaria de su control pueda ser efectiva, que, como establece el art. 134.2 CE, los PGE incluyan «*la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal*», recogiendo de este modo los principios de *unidad* (los presupuestos deben contenerse en un solo documento) y *universalidad* (ese documento debe acoger la totalidad de los gastos e ingresos del sector público); y iii) el art. 134.2 CE constituye el contenido «*propio, mínimo y necesario*» de la LPG (SSTC 109/01, 65/87, 65/90, 76/92, 234/99; 32/00 y 67/02) que, en todo caso, debe aparecer en la LPG que cada año debe ser aprobada por el Parlamento.

Concluye, por ello, el D.62/10 que la LPGE es una «*Ley de contenido constitucionalmente definido*» (SSTC 76/92; 16/96; 61/97; 174/98; 130/99; 131/99; 234/99; 32/00; y 274/00). Por eso, el D.62/10 concluye que: i) puede hablarse en propiedad de la existencia en la CE de una *reserva de un contenido de Ley de presupuestos* (STC 131/99), que es una reserva de ley en sentido formal, por la que se garantiza la intervención esencial de las Cortes Generales, no sólo para aprobar, sino razonablemente también para modificar la LPGE de cada ejercicio en lo que constituye su contenido necesario; ii) por ello, la reserva afecta también a las eventuales modificaciones de la LGPE, según se deduce de los arts 134.1 CE, que atribuye a las Cortes Generales su *enmienda*, expresión ésta que no se refiere sólo a la eventual modificación del Proyecto de LPGE como tal, sino también a toda modificación posterior de la LPGE que se haya aprobado, razón por la cual el art. 134.5 CE permite al Gobierno presentar, una vez aprobada la LPGE, *Proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos* correspondientes al mismo ejercicio presupuestario; y iii) esta reserva de LPGE impide, pues, la modificación de la LPGE por medio de un RDL.

Finalmente, el D.62/10 se plantea como hipótesis si, en orden a la modificación de la LPGE, la reserva de ley ex art. 134.5 CE, podría entenderse referida tan solo a los casos de incremento del gasto público, lo que no concurriría en las modificaciones de la misma por un RDL que justamente lo que pretenda es disminuir ese gasto y, en definitiva, el déficit público. Pero concluye que semejante argumentación no puede aplicarse a la fijación por la LPGE de las retribuciones de los funcionarios y del personal al servicio de las Administraciones Públicas, por las razones antes expuestas.

F) Los límites constitucionales de los Decretos-Leyes.

Respecto a los *límites constitucionales del Decreto-Ley*, declara el D. 62/10 que: i) todo DL debe reunir los presupuestos constitucionales que habilitan al Gobierno para dictarlo, que son los derivados del art. 86.1 CE; ii) que la previsión expresa del artículo 86.1 CE no constituye una lista de excepciones cerrada, pues de la propia CE pueden inferirse otros contenidos materiales vedados a los DL por resultar esencial su aprobación por una ley en sentido formal, aprobada necesariamente por las Cortes Generales; iii) lo anterior ocurre justamente, *ex art 134.1 y 5 CE*, con la aprobación y modificación de lo que constituye el contenido necesario y propio de la LPGE. según se deduce de los citados preceptos que atribuyen a las Cortes Generales su *enmienda*, expresión ésta que no se refiere sólo a la eventual modificación del Proyecto de LPGE como tal, sino también a toda modificación posterior de la LPGE que se haya aprobado, razón por la cual el art. 134.5 CE permite al Gobierno presentar, una vez aprobada la LPGE, *Proyectos de ley que impliquen aumento del gasto público o disminución de los ingresos* correspondientes al mismo ejercicio presupuestario; iv) esta reserva de LPGE impide, pues, la modificación de la LPGE por medio de un RDL; v) podría defenderse que, en orden a la modificación de la LPGE, la reserva de ley *ex art. 134.5 CE*, se refiere tan solo a las hipótesis de incremento del gasto público, lo que no concurre en las modificaciones de la misma por un RDL que justamente lo que pretenda es disminuir ese gasto y, en definitiva, el déficit público; vi) semejante argumentación no puede aplicarse a la fijación por la LPGE de las retribuciones de los funcionarios y del personal al servicio de las Administraciones Públicas; y vii) es nítida la doctrina del TC de que la convalidación de un RDL por las Cortes Generales no salva los defectos de constitucionalidad de aquél.

Respecto al *presupuesto habilitante de la “extrema y urgente necesidad”*, recuerda el D. 62/10, *ex SSTC 189/05 y 68/07*, la doctrina de que: i) tal concepto *no es una cláusula o expresión vacía* de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva libremente sin restricción alguna, sino la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante DL, cuya inobservancia constituye una infracción que sólo puede repararse con una declaración de inconstitucionalidad, sin que se puedan corregir esos defectos por su convalidación mediante Ley; ii) su control por el TC comporta una *valoración conjunta* de todos aquellos factores que determinaron al Gobierno a dictar la disposición legal y excepcional, los cuales se reflejan en la Exposición de Motivos, a lo largo del debate parlamentario de convalidación y en el propio expediente de elaboración de la misma, debiendo tenerse presentes las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación del DL enjuiciado; y iii) la extraordinaria y urgente necesidad es un presupuesto habilitante cuando el RDL trata de subvenir a *«situaciones concretas de los objetivos gubernamentales que por razones difíciles de prever requieran una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido por la vía normal o por el procedimiento de urgencia para la tramitación parlamentaria de las Leyes»*.

Aplicando esta doctrina general al caso, el D.62/10 entiende que: i) la necesidad de subvenir a una coyuntura económica problemática puede cumplir el presupuesto constitucional de la extraordinaria y urgente necesidad, pero es difícil que así sea cuando el problema que trata de solventarse se conocía hacía más de un año de la fecha del RDL (en el caso, según documentos oficiales de la UE) y, por tanto, fue valorado y asumido por el Parlamento al aprobar la LPGE pocos meses antes, por lo que los preceptos de la misma modificados por el RDL serían inconstitucionales por falta de la extraordinaria y urgente necesidad exigida por el art. 81 CE; ii) un RDL puede estimar que concurren circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad *ex art. 38.10 EBEP*, para suspender la aplicación del vigente Acuerdo para la función pública entre el Gobierno y los Sindicatos, salvo en materia retributiva donde la reserva de LPGE (cfr. art 21 EBEP) hace que el RDL deba interpretarse en el sentido de que se limita a posibilitar el abandono del Acuerdo en la futura LPGE, pero no por otra Ley ni menos por un RDL.

G) Los Reglamentos.

Sobre los reglamentos como fuentes del Derecho Administrativo, el Consejo, tras advertir, en cuanto a la *denominación*, que debe emplearse la denominación *Reglamento*, que corresponde a nuestra tradición jurídica, y no la de *Manual* o *Pliego*, aunque la emplee la normativa de la UE que deba ser traspuesta (D.54/10); y que la expresión *reglamentariamente*, referida a cómo se fijarán los méritos exigibles, no incluye a las órdenes de convocatoria de procesos selectivos, ya que no son reglamentos (D.65/10), insiste en los aspectos de forma (D.2/10) y jerarquía entre reglamentos (D.29/10), y recuerda que la *reserva reglamentaria* no existe en nuestro Derecho (D. 20/10, D.29/10).

Respecto a los *reglamentos ejecutivos*, insiste el Consejo en que tienen por *finalidad* completar, desarrollar o concretar lo que en la Ley aparece regulado de modo más genérico o en forma principal, dejando a la Administración un espacio regulativo a rellenar por medio del reglamento, en el que se precise todo el casuismo de desarrollo que puede exigir la situación o la completa actuación administrativa sobre ella; por ello, estos reglamentos parten de una habilitación legal que constituye su marco normativo general y el objeto principal de los mismos consiste, de un lado, en establecer, bajo el principio de legalidad, unas reglas que ofrezcan a los ciudadanos la seguridad jurídica debida; y, de otro, permitir la adecuación normativa mediante el desarrollo reglamentario de una materia; y de ahí que el sometimiento a la ley de estos reglamentos sea expresión de la satisfacción del principio de legalidad (D.8/10, D.10/10, D.11/10, D.12/10, D.13/10, D.14/10, D.15/10, D.66/10, D.90/10, D.105/10).

Sobre la *elaboración* de los Reglamentos, nos remitimos a lo extractado al tratar sobre el procedimiento administrativo especial de elaboración de disposiciones generales, insistiendo únicamente en que el Consejo analiza siempre la *competencia* de la norma proyectada, ya que la competencia de la Comunidad Autónoma constituye un presupuesto necesario para la validez de cualquier tipo de disposición, legal o reglamentaria, que dicten sus órganos (D.65/10, D.98/10). Ahora bien, los vicios de incompetencia de un reglamento que se limita a desarrollar una ley son referibles a ésta y no al reglamento que la ejecuta; y dicha Ley goza de una presunción de constitucionalidad que solo el TC puede deshacer; en tales casos el análisis jurídico se limita a examinar si el reglamento respeta el principio de jerarquía normativa (D.61/10, D.91/10).

En cuanto al *rango*, el Consejo entiende que la norma modificativa de otra anterior debe contar al menos con el mismo rango que la modificada (D.35/10); y que es aconsejable que la regulación autonómica general de una materia se haga por norma con rango de ley (*doctrina de la conveniente interposición de ley autonómica*) ya que, si se hace por reglamento, no sólo hay que atender al principio de competencia, sino también al de jerarquía normativa, y entonces la norma de cobertura será la Ley estatal correspondiente que deberá ser respetada en todo (salvo en aspectos de organización) y no sólo en lo que pueda tener de legislación orgánica o básica, con la consiguiente minoración de autonomía política que ello supone, y además no será posible que la normativa autonómica con rango reglamentario desplace a la estatal no básica formulada con rango de ley ni la anteceda en el sistema de prelación de fuentes (D.52/10).

También la *cobertura* legal de los reglamento es objeto de análisis por el Consejo. Cuando un único reglamento trata de modificar varios precedentes sobre diversas materias (como sucede en el caso de la trasposición de la Directiva *Bolkestein* o de Servicios mediante un

reglamento *ómnibus* o conjunto al efecto) ha de encontrarse su cobertura en las habilitaciones contenidas en las leyes sectoriales respectivas (D.35/10). La cobertura de una reglamento debe darla la última ley vigente no una anterior que ésta derogó, aunque la misma prestara en su día cobertura al reglamento que ahora es derogado por el nuevo (D.52/10). Por supuesto, la mera existencia y publicación de una Orden en el BOR no garantiza la legalidad y acierto de su contenido, máxime si no ha sido dictaminada previamente por el Consejo Consultivo (D.54/10).

Por lo que se refiere al *plazo legal para dictar reglamentos*, ha entendido el Consejo que el plazo establecido en una ley para dictar el reglamento que deba desarrollarla no limita el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno ni puede interpretarse como un término final a la habilitación para el dictado de la norma reglamentaria, por lo que su incumplimiento carece de consecuencias jurídicas, aunque pueda tenerlas políticas o de otra índole (D.91/10).

Sobre el polémico asunto de la *potestad reglamentaria de los Consejeros*, ha reiterado el Consejo la doctrina de la *doble habilitación* al afirmar que sólo la tienen cuando estén habilitados expresamente para ello por una ley o por un reglamento aprobado por el Gobierno (D.2/10) y que es perfectamente ajustado a Derecho que un Decreto pueda derogar una Orden de Consejería (D.29/10).

Finalmente, el Consejo, que, como hemos señalado, ha analizado exhaustivamente en el D.20/10 el carácter reglamentario de las *normas forales vascas*, ha aludido a los *reglamentos independientes*, afirmando en el D.81/10 que son los organizativos, salvo que se trate de desarrollar un órgano previsto en una Ley.

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

Durante 2010, el Consejo Consultivo ha emitido 36 Dictámenes sobre otros tantos Proyectos de disposiciones reglamentarias, generalmente con forma de Decreto ³⁰. En los correspondientes Dictámenes, el Consejo, además de señalar cuestiones de fondo, ha continuado perfilando su conocida y didáctica doctrina sobre la potestad reglamentaria, el procedimiento administrativo especial de elaboración de disposiciones generales y la técnica legislativa, insistiendo en los siguientes aspectos:

1. Trascendencia y régimen jurídico.

³⁰ Concretamente, tales Proyectos se referían a las siguientes materias: i) *Administración pública* (regulación del Registro; transposición de la Directiva de Servicios; acceso a locales de ocio; Consejo de Cooperación al Desarrollo y concursos unificados de policía local). ii) *Agricultura* (industrias agroalimentarias; D.O. Aceite de La Rioja; Registro explotaciones agrarias; y ordenación de recursos pastables); iii) *Educación* (ordenación de ciclos formativos; currículos de FP, ESO y Educación primaria; Centros integrados de FP, de educación obligatoria y de educación de adultos); iv) *Deporte* (asistencia médico-deportiva); v) *Hacienda* (fiscalización e intervención y precios públicos); vi) *Industria* (suministro de gas); vii) *Turismo* (Reglamento de la Ley de turismo); viii) *Sanidad* (formación sanitaria especializada, y provisión de puestos en el SERIS); y ix) *Servicios Sociales* (acceso a Centros de día, Consejo Riojano de Servicios Sociales y regulación de los servicios de teleasistencia y atención temprana).

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 (D.2/10, D.6/10, D.8/10, D.10/10, D.11/10, D.12/10, D.13/10, D.14/10, D.15/10, D.23/10, D.29/10, D.30/10, D.35/10, D.39/10, D.43/10, D.44/10, D.52/10, D.54/10, D.61/10, D.65/10, D.66/10, D.68/10, D.73/10, D.78/10, D.81/10, D.88/10, D.89/10, D.90/10, D.91/10; D.92/10, D.93/10, D.98/10, D.100/10, D.101,10, D.105/10, D.106/10 y D.107/10).

2. Iniciación.

Respecto a la *Resolución de inicio*, el Consejo ha seguido insistiendo en la *competencia* para dictarla, reiterando su anterior doctrina de unificación de criterios ³¹ apuntando únicamente como novedades las siguientes, que demuestran que la doctrina consultiva en este aspecto está suponiendo un importante factor de deslinde competencial en materias conflictivas en el seno de la Administración autonómica activa:

-No compete dictarla a la Secretaría General Técnica si se atribuye específicamente a las Direcciones Generales (D.81/10); salvo cuando se le ha atribuido expresamente esta competencia en el Decreto de funciones (D.89/10).

-En materia de *precios públicos*: i) es competente para promoverlos, la Consejería afectada por la materia, para proponerlos, la de Hacienda, y para aprobarlos, el Consejo de Gobierno (D.88/10); ii) es competente para dictar la Resolución de inicio, dentro de la Consejería de Hacienda, la Dirección General correspondiente y no la Secretaría General Técnica (D.88/10); y iii) pero, si la Dirección General correspondiente no es determinada claramente por el Decreto de asignación de funciones, corresponde colmar esa laguna al Consejero, quien puede dictarla por sí o encomendar su dictado al órgano con rango de Dirección General que estime más adecuado, el cual puede ser, por analogía, la D.G. de Tributos o bien, por sus funciones coordinadoras, la propia Secretaría General Técnica; en todo caso, la intervención posterior del Consejero convalida la actuación sin necesidad de una avocación expresa de esta competencia (D.88/10).

-En materia de *fiscalización e intervención*, es competente el Interventor General en cuanto que está asimilado a los Directores Generales y el Decreto de estructura orgánica de la Consejería de Hacienda le atribuye las mismas funciones que éstos (D.52/10).

-En materia de *educación*, es competente, dentro de la Consejería competente en la materia, la Dirección General a la que haya sido atribuida competencia más específica sobre la materia educativa de que se trate en el Decreto de funciones, aunque la intervención posterior del Consejero convalida las actuaciones (D.90/10).

³¹ Dicha doctrina (reiterada en los D.2/10, D.6/10, D.8/10, D.10/10, D.11/10, D.12/10, D.13/10, D.14/10, D.15/10, D.23/10, D.61/10, D.66/10, D.68/10 y 105/10, y, de forma especial en el D.88/10) consiste en que compete dictarla: i) en los Proyectos tramitados bajo la Ley 3/95, al Consejero competente por razón de la materia, salvo que expresamente se atribuya a otro órgano (DD. 28, 33, 35, 38, 44, 52/07); y ii) tras el art. 33.1 Ley 4/05, al órgano competente por razón de la materia, de suerte que, una vez determinada la Consejería genéricamente competente, corresponde a su Consejero titular dictar esta Resolución de inicio, determinando en ella a qué órgano se asigna la tramitación, debiendo entender que lo será el Secretario General Técnico, salvo que se asigne a una Dirección General o a otro órgano, lo cual puede hacerse *ad casum* o mediante una disposición general reglamentaria (como así se ha hecho en los Decretos de estructura orgánica de las distintas Consejerías que suelen atribuir esta competencia a los Directores Generales); sin perjuicio de que el Consejero pueda avocar para sí esta competencia mediante acuerdo expreso *ex art.* 14 LPAC; y todo ello sin perjuicio, en su caso, de los efectos convalidantes de la precitada disposición general o de la eventual aprobación final por el Consejo de Gobierno (DD. 17/07 -ampliamente-, y 7, 8, 14, 31, 55, 66, 67,71, 73, 85, 86, 120, 121, 136, 158/08).

-En *materias que afecten a varias Consejerías*, el órgano competente para dictar la Resolución de inicio del procedimiento de elaboración de un reglamento único (como es el caso de un reglamento *ómnibus* o *paraguas* que modifique diversos anteriores con objeto de trasponer la Directiva *Bolkestein* o de Servicios, núm. 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre) no es la *Dirección General de Acción Exterior*, sino la *Secretaría General Técnica de la Consejería de la Presidencia*, ya que la primera ciñe su competencia a materias propias de dicha Dirección, mientras que la segunda tiene competencias de coordinación general, que son las más adecuadas para este caso en que resultan afectadas normas heterogéneas (D.35/10).

En cuanto al **contenido**, esta Resolución debe expresar, según el art. 33.2 Ley 4/05: i) el objeto y finalidad de la norma proyectada; ii) las normas legales que, en su caso, deba desarrollar; y iii) el fundamento jurídico en el *bloque de la constitucionalidad* de la competencia ejercida por la CAR (D.2/10, D.6/10, D.23/10, D.29/10, D.30/10, D.35/10, D.44/10, D.61/10, D.81/10, D.91/10, D.100/10, D.105/10). Obviamente, como su propio nombre indica, esta Resolución es “de inicio”, por lo que el D.54/10 recuerda que excede de su contenido la mención en la misma del resultado final del procedimiento (“*aprobar el Decreto núm...*”).

Ahora bien, el **fundamento** jurídico de la competencia ejercida no es referible sólo a la del órgano administrativo que promueve la disposición, sino a la de la CAR desde el punto de vista material y a la habilitación para el desarrollo reglamentario (D.98/10).

3. Integración.

Por otra parte, el Consejo ha seguido insistiendo en la necesidad de que el expediente se le remita íntegro y cuidando debidamente de la **integración del expediente** (D.2/10, D.6/10, D.8/10, D.10/10, D.11/10, D.12/10, D.13/10, D.14/10, D.15/10, D.23/10, D.29/10, D.30/10, D.35/10, D.44/10, D.52/10, D.61/10, D.65/10, D.66/10, D.68/10, D.73/10, D.89/10, D.90/10, D.91/10, D.92/19, D.93/10, D.100/10).

4. Memorias.

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

-La **Memoria inicial**: i) debe referirse al borrador inicial y no a un segundo borrador (D.73/10); y ii) puede ir precedida de Memorias iniciales de cada Consejería cuando se trate de modificar diversos reglamentos sectoriales en uno único (reglamento *ómnibus* o *paraguas*), como sucede en la trasposición de la Directiva *Bolkestein* o de Servicios, núm. 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, en que la *Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia* recoge en su Memoria inicial las remitidas por cada una de las Consejerías afectadas por normas sectoriales modificadas (D.35/10).

-Las **Memorias complementarias** pueden realizarse cuando las alegaciones u observaciones presentadas dan lugar a un nuevo borrador (D.105/10).

-La **Memoria especial** se requiere cuando circunstancias concretas así la exijan. Así, cuando ha habido una previa sentencia contencioso-administrativa firme que, a instancia del Estado, ha anulado un anterior reglamento por falta de dictamen preceptivo del Consejo Consultivo, y se ha dispuesto la conservación de las actuaciones no afectadas por dicha causa de invalidez, debe ser elaborada una nueva Memoria en la que se

valoren motivadamente las razones de fondo alegadas por el Estado tanto en la vía administrativa como en la judicial que condujeron a la precitada anulación (D.68/10).

-La **Memoria final**: i) debe indicar la necesidad de elevar el expediente al Consejo Consultivo cuando se trate de un reglamento ejecutivo de una norma con rango de ley (D.2/10); ii) debe justificar por qué se opta por desarrollar mediante reglamento la legislación estatal supletoriamente aplicable tomándola como cobertura y minorando así la autonomía normativa de la CAR, en vez de dictar una ley autonómica propia que desplace a la estatal, defina una propia política en el sector correspondiente y sirva de cobertura al reglamento autonómico que se proyecta (D.52/10); iii) debe justificar por qué no se siguen completamente las previsiones de la legislación estatal supletoria que, en su caso, sirva de cobertura al reglamento proyectado (D.52/10); iv) debe dar cuenta de “todo el procedimiento”, esto es, del *iter* procedimental seguido desde la iniciación del mismo justo hasta el momento de la solicitud del dictamen al Consejo Consultivo (D.85/10); v) no debe limitarse a una consideración formal, sino material y sustantiva de las actuaciones realizadas para la elaboración del proyecto hasta el trámite anterior a la solicitud del dictamen preceptivo del Consejo Consultivo (D.73/10 y D.101/10); vi) debe valorar el informe de los Servicios Jurídicos, por lo que ha de ser posterior al mismo (D.91/10); vii) debe consistir en un documento explicativo y valorativo de la tramitación total seguida por la norma proyectada (D.101/10); viii) no debe ser sustituida por diversos informes parciales, aunque excepcionalmente el Consejo ha admitido los mismos cuando son completos, claros y recogen todo el *iter* procedimental (D.2/10).; y ix) su ausencia es defecto que debe subsanarse antes de la elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno (D.54/10).

-Finalmente, la **Memoria económica** tiene por objeto que luzca en los Proyectos normativos el eventual coste de la ejecución y puesta en práctica de las medidas que en los mismos se prevean así como la financiación prevista para acometerlos, en suma, programar y racionalizar la actuación de la Administración en sus consecuencias presupuestarias y de gasto (D.8/10, D.10/10, D.11/10, D.12/10, D.13/10, D.14/10, D.15/10, D.73/10, D.92/10, D.93/10). La valoración sobre la incidencia económica de la norma compete realizarla al Centro directivo promotor de la norma y puede realizarse mediante una referencia escueta (D.73/10). Ahora bien, no es propiamente Memoria económica la que no contiene un estudio de la incidencia económica de la misma para la CA, sino una previsión de gastos de funcionamiento de un órgano, tomando en consideración los que genera en la actualidad su funcionamiento (D.54/10). Esta Memoria no debe reducirse a expresiones apodícticas como “*de la aprobación de esta norma no se deriva ningún tipo de gasto*”, sin justificarlo debidamente (D.101/10). *Es precisa*: i) si la norma proyectada, aunque suponga ahorro para las Administraciones locales delegantes, determina *nuevas obligaciones* en la Administración autonómica delegada (D.65/10); ii) si la norma tiene *naturaleza reguladora u ordenadora* cuya implementación, habida cuenta de la importante finalidad perseguida, como es la formación docente, es previsible que genere gastos que deben ser previstos y programados (D.78/10); iii) si la norma introduce un *cambio extraordinario en el sentido y alcance de la intervención administrativa en un sector* económico, como es la sustitución del régimen de autorización administrativa previa por el de mera comunicación previa o declaración responsable del cumplimiento de los requisitos exigidos, ya que ello implica el cambio de la operativa de los servicios administrativos de control *a priori* por otros de control *a posteriori* e inspección (D.101/10). Pero *no es precisa*: i) cuando la *norma tiene un carácter meramente regulador* de una actividad de terceros sin crear nuevos servicios ni modificar los existentes (D.23/10, D.35/10); ii) cuando el reglamento tiene por objeto sólo la *regulación de un procedimiento* que ya estaba regulado por otro anterior y no cabe deducir que las modificaciones comporten gasto alguno (D.52/10); iii) cuando se trata sólo de regular en materia docente la programación, la organización de los equipos existentes y la metodología didáctica, sin incrementar el número de profesores (D.66/10, D.68/10). Finalmente, esta memoria económica *es conveniente* si los informes emitidos en el procedimiento de elaboración de una norma advierten que la puesta en funcionamiento de los órganos previstos en la misma puede tener incidencia económica (D.92/10, D.93/10).

5. Borradores y Anteproyecto.

Se ha ocupado, también en 2010, el Consejo Consultivo de los **Borradores** y del **Anteproyecto**.

A este respecto, ha declarado el Consejo que: i) la legislación no se pronuncia sobre el número de borradores que deben redactarse (D.105/10, D.106/10, D.107/10); ii) hasta que los borradores no hayan adquirido la madurez y calidad necesarias, no deben ser sometidos a informes externos pues ello supone un derroche de esfuerzos y dispersión en la valoración de las entidades y órganos actuantes y no facilita

la comprensión de los cambios producidos entre los borradores inicial y final (D.73/10); iii) basta con que existan dos borradores: uno *inicial*, en el que, tras un examen exhaustivo de la materia, se proceda a su articulación con visos de seriedad; y otro *final*, en el que se recojan las observaciones y sugerencias admitidas de entre las planteadas, se corrijan defectos materiales o formales que hayan sido advertidos durante la instrucción del procedimiento (D.8/10, D.10/10, D.11/10, D.12/10, D.13/10, D.14/10, D.15/10, D.66/10, D.68/10, D.90/10, D.105/10); iv) si no hay alegaciones, el borrador inicial puede convertirse en final (D.105/10); v) el borrador *inicial* debe estar fechado (D.54/10); vi) cabe la posibilidad de borradores *intermedios* cuando la entidad de las alegaciones formuladas así lo aconseje (D.105/10); y vii) para referirse a la declaración de quedar formado el expediente, es más propia la expresión “Resolución” que la de “Diligencia de formación del expediente” (D.54/10).

6. Trámites de audiencia e información pública.

Sobre estos trámites, el Consejo ha reiterado en 2010 su anterior doctrina.

Así, ha sentado en 2010 que: i) el *trámite de audiencia* es distinto del de información pública (D.2/10, D.6/10, D.29/10, D.30/10, D.35/10, D.39/10, D.43/10, D.44/10, D.52/10, D.54/10, D.61/10, D.73/10, D.78/10, D.81/10, D.98/10) D.2/10, D.6/10, D.29/10, D.30/10, D.35/10, D.39/10, D.43/10, D.44/10, D.52/10, D.54/10, D.61/10, D.73/10, D.78/10, D.81/10, D.98/10.) como aclaran los arts 36 y 37 de la Ley 4/05 (D.23/10, D.29/10, D.30/10, D.35/10, D.39/10, D.78/10, D.81/10, D.89/10, D.91/10, D.100/10, D.101/10); así, mientras la audiencia es preceptiva, la información pública es facultativa (D.66/10). ii) el trámite de audiencia a los interesados -directamente o a través de las entidades reconocidas por la ley, que los agrupen o representen-, debe darse cuando lo exija una norma con rango de ley o disposición que afecte a los derechos o intereses legítimos de los ciudadanos (D.6/10, D.8/10, D.10/10, D.11/10, D.12/10, D.13/10, D.14/10, D.15/10, D.23/10, D.66/10, D.68/10, D.73/10, D.90/10, D.98/10, D.107/10).

Este trámite puede cumplirse consultando a órganos representativos generales, como el *Consejo Económico y Social* (CES; D.8/10, D.10/10, D.11/10, D.12/10, D.13/10, D.14/10, D.15/10, D.35/10, D.66/10); o sectoriales.

En 2010 el Consejo ha considerado incluidos en este segundo grupo a los siguientes órganos: i) el *Consejo Escolar de La Rioja* (D.8/10, D.10/10, D.11/10, D.12/10, D.13/10, D.14/10, D.15/10, D.66/10, D.68/10, D.90/10); ii) la *Federación Riojana de Municipios* (D.81/10), vi) las *Federaciones deportivas* (D.43/10); iii) el *Consejo de Servicios Sociales* o sus Consejos Sectoriales, pero éstos últimos sólo hasta la entrada en vigor del art. 51.2 de la Ley 7/09 que exige el informe del Consejo en cuanto tal, no de sus Consejos Sectoriales (D.30/10, D.44/10, D.73/10, D.81/10, D.100/10); iv) el *Consejo Riojano de Formación Profesional* (D.8/10, D.10/10, D.11/10, D.12/10, D.13/10, D.14/10, D.15/10, D.66/10, D.90/10); v) el *Consejo Riojano de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas* (D.39/10); vi) el *Consejo de Coordinación de la DOP “Aceite de Rioja”* (D.54/10); vii) la *Comisión de Coordinación de Policías Locales* (D.65/10); y viii) el *Consejo de Turismo* (D.101/10).

Ahora bien, para que la intervención de estos órganos de participación y asesoramiento surta los efectos del trámite de audiencia deben respetarse unas *exigencias mínimas*, como son: i) que se haya facilitado a los miembros del órgano correspondiente la información con antelación suficiente; y ii) que exista un pronunciamiento expreso del órgano sobre el contenido de la norma proyectada (D.65/10).

Por eso, no puede cubrirse este trámite si la Administración: i) ha dado traslado, no al órgano sectorial representativo, sino a sus miembros individualmente para que, a título particular, presenten alegaciones y ésta debe ser en lo sucesivo la interpretación de esta exigencia legal (D.44/10, D.65/10, D.73/10); ii) se ha limitado a “dar cuenta” al órgano de participación del texto proyectado, pero dicho órgano no ha emitido su parecer al respecto mediante un informe que recoja la opinión mayoritaria de sus componentes y, en su caso, las aportaciones o sugerencias propuestas por el órgano (D.101/10). Además, debe acreditarse la reunión del órgano de participación mediante certificación fehaciente del acta de la sesión correspondiente (D.101/10) en la que consten los acuerdos adoptados en relación con el Proyecto de que se trate, no bastando un informe funcional sobre las modificaciones introducidas a sugerencia del órgano (D.39/10).

Finalmente, el Consejo ha advertido que la inserción del texto en un espacio de internet que insta a la participación ciudadana es un medio de publicidad del proyecto independiente de la audiencia y la información pública, aunque pueda emplearse para éstas (D.89/10).

7. Informes y dictámenes preceptivos, en especial el del Consejo Consultivo.

En esta materia, el Consejo ha reiterado la necesidad de observar su regulación en el art. 39 Ley 4/05 (D.2/10, D.6/10, D.23/10, D.29/10, D.30/10, D.35/10, D.44/10, D.52/10, D.54/10, D.61/10, D.65/10, D.73/10, D.81/10, D.91/10, D.98/10, D.100/10, D.105/10), añadiendo que estos informes deben referirse al mismo texto, pues, si se refieren a borradores diferentes, el expediente resulta disfuncional (D.73/10). En este ámbito, el Consejo se ha ocupado en 2010 de diversos informes:

-Del informe del *Consejo Riojano de Servicios Sociales (CRSS)*, señalando que es preceptivo tras el art. 51.2 de la Ley 2/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales, para la elaboración de proyectos de disposiciones generales en esta materia, pero no antes de su entrada en vigor, vista la anterior Ley 1/02 en la materia y su Decreto 46/04, regulador (D.29/10, D.30/10).

-Del dictamen del *Consejo Escolar de La Rioja (CER)*, aclarando las competencias internas entre su Pleno y Comisión Permanente para dictaminar Anteproyectos de ley y de Ley y de reglamentos. Comienza recordando el Consejo Consultivo que el dictamen del CER suple el trámite de audiencia corporativa, por su composición participativa de los distintos sectores de la educación (D.8/10, D.10/10, D.11/10, D.12/10, D.13/10, D.14/10, D.15/10), pero sólo el Pleno del CER, y no su Comisión Permanente, es el órgano competente para emitir dictámenes sobre Anteproyectos de Ley en materia educativa y todos aquellos que le atribuya expresamente una Ley, pues dicha Comisión únicamente es competente para emitir los dictámenes que le delegue el Pleno por razones de urgencia o necesidad (D.92/10, D.93/10). Sin embargo, habida cuenta de que la composición de la Comisión Permanente del CER refleja la totalidad de los sectores representados en el Pleno, puede sostenerse que la misma es el órgano competente para emitir dictámenes sobre proyectos de reglamentos, ya que la Ley 3/2004, de 25 de junio, de Consejos Escolares de La Rioja, no reserva esa competencia al Pleno; y su art. 32 atribuye a la citada Comisión Permanente, entre otras funciones, la de aprobar dictámenes sobre cualquier cuestión educativa que no sea atribuida expresamente al Pleno (D.92/10, D.93/10).

-Del Dictamen del *Consejo Económico y Social de la Rioja (CES)*, para recordar que es preceptivo, pero no vinculante, en materias económicas y sociales (D.35/10) y advertir que lo es la trasposición de la Directiva comunitario europea *Bolkestein* o de servicios (D.35/10) y la regulación general de la FP en la CAR (D.66/10).

-Del Informe de la *Asesoría Jurídica (Dirección General de Servicios Jurídicos)*, sobre el que ha declarado el Consejo: i) que es preceptivo, último y anterior al dictamen consultivo (D.8/10, D.10/10, D.11/10, D.12/10, D.13/10, D.14/10, D.15/10, D.54/10, D.66/10, D.68/10, D.105/10); ii) que debe ser posterior al informe de la Intervención General (D.54/10); iii) que debe recaer en la fase final de la tramitación, inmediatamente antes de la redacción de la Memoria final y del Anteproyecto que se someterá a dictamen del Consejo Consultivo, en su caso (D.35/10, D.91/10, D.105/10) y iv) que la razón de estas exigencias es permitir al Servicio Jurídico tener en cuenta y valorar las actuaciones y observaciones presentadas por los demás órganos o servicios (D.54/10). Por todo ello, el informe jurídico no siempre puede ser objeto de conservación de actuaciones, como es el caso contemplado en el D.68/10 en el que el Estado requirió a la CAR para que introdujera modificaciones sustanciales en el contenido de un reglamento en elaboración; pero el requerimiento no fue atendido por extemporáneo y luego una Sentencia firme ordenó retrotraer las actuaciones al momento anterior en que preceptivamente debió ser consultado el Consejo Consultivo, pues entonces la decisión administrativa de conservar las actuaciones anteriores no puede extenderse al informe de la Asesoría Jurídica ya que es preciso que, antes del dictamen del Consejo Consultivo que, en ejecución de sentencia debe ser emitido, dicha Asesoría se pronuncie no sólo sobre la regularidad del nuevo procedimiento de elaboración y los trámites conservados del anterior, sino también sobre si procede o no atender en todo o parte las modificaciones que el Estado requirió en su día para que se introdujeran en el reglamento proyectado y también sobre las

que su representación procesal adujo en el proceso contencioso-administrativo subsiguiente. En suma, la declaración de conservación de trámites anteriores en un procedimiento anulado en ejecución de Sentencia firme por falta de dictamen preceptivo del Consejo Consultivo no puede alcanzar al informe emitido en su día por la Asesoría Jurídica. (D.68/10).

Sobre su propia intervención en el procedimiento que nos ocupa, el Consejo ha declarado que su dictamen es *preceptivo* en *disposiciones generales*, tal y como ha reiterado la normativa y jurisprudencia al respecto (D.2/10, D.6/10, D.8/10, D.10/10, D.11/10, D.12/10, D.13/10, D.14/10, D.15/10, D. 52/10, D.54/10, D.61/10). A este respecto, el Consejo ha reiterado en 2010 que su dictamen es preceptivo: i) en reglamentos *ejecutivos* o que desarrollen una ley estatal o autonómica, aunque sean meramente organizativos y carentes de efectos externos, pues la excepción de dictamen a que alude la STS 5-6-01 solo afecta a los reglamentos independientes (que no desarrollen ninguna ley) y de puro ejercicio de la potestad doméstica de auto-organización (D.8/10, D.10/10, D.11/10, D.12/10, D.13/10, D.14/10, D.15/10); ii) en reglamentos independiente y meramente organizativos, si se trata de desarrollar un órgano previsto en una Ley (D.81/10); iii) en reglamentos que desarrollen leyes estatales básicas (D.106/10, D.107/10); iv) en reglamentos que desarrollen legislación estatal supletoria (D.52/10).

Ha precisado el Consejo que la preceptividad de su dictamen no es una exigencia meramente formal sino sustancial pues, como ha revelado la jurisprudencia (STSJ Rioja 26-5-08 y STS 20-5-10, ambas con cita de otras del TS), se trata de un trámite esencial del procedimiento de elaboración, cuya omisión constituye un vicio sustancial generador de la nulidad de la disposición afectada (D.68/10, D.106/10, D.107/10).

Por otro lado, el Consejo ha insistido en 2010 en que sus dictámenes en esta materia comprenden, en cuanto a su *contenido*, los juicios de *estatutoriedad*, *legalidad* y *jerarquía* normativa respecto al proyecto examinado (D.8/10, D.10/10, D.11/10, D.12/10, D.13/10, D.14/10, D.15/10, D.52/10, D.54/10, D.66/10, D.68/10, D.73/10, D.88/10, D.90/10, D.93/10, D.93/10, D.105/10, D.106/10, D.107/10), y el examen de su ajuste al *bloque de la constitucionalidad* (D.81/10, D.90/10. No comprenden sus dictámenes cuestiones de *oportunidad*, si no han sido solicitadas (D.2/10, D.6/10, D.43/10, D.81/10, D.91/10, D.98/10), pero el Consejo puede tratar estas cuestiones y las de técnica legislativa en asuntos complejos que así lo requieran para aclarar aspectos concretos de los proyectos y de las observaciones efectuadas a los mismos (D.65/10).

III. DOCTRINA SOBRE TÉCNICA NORMATIVA.

En 2010 ha continuado el Consejo Consultivo sentando criterios sobre la mejora de la técnica legislativa de las disposiciones generales, entre los que destacan los siguientes:

1. Régimen.

Pueden tomarse como referencia las Directrices de Técnica Normativa dadas para el Estado central mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de julio de 2005 (D.36/10).

2. Parte expositiva.

El Consejo considera que la expresión *Preámbulo* debe ser reservada a las normas más fundamentales del sistema normativo, como la Constitución, y la de *Exposición de Motivos* a

las Leyes, por lo que, en los Proyectos de reglamentos, la *parte expositiva* debe denominarse así o no recibir denominación específica alguna (D.39/10).

En cuanto a su *contenido*, la parte expositiva: i) debe indicar los títulos competenciales que amparan la norma que se dicta, con cita de los preceptos estatutarios que confieren la competencia, sin perjuicio de mencionar también la normativa estatal en cuyo marco se ejerce o que se desarrolla (D.6/10, D.65/10, D.78/10); ii) para evitar equívocos, cuando se estime -especialmente por parte del Consejo Consultivo- que es inconstitucional la Ley estatal que habilita a la CAR para dictar una norma, la CAR debe aludir en el proyecto correspondiente sólo a los títulos competenciales derivados del EAR y no a la ley estatal reputada inconstitucional (D.44/10, D.73/10); iii) para justificar la competencia autonómica en una materia, no debe citar los Reales Decretos de trasposos, ya que las competencias sólo se asumen por el Estatuto de Autonomía, interpretado conforme a la Constitución (D.92/10, D.93/10); iv) debe indicar las referencias constitucionales y legales que procedan (D.65/10); v) debe indicar la cobertura legal del reglamento (D.39/10, D.65/10); v) no debe limitarse a enumerar una tras otra las normas que desarrolla sin establecer su posición y relaciones inter-normativas en el sistema de fuentes (D.54/10); vi) debe citar la normativa estatal supletoria que, en su caso, sirva de cobertura al reglamento proyectado (D.52/10); vii) debe justificar las razones por las que se opta por no desplazar la normativa estatal que sirva de cobertura al reglamento proyectado, con la consiguiente minoración de autonomía que supone renunciar a definir una propia política en el sector de que se trate (D.52/10); viii) debe justificar las razones por las que, en su caso, el reglamento proyectado no se ajusta totalmente a las previsiones de la normativa estatal supletoria que le sirva de cobertura (D.52/10); ix) debe expresar la normativa comunitaria europea que se traspone o aplica (D.89/10); x) no debe citar Reglamentos de la UE derogados (D.54/10); y xi) no deben omitir las modificaciones posteriores de los Reglamentos de la UE vigentes (D.54/10).

3. Intitulación.

Sobre el *título* de las disposiciones generales, el Consejo ha declarado en 2010 que: i) debe ser breve (D.52/10, D.54/10), claro (D.54/10) y lo más simple que sea posible (D.73/10), evitando las reiteraciones (D.54/10); ii) debe corresponder a contenido de la disposición y ser coherente con el mismo (D.39/10, D.52/10); iii) no debe inducir a confusión con otra norma sobre otro aspecto de la misma materia, sino que debe diferenciar a la norma de cualquier otra disposición (D.39/10, D.73/10); iv) no deben inducir a confusión entre creación y regulación de un órgano; por eso, el título de una disposición por la que “se regula” un Registro administrativo no debe indicar que “se crea” cuando el mismo ya estaba creado por disposiciones anteriores, aunque las mismas se deroguen ahora, pues esa derogación sólo alcanza la regulación que se modifica pero no a la creación de la institución del Registro que aquéllas crearon y que ahora sólo es regulado de otra forma (D.68/10).

4. Articulado.

Respecto al *articulado*, el Consejo se ha centrado en 2010 en orientaciones sobre su ordenación.

Así, ha declarado que: i) deben *numerarse* los apartados de los preceptos, tanto en el articulado y Disposiciones Adicionales, etc, como en los Anexos, por motivos de claridad, seguridad jurídica y para facilitar su cita, así como el exacto cumplimiento de los requisitos que establezcan (D.101/10); ii) los artículos largos han de numerarse, a su vez, en *párrafos* numerados, y los párrafos en *apartados* señalados con letras por orden alfabético (D.65/10); iii) los sub-párrafos contenidos en otros numerados con ordinales no deben ser deben numerados también con ordinales, sino separados con guiones para evitar confusiones (D.78/10); iv) la división interior o en apartados de los distintos artículos de un mismo texto normativo debe ser coherente, evitando que unas veces se haga mediante números arábigos y otras mediante el sistema alfabético, o unas veces con números y otras sin ellos (D.89/10); y v) el artículo primero, por razones de seguridad jurídica y certeza normativa, debe contener, en su caso, el objeto y ámbito de aplicación de la norma, sobre todo si no se deduce del título de la disposición (D.52/10).

5. Terminología jurídica y precisiones léxicas y gramaticales.

El Consejo Consultivo ha seguido preocupándose en 2010 por el adecuado empleo de la terminología jurídica precisa y así ha declarado:

-Sobre *obligatoriedad o voluntariedad*, que, cuando se faculte a un órgano para dictar instrucciones en un sector de adscripción voluntaria, debe aclararse que las mismas sólo obligan a quienes voluntariamente se adscriban al mismo (D.101/10).

-Sobre *denominaciones*, que deben emplearse las genéricas (como p.e. “órgano ambiental”) que no permitan identificar concretamente al órgano competente (D.65/10), ni emplearse la expresión *órgano unipersonal* para referirse al *titular* del mismo. (D.92/10, D.93/10); pero debe emplearse la expresión genérica “*Consejería competente en materia de...*” o similares, para evitar la obsolescencia por cambios de denominaciones específicas en los órganos competentes (D.73/10), sin embargo, debe emplearse la denominación del órgano competente cuando su referencia genérica exija un largo circunloquio o la modificación de otra disposición (D.73/10).

-Sobre *precisión en el lenguaje*, que, por motivos de claridad: i) cuando se emplee la denominación *cursos* como mérito ponderable en un proceso selectivo debe aclararse si son cursos impartidos por el interesado o cursos recibidos por el mismo (D.65/10.); y ii) cuando se hagan referencias a enseñanzas, ciclos, grados y títulos profesionales, deben ser precisas y referidas a la vigente ordenación académica en la materia (D.78/10);

-Sobre otras *precisiones jurídicas*: i) que no deben emplearse referencias a *modelos* concretos de solicitud (D.73/10); ii) no debe emplearse la expresión *renuncia* para aludir a la *no aceptación* que sólo implica un desistimiento de una solicitud concreta, pero no una renuncia al derecho (D.73/10); iii) que la expresión *reglamentariamente*, referida a cómo se fijarán los méritos exigibles, no incluye a las órdenes de convocatoria de procesos selectivos, ya que no son reglamentos (D.65/10); iv) que la expresión *Resolución* es más adecuada que la de *Diligencia* para referirse a la declaración de tener por formado por un expediente (D.54/10); v) que la expresión “*contabilidad de la explotación*” debe ser concretada para determinar a qué contabilidad se refiere (D.89/10); vi) que no debe confundirse *norma de naturaleza estrictamente jurídica*, que es algo común a todas las normas reglamentarias, con norma que no generará gastos económicos (D.78/10); vii) que, si una regulación contempla la posibilidad de *incremento* de algún aspecto o elemento, hay que pensar si también debe contemplarse la de su *reducción* (D.65/10); viii) que, al fijar un *plazo*, debe indicarse el *dies a quo* o de inicio de su cómputo (D.65/10); ix) que no debe emplearse el término *revisión* para referirse a un ulterior procedimiento de inspección y control, pues induce a confusión con el de revisión de oficio a que se refiere la LPAC y que requiere dictamen previo del Consejo Consultivo (D.101/10); x) que, al emplear el término *público*, debe tenerse cuidado para precisar su sentido, especialmente para no confundir un establecimiento público en cuanto a su *titularidad*, con un establecimiento de libre *acceso* al público (D.101/10).

-Sobre *precisiones léxicas y gramaticales*, el Consejo ha llegado a sugerir una *completa revisión del texto* normativo proyectado en los aspectos gramatical y sintáctico cuando ello sea necesario para permitir su mejor comprensión (D.91/10); pero, en general, se ha limitado a observaciones concretas, como: i) el cuidado de los *signos de puntuación*, como las comas, sobre todo cuando alteran el sentido o introducen precisiones y delimitaciones (D.78/10); ii) la reprobación de ciertas expresiones inapropiadas, como “*de forma puntual*”, para referirse a un aspecto concreto de algo (D.78/10); *reacreditación*, para referirse a una nueva acreditación o a una renovación de la misma (D.78/10); “*sistemática para la elección*”, para aludir al “procedimiento de elección” (D.78/10); “*definir los miembros*” de un órgano colegiado, en vez de las acertadas “fijar” o “determinar” (D.78/10); “*registro de las reuniones en actas*”, cuando puede decirse simplemente “actas” (D.78/10); o “proponer en la comunidad”, en vez de “proponer a la comunidad” (D.92/10); iii) la eliminación de *repeticiones* en un mismo precepto (D.54/10); *reiteraciones* (D.54/10, D.65/10); *perífrasis* (D.54/10, D.78/10); *redundancias*, como “la Denominación de origen protegida protege...”, o “persona titular” (D.54/10, D.81/10); *obviaciones*, como decir que es voluntaria la inscripción en un Registro que se ha constituido como voluntario (D.54/10); *expresiones familiares*, como “gasto” cuando se quiere decir “uso” o “utilización” (D.54/10); expresiones *inapropiadas o anacrónicas*, como *volante*, para referirse a un *certificado* (D.73/10); expresiones *novedosas y genéricas*, como “operadores” para referirse a las tradicionales y más exactas de “miembros”, “productores” o “envasadores” (D.54/10); las *enumeraciones* (de competencias, normas, etc) deben ser claras y separadas (D.54/10); y, finalmente, deben evitarse las expresiones en *lenguas extranjeras o de argot* cuando existen palabras apropiadas en castellano

(D.101/10, que alude a *camping* o *catering*).

6. Relaciones inter-normativas.

La técnica normativa es peculiarmente relevante cuando se proyecta sobre las complejas relaciones inter-normativas tan frecuentes en un Estado compuesto como el autonómico. A este respecto, el Consejo, siempre preocupado por la seguridad jurídica en esta materia, ha sentado en 2010 la doctrina que se extracta sobre las siguientes relaciones entre normas:

- Adaptación de preceptos: las normas de adaptación.

En la adaptación a la CAR de la normativa estatal supletoria que sirva de cobertura, debe justificarse debidamente por qué no se respetan las cuantías, procedimientos y habilitaciones competenciales orgánicas previstas en la misma y, en general, cualquier norma que se separe de la misma (D.52/10).

-Ámbito espacial de la norma.

Por supuesto, el ámbito competencial de una CA se ciñe a su propio territorio, de ahí que, si una materia afecta a territorios de otras CCAA, la competencia es estatal, aunque la mayor parte afecte a una de ellas, sin perjuicio de que el legislador autonómico deba tener en cuenta las disfunciones que ello puede ocasionar (D.89/10). Por lo mismo, si la norma abarca a toda la C.A., no puede prever extensiones de la misma, puesto que excederían de la competencia autonómica por razón del territorio (D.54/10, D.89/10). Pero la norma autonómica no tiene necesariamente que abarcar a toda la C.A. pues debe ceñirse a la zona de la misma a la que se refiera, p.e. a las comarcas en que se realice determinada actividad o producción (D.54/10, D.89/10).

-Cobertura competencial y legal:

Tanto la Memoria final, como la parte expositiva y el articulado deben ser coherentes con la normativa legal (estatal, en su caso) que sirva de cobertura al reglamento, por lo que carece de justificación que se cite en uno de sus artículos un precepto de la ley de cobertura y luego no se citen otros ni se justifique por qué no se siguen totalmente sus previsiones (D.52/10). Ahora bien, las normas de cobertura deben ser citadas según su posición en el sistema de fuentes, comenzando por los títulos competenciales del Estatuto de Autonomía, y siguiendo por las normas de cabecera del grupo normativo sectorial de que se trate, con indicación, en su caso, de la normativa de la UE en cuyo marco se hayan dictado (D.54/10). Si la norma que invoca títulos competenciales se refiere sólo a preceptos que no modifican otros hasta ese momento vigentes, que hay que entender que los que sí modifican vuelven a ejercitar las competencias ejercidas en su momento para dictarlos, las cuales se entiende que no necesitan de reiteración expresa (D.62/10). En todo caso, aunque no se citen, pueden entrar en juego otros títulos competenciales (D.62/10). Pero si la norma estatal habilitante es estimada inconstitucional, debe citarse sólo el título estatutario que confiere la competencia a la CA (D.73/10).

-Desarrollo autonómico de legislación estatal básica.

La jurisprudencia (STSJ Madrid 6-10-08) admite que el respeto a las bases estatales no puede significar la reproducción literal de la norma que las formula, siempre que se respeten los objetivos marcados por la misma (D.106/10, D.107/10).

-Reduplicaciones:

Cuando en una misma norma se regulen diversas actividades sujetas a una misma regulación general, ésta debe tener un tratamiento inicial y separado para evitar su repetición al regular cada una de ellas (D.101/10).

-Reproducción de preceptos: la técnica de la “lex repetita”

La técnica de la *lex repetita* es peligrosa al estar abierta a una posible inconstitucionalidad formal cuando se reproducen preceptos básicos o de competencia estatal, como señaló la STC 147/93 sobre la Ley riojana 5/89,

del Consejo Asesor de RTVE (D.33/02, D.78/10). Pero dicha técnica está avalada por razones de seguridad jurídica y coherencia de las normas que aconsejan al legislador autonómico a integrar la normativa básica en la de desarrollo como operación codificadora que simplifica la complejidad y dispersión del ordenamiento en casos de colaboración legislativa entre el Estado y las CCAA (D.78/10). Es de reseñar que esta técnica no sólo puede aparecer en las relaciones legislación estatal básica-normativa autonómica de desarrollo, sino también en las relaciones entre normativa estatal de delimitación competencial de las CCAA y normativa autonómica de desarrollo, es decir, en todos los casos de legislación compartida, que suscitan idénticos problemas de articulación e integración de ambas normativas (D.78/10). Una opción formal es que la CA se limite estrictamente a desarrollar los aspectos concretos determinados por el legislador estatal; otra es integrar, en lo necesario, la normativa estatal para que adquieran sentido global los desarrollos regionales (D.78/10). Sin embargo, es innecesaria la reproducción de preceptos estatales parcialmente básicos por la normativa autonómica de desarrollo (D.33/02, D.106/10, D.107/10). Si, no obstante, se estima necesario reproducir en normas autonómicas preceptos estatales debe advertirse esta circunstancia, para lo que puede emplearse la fórmula “de acuerdo con” o “de conformidad con”, o bien mediante una mera reproducción, pero sin incluir demasiadas referencias expresas a normas estatales, lo cual debe entonces reservarse a las DD.AA. (D.78/10). Ahora bien, esta técnica en modo alguno permite confundir las competencias estatales y autonómicas (D.78/10). Esta técnica también aparece entre CC.AA cuando un proyecto autonómico se inspira y es tributario de una norma dictada por otra Comunidad Autónoma sobre la misma materia, en estos casos debe tenerse cuidado de que las modificaciones introducidas en el modelo no produzcan incoherencias en el texto o entre éste y su título (D.39/10).

-Habilitaciones:

Un reglamento sectorial (educativo en el caso del D.92/10) no puede habilitar a un Consejero para determinar las condiciones en que las entidades locales han de prestar un servicio porque, ex art. 25.3 LBRL, sólo la ley puede determinar las obligaciones concretas de los entes locales (D.92/10). Pero, si se habilita a un Consejero para determinar la composición de un órgano, debe aclararse si se le habilita para que lo haga, por Orden, con carácter general, o si se trata de una decisión caso por caso (D.93/10).

-Remisiones:

Las remisiones normativas deben ser precisas, con cita, en su caso, del párrafo y apartado correspondiente con su numeración o letra (D.73/10). Cuando una norma se remita a otra que contiene referencias a distintos efectos jurídicos (desestimación, caducidad), debe aclararse a cuál de ellos se refiere (D.73/10). Para precaverse de derogaciones y modificaciones, es preferible remitirse genéricamente a la legislación reguladora de una materia (p.e. “legislación estatal de procedimiento administrativo común”) que a una ley o reglamento concreto (D.54/10, D.73/10).

-Trasposiciones.

La trasposición al Derecho interno de Directivas complejas como la Dva Bolkestein o de Servicios (Dva. 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre): i) requiere que la trasposición se haga respetando el orden interno constitucional de competencias; ii) puede hacerse mediante normas ómnibus o paraguas, es decir, que en un único y mismo texto normativo modifiquen y adapten diversas normas anteriores afectadas, siempre que sean del mismo rango y que, en el caso de los reglamentos, se cuente con la cobertura legal precisa; y iii) también puede hacerse mediante normas específicas y separadas (D.35/10, D.101/10).

Por lo demás, el Consejo ha sugerido que: i) la trasposición de un adjetivo empleado reiteradamente por la normativa de la UE, aunque ésta lo repita en varios idiomas, debe hacerse al español conforme a nuestra propia tradición jurídica y léxica, p.e. añadir “protegida” a la expresión “Denominación de origen” es una redundancia pues en nuestra tradición las D.O. constituyen de por sí una técnica de protección (D.54/10); ii) cuando se trate de regular procedimientos y establecer normas, debe emplearse la denominación “Reglamento”, que corresponde a nuestra tradición jurídica, y no la de “Manual” o “Pliego”, aunque la emplee la normativa de la UE que deba ser traspuesta, pues el Derecho de la UE emplea fórmulas inespecíficas precisamente por la diversidad terminológica utilizada en los distintos Estados miembros (D.54/10); iii) si se trata de aplicar un Reglamento comunitario europeo que exige que determinado Registro administrativo sea nacional o bien

descentralizado, pero siempre en condiciones de homogeneidad y coordinación, la norma autonómica de aplicación debe indicar que se cumplen esas condiciones (D.89/10); iv) si se trata de trasponer una misma técnica administrativa (p.e. la comunicación previa o la declaración responsable) para aplicarla a diversas actividades reguladas en la misma norma, es preferible una regulación general de dicha técnica aplicable a todas las actividades que una repetición de su regulación al tratar de cada una de ellas (D.101/10).

-Indicaciones informativas:

Deben evitarse en disposiciones reglamentarias indicaciones como direcciones postales, páginas web, etc., ya que su cambio obligaría a modificar el reglamento y son más propias de otras disposiciones, como las órdenes de convocatoria (D.65/10).

-Relaciones inter-orgánicas y competencias:

Deben aclararse las competencias del órgano delegante y del delegado (D.54/10) e incluirse en la regulación de la estructura de un órgano complejo (p.e. un Consejo) los distintos órganos simples que lo componen (p.e. Comisión Permanente), evitando que éstos sean citados luego en el articulado sin haber sido contemplados en la estructura general (D.54/10). Cuando dos o más órganos tengan competencias comunes, éstas deben ser contempladas en un mismo precepto para aligerar la norma y evitar repeticiones (D.78/10).

-Inclusiones y exclusiones:

La creación de un órgano de gestión implica que está habilitado para gestionar por lo que es innecesario autorizarle en la norma para que gestione (D.54/10). Cuando la norma se remita a un Anexo, ambos textos deben referirse al mismo ámbito normativo para evitar disfunciones (D.78/10).

-Procedimientos complejos:

En los procedimientos complejos conviene determinar con claridad los plazos que se establecen para los distintos trámites y actuaciones (D.65/10).

7. Disposiciones Adicionales.

Cuando, por motivos de seguridad jurídica y de comodidad codificadora, se emplee la técnica legislativa de las *lex repetita*, por la que la normativa autonómica de desarrollo reproduce la normativa estatal básica o de delimitación de competencias autonómicas, las DD.AA pueden ser empleadas para advertir formalmente qué preceptos del texto unificado tienen una u otra naturaleza o son reproducción de otros estatales (D.78/10).

8. Disposiciones Transitorias:

Las menciones expresas a normas de vigencia transitoria deben obviarse, o bien llevarse a Disposiciones Transitorias o sustituirse por expresiones genéricas de más proyección temporal, como “el reglamento que regule...” (D.65/10).

9. Disposiciones Finales:

Deben advertir, en su caso, el régimen supletorio aplicable (D.65/10).

IV. DOCTRINA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

En 2010, el Consejo Consultivo ha emitido siete Dictámenes en materia de contratación administrativas (D.3/10, D.5/10, D.48/10, D.51/10, D.58/10, D.80/10 y D.94/10), todos ellos sobre contrataciones sujetas a la Ley 30/07, de Contratos del Sector Público (LCSP), modificada por Ley 34/10, procedentes de Administración local y relativos a resolución de contratos típicos municipales por incumplimiento imputado al contratista que manifiesta su oposición, siendo el dictamen consultivo en tales casos preceptivo *ex arts.* 197 LCSP; 109.1, del RD 1098/01; 11, de la Ley 3/01, del Consejo Consultivo de La Rioja; y 12, de su Reglamento, al haber optado la Administración contratante por resolver el contrato y mediar oposición del contratista.

Esta preceptividad ha permitido al Consejo formular en 2010 doctrina sobre los siguientes aspectos del ejercicio de la potestad administrativa de contratación.

1. Ejecución a riesgo y ventura del contratista:

El Consejo ha recordado en el D.94/10 el criterio de ejecución de los contratos a riesgo y ventura del contratista, el cual no puede desistir unilateralmente del contrato alegando los problemas económicos que le produce su cumplimiento. La ejecución a riesgo y ventura: i) significa que el contratista debe hacerse cargo de todos los problemas que puedan impedir la correcta ejecución del contrato; ii) se entiende sin perjuicio de la potestad administrativa de inspección del funcionamiento del servicio contratado; iii) implica que el contratista no puede desistir unilateralmente del contrato si su ejecución se genera pérdidas; iv) supone que tampoco la Administración puede resolverlo unilateralmente, si dicha ejecución proporciona ganancias al contratista (D.94/10).

2. Cesión del contrato y su distinción con la cesión del derecho al cobro de las prestaciones contractuales:

La cesión ilegal (inconsentida por la Administración *ex art* 114,2 a) LCAP) puede dar lugar, *ex art.* 6.4 Cc, a la apreciación de fraude ley y al levantamiento del velo de la operación (D.94/10). Pero no debe ser confundida la cesión del contrato que hace un contratista a favor de otro, con la cesión que el contratista hace a otro del mero derecho a cobrar las prestaciones económicas convenidas (al que alude el art. 100 LCAP), pues, en la cesión de contrato, hay un nuevo contratista, mientras que, en la mera cesión del cobro, sólo se trasmite a un nuevo acreedor un derecho de crédito derivado del contrato, permaneciendo el contratista originario vinculado por el contrato (D.94/10).

3. Resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista:

En primer lugar, el Consejo ha insistido en 2010 en la necesidad, para resolver el contrato, de que el incumplimiento resulte imputable al contratista y sea *importante y no intrascendente*.

Así, ha declarado en 2010 que resulta imputable al contratista y trascendental el incumplimiento de *plazos esenciales*, según dictámenes del Consejo de Estado de 13-1-83, 25-11-93 y 27-6-07 (D.3/10), y esta es la razón por la que ha entendido procedente la resolución: i) en caso de abandono del contrato de gestión de servicios de instalaciones municipales deportivas de usos múltiples justo antes del inicio de la temporada de verano, por entender que resulta esencial el plazo impuesto al contratista y que éste ha desistido unilateralmente de su ejecución por no resultarle rentable (D.94/10); ii) en caso de incumplimiento grave y doloso causado por retraso en el cumplimiento de plazos imputable al contratista pese a la prórroga tácitamente concedida al mismo y a eventuales modificaciones menores no probadas sugeridas por la Administración, seguido de abandono de la

obra como “sanción privada” al impago de certificaciones por obras que no eran de recibo (D.51/10).

Sin embargo, el Consejo ha tenido por *intrascendentes*: i) los incumplimientos imputables al *subcontratista* ya que de ellos únicamente responde el contratista ante la Administración puesto que es el contratista quien ha de abonar al subcontratista con sus propios medios y no necesariamente con el importe de las certificaciones de la obra (D.51/10); y ii) las irregularidades en la prestación de los *medios auxiliares* que la Administración se obligó en el Pliego a prestar al contratista, ya que es responsabilidad de éste el correcto mantenimiento y funcionamiento de las instalaciones una vez recibidas de conformidad para ejecutar el contrato (D.94/10).

En segundo lugar, el Consejo se ha ocupado en 2010 de la concreta resolución por *falta de formalización del contrato* en plazo, declarando que, en principio, el plazo para formalizar no es un término esencial, pero puede ser causa de resolución cuando su infracción revele una voluntad rebelde al cumplimiento (D.5/10). La cuestión ha sido analizada con detalle en el D. 80/10.

El D.80/10 declara, en resumen: i) que, si la falta de formalización del contrato es imputable al contratista, la Administración puede resolver el contrato *ex art. 206 d) LCSP* con las consecuencias señaladas en el art. 140.3 LCSP (art. 140.4 tras la modificación de la LCSP operada por la Ley 34/10); ii) que la no formalización en tiempo y forma imputable al contratista es una forma de incumplimiento que la Administración puede considerar como causa de resolución con consecuencias indemnizatorias limitadas a la cuantía de la garantía provisional; iii) que es imputable al contratista la no formalización del contrato cuando la Administración le ha requerido repetidamente para efectuarlo con indicación de las consecuencias legales de no hacerlo; iv) que es discrecional para la Administración optar en estos casos por la resolución del contrato (cfr. art. 140.3 LCSP “podrá”); v) que, en caso de que la no formalización obedezca a una descatalogación por el fabricante del bien que era objeto del contrato, el contratista podía haber formalizado y servir uno “similar” si se lo permitía el pliego de condiciones, o negociar con la Administración una modificación contractual, pero no realizar ninguna de ambas opciones y renunciar al contrato al no formalizarlo, implica un incumplimiento con las consecuencias legalmente anudadas a la no formalización.

Pero el D.80/10 resulta también de interés por cuanto analiza las *consecuencias jurídicas* de la falta de formalización del contrato.

-Una primera consecuencia jurídica de la resolución por este motivo es la *indemnización de daños y perjuicios a la Administración*, que tiene la peculiaridad de que no es la genérica a que se refieren los arts 208.4 y 208.5 LCSP (es decir, la que, en la cuantía en que se estime, debe ejecutarse, en primer lugar, sobre la garantía constituida, sin perjuicio de exigir el exceso al contratista), sino una indemnización de cuantía tasada por el art. 140.3 LCSP (en la redacción anterior a la reforma operada en el mismo por la Ley 30/10) y por el art. 62 de su Reglamento, que la cifra en la incautación de la garantía provisional. Pues bien, cuando la *garantía provisional* haya sido (incorrectamente) devuelta al ser constituida la *definitiva* (ya que lo correcto era haberla retenido al adjudicatario y pedirle que la completase hasta el importe de la definitiva), lo procedente, ante una falta de formalización del contrato en tiempo y forma, no es retirar la proposición (cosa que solo es posible antes de la adjudicación provisional) ni incautar la garantía provisional (ya que, aunque incorrectamente, ha sido devuelta), sino *ejecutar la definitiva, pero sólo por el importe de la provisional*, que es la interpretación más razonable para este peculiar caso y que ahora es la preconizada por el art. 140.4 LCSP (en la redacción dada al mismo por la Ley 34/10).

-Una segunda consecuencia es la posibilidad de que el órgano de contratación imponga al contratista la *prohibición de contratar* por plazo máximo cinco años *ex art 50 LCSP*, pero la misma debe entenderse limitada al ámbito competencial del órgano que la acuerde, sin perjuicio de que el Ministerio de Hacienda pueda extenderla por motivos de interés público *ex arts. 49.2 a) y 50 LCSP*.

En tercer lugar, el Consejo se ha ocupado en 2010 de los siguientes aspectos sobre el *procedimiento* para la resolución contractual por incumplimiento imputable al contratista: i) la *competencia* del órgano de contratación local, declarando que, en los municipios, corresponde al Alcalde *ex art. 21.1.ñ) LBRL* (actual DA 2ª.1 LCSP) o, por delegación suya, a la Junta de Gobierno local (art 21.3 LBRL), siempre que no supere el 10% de los recursos

ordinarios del presupuesto, este requisito es determinante aunque el contrato no alcance la cuantía de 6 millones de euros; en otro caso, corresponde al Pleno (D.3/10, D.80/10); ii) la necesidad de propuesta de resolución (D.3/10) y iii) la preceptividad del dictamen del Consejo Consultivo.

Según D.3/10, D.5/10 y D.51/10, el dictamen consultivo es preceptivo cuando la Administración opte por la resolución por demora o ejecución defectuosa y haya oposición del contratista, por así disponerlo la legislación estatal básica vigente en la materia con rango legal y reglamentario en los distintos momentos (cfr. ahora arts. 197.1 LCSP y 109-1 Reglamento de la LCAP aprobado por RD 1098/01; antes, art. 96 LCAP) y la normativa del Consejo (cfr. arts 11 Ley 3/01 y 12 Decreto 81/02). Hay oposición del contratista y, por tanto, es preceptivo el dictamen: i) cuando, aun habiendo pedido el contratista la resolución, ésta se acuerda por el órgano de contratación en base a un incumplimiento previo del contratista que éste niega (D.94/10); y ii) caso de resolución instada por la Administración por falta de formalización del contrato en tiempo y forma, con oposición del contratista ex arts. 195.3 y 206 d) LCSP (D.80/10).

4. Contratos privados de la Administración.

Es tradicional en la legislación contractual pública (cfr. art 20.2 LCSP) la *doctrina de los actos separables*, con arreglo a la cual los contratos privados de la Administración se rigen, en cuanto a su *preparación y adjudicación*, por las normas administrativas; y, en cuanto a sus *efectos y extinción*, por las normas de Derecho privado (D.48/10).

Las referidas normas administrativas para la *preparación y adjudicación* de los concretos contratos de compraventa, donación, arrendamiento y demás negocios jurídicos sobre bienes inmuebles *patrimoniales*, serán las establecidas en la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones públicas; que, en la CAR, es la Ley 1/2003, cuyo art. 184.2 (que ha desplazado así al art. 92 del Reglamento estatal de bienes de las Corporaciones locales (RD 1372/86) exige *subasta pública* (si bien, ex art. 107.1 y DF 2ª de la Ley 33/03, de Patrimonio de las Administraciones públicas, que es básico, hay que entender, siguiendo la STC 162/09, que el sistema de subasta ha sido desplazado, desde la entrada en vigor de la referida Ley estatal, por el de *concurso*) cuando el contrato exceda de 5 años o su precio del 5% de los recursos del presupuesto ordinario y, en todo caso, que dicho precio no sea inferior al 6% del valor en venta de los bienes (D.48/10). Sin embargo, en bienes demaniales no desafectados previamente, no cabe su *arrendamiento*, sino sólo su *concesión* demanial ex art. 182,4 Ley 1/03 (D.48/10).

En cuanto a la *invalidez* de estos contratos privados, el Consejo ha distinguido sus *causas y efectos*, distinguiendo, respecto a las primeras, las *de Derecho público y privado*.

Por lo que se refiere a las *causas de Derecho público*, el Consejo ha declarado en el D. 48/10 que: i) un contrato privado de la Administración puede ser inválido por alguna de las causas de *nulidad de pleno derecho* del art. 62 LPAC en su preparación y adjudicación (incompetencia, prescindir del procedimiento; ii) también puede ser inválido por infracción de otras normas de Derecho público que lo hagan *anulable*, como es el caso de la infracción de la normativa urbanística aplicable al inmueble arrendado (en el caso, un bien destinado a usos dotacionales y no a vivienda, sin justificar vinculación alguna del inquilino con el Ayuntamiento); si bien en tal caso hay que seguir el procedimiento de LPAC para la revisión de actos anulables; y iii) que son causas de *anulabilidad* de Derecho Administrativo otras infracciones de la legislación contractual administrativa específicas como la falta en el contratista de capacidad de obrar o de solvencia o estar incurrido en prohibiciones o incompatibilidades.

Respecto a la invalidez por *causas de Derecho privado*, el mismo D.48/10 entiende que también puede ser inválido el contrato por ilicitudes jurídico-privadas, ya que la *ley* es límite de la autonomía de la voluntad (art 1255 CC), el objeto de los contratos debe ser *lícito* (art. 1271 CC) y también la causa del contrato debe ser *lícita* (art. 1275 CC), pero teniendo en cuenta: i) que los requisitos y plazos de ejercicio serán los de Derecho privado (arts 1300 y ss CC); y ii) que el procedimiento a seguir será el administrativo para la revisión de actos *anulables* (art 36 LCSP).

El D.48/10 se pronuncia igualmente sobre los *efectos* de la invalidez al señalar que: i) los contratos que adolezcan de algún vicio de *nulidad de pleno derecho* ex art. 62 LPAC pueden ser anulados por el órgano de contratación, de oficio o a instancia de los interesados, con arreglo a los requisitos y procedimiento del art. 102 LPAC y dicha declaración de nulidad conllevará la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación con los efectos correspondientes; y ii) que entre dichos efectos, han de tenerse en cuenta las indemnizaciones procedentes por mejoras eventualmente realizadas por el inquilino en el bien cuyo arrendamiento se anula.

El D.48/10 contempla un curioso caso particular de *contrato de arrendamiento “nummo uno”*.

A este respecto, declara: i) que el contrato de arrendamiento celebrado entre un Ayuntamiento y un particular para que éste habite en una planta de la casa consistorial es un contrato privado de la Administración; ii) que el arrendamiento simbólico *-nummo uno-* de un bien inmueble municipal para vivienda por un céntimo de euro mensual, salvo que existan mejoras u otras razones que lo expliquen, conculca en la CAR el art 184.2 i.f. Ley 1/03 que exige que el precio de los contratos no puede ser inferior al 6% del valor venal de los bienes; iii) que el arrendamiento por doce años de un bien inmueble municipal debe ser autorizado por el Pleno, por lo que el Alcalde es incompetente al respecto; iv) que el arrendamiento de un inmueble calificado urbanísticamente como dotacional es anulable por infracción de la correspondiente norma urbanística, salvo que se justifique que se trata de dotar de casa-habitación a un empleado municipal vinculado con el servicio dotacional de que se trate; y iv) que, al revisar un arrendamiento ilegal, han de tenerse en cuenta las indemnizaciones procedentes por mejoras eventualmente realizadas por el inquilino en el bien cuyo arrendamiento se anula.

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

Como en el resto de Altos Órganos Consultivos de las CC.AA., las consultas sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en sus distintos sectores de actuación continúa siendo objeto de la mayor parte de los dictámenes del Consejo Consultivo de La Rioja. Como hemos adelantado, de los 107 dictámenes emitidos en 2010, 56 (es decir, el 52,33 %) han sido de responsabilidad patrimonial, si bien este porcentaje es sensiblemente inferior al del año 2009 en que alcanzó el 72,4%. En su mayoría se refieren al ámbito sanitario (43), ya que la elevación legal a 6.000 € de la cuantía exigida para las consultas en esta materia (que antes era de 600 €) ha limitado desde 2008 los dictámenes en materia de responsabilidad viaria (4), docente (1), y cinegética (2).

Por lo demás, el Consejo Consultivo ha continuado durante 2010 en su esfuerzo por ratificar y complementar el sólido edificio doctrinal que ha venido construyendo al respecto desde su creación en 1996 y del que hemos venido dando cuenta en años anteriores. Por ello, no nos vamos a detener en la exposición detallada de la completa red de conceptos técnicos con las que el Consejo se ha propuesto atrapar la rica variedad del casuismo que presenta la práctica en esta materia, sino a exponer, en sus líneas generales, la evolución de su doctrina durante el año consultivo de 2010 que nos ocupa. y sus principales novedades en los distintos sectores de actividad sobre los que se proyecta.

1. Responsabilidad de la Administración general.

El Consejo ha insistido sobre la *naturaleza*³² y *requisitos*³³, de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sobre el concepto y régimen de la *causa*³⁴, así como sobre la carga y objeto de la *prueba*³⁵ y los *medios* de la misma³⁶.

³² El Consejo ha destacado la configuración como *reclamación administrativa del* reconocimiento a los particulares del derecho a ser indemnizados de toda lesión que derive del funcionamiento de los servicios

públicos, pues implica la concesión de una acción contra la Administración, aunque, por el principio de autotutela, la pretensión deba dirigirse ante la misma en vía administrativa configurándose como un recurso contra lo decidido en ella la ulterior posibilidad de acudir a los órganos judiciales que son concretamente los de la jurisdicción contencioso-administrativa (D.119/10).

³³ La **doctrina general** ha sido expuesta, una vez más, en los DD D.1/10, D.4/10, D.7/10, D. 16/10, D.17/10, D.18/10, D.19/10, D.21/10, D.22/10, D.24/10, D.25/10, D.26/10, D.27/10, D.28/10, D.31/10, D.32/10, D.33/10, D.36/10, D.37/10, D.45/10, D.46/10, D.49/10, D.53/10, D.55/10, D.56/10, D.57/10, D.59/19, D.60/10, D.63/10, D.64/10, D.67/10, D.69/10, D.70/10, D.72/10, D.74/10, D.75/10, D.76/10, D.82/10, D.83/1, D.102/10, D.103/10, D.104/10. En ellos -como hace sobre todo el amplio, didáctico y paradigmático D.83/10-, se reproduce y actualiza la doctrina recopilada con todo detalle en los DD 29 y 134/07, con amplia cita de doctrina precedente del Consejo Consultivo. En cuanto a los **requisitos**, han sido reiterados en los DD. D.1/10, D.4/10, D.7/10, D.16/10, D.17/10, D.18/10, D.19/10, D.21/10, D.22/10, D.24/10, D.25/10, D.26/10, D.27/10, D.28/10, D.31/10, D.32/10, D.33/10, D.36/10, D.37/10, D.45/10, D.46/10, D.47/10, D.49/10, D.53/10, D.55/10, D.56/10, D.57/10, D.59/10, D.60/10, D.64/10, D.67/10, D.69/10, D.70/10, D.72/10, D.74/10, D.75/10, D.76/10, D.82/10, D.83/10, D.85/10, D.86/10, D.87/10, D.95/10, D.97/10, D.99/10, D.102/10, D.103/10 y D.104/10. En suma, ha insistido el Consejo: i) en que la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración constituye una acción o pretensión que debe haber nacido para que pueda ser ejercitada y tal nacimiento deriva de la real existencia de un daño físico, psíquico o material que sea efectivo, evaluable e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (D.71/10); y ii) en que, probada la existencia de un daño efectivo, el precisa además la existencia de una relación de causalidad entre el daño y el servicio público y la concurrencia de al menos un criterio positivo de imputación de la misma a la Administración pública sin que concurra ningún criterio negativo que la excluya (D.79/10).

³⁴ La **causa** (cuya doctrina general expuso el D.57/08) no es un concepto jurídico sino una noción propia de la lógica y de las ciencias naturales, concebible como el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporciona la explicación, conforme a las leyes de la experiencia científica, de que el resultado dañoso ha tenido lugar (D.4/10, D.16/10, D.22/10, D.26/10, D.32/10, D.36/10, D.47/10, D.79/10, D.99/10.). En esta materia, rigen los criterios de: i) la **condicio sine qua non**, por el que la fórmula que permite determinar cuál es la causa, de entre las distintas condiciones empíricas causantes del daño, es tener como tal al hecho que, suprimido mentalmente, hace que el resultado, en su configuración totalmente concreta, no se habría producido (D.4/10, D.16/10, D.18/10, D.22/10, D.25/10, D.26/10, D.28/10, D.32/10, D.36/10, D.45/10, D.47/10, D.69/10, D.79/10, D.97/10, D.103/10); ii) la **causalidad adecuada**, que se ha empleado en el D. 16/10 (para desechar que una eventual enfermedad no probada de una viandante haya sido causa de su caída con unas baldosas mal colocadas en el pavimento de la calle); iii) la **confianza legítima**, p.e. en que las condiciones de la vía pública son las adecuadas para la deambulación sin riesgos pues no cabe exigir a los peatones que adopten especiales precauciones salvo cuando circulen por zonas en obras en las que sea presumible la existencia de obstáculos, baches o irregularidades de cualquier naturaleza (D.16/10); y iv) los **estándares del servicio**, pues no cabe exigir a los servicios de mantenimiento y limpieza viaria de un pequeño municipio que atiendan a la vez todas las incidencias provocadas por una fuerte tormenta, cuando establecieron al respecto un razonable orden de prioridades (D.83/10).

³⁵ El criterio general es que 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 (D.72/10). Debe probar, pues, no sólo la realidad del daño y su evaluación económica, sino, además, la relación de causa a efecto entre el funcionamiento de un servicio público y la producción de aquél (D.97/10) y todos los hechos **positivos** en que base su reclamación, y concretamente la realidad del daño y la relación de causalidad entre el daño producido y la actuación administrativa que lo causa, según los criterios *da mihi factum*, *onus probandi incumbit actori* y *necessitas probandi incumbit ei qui agit* (ex art. 217 LEC); pero también compete a la Administración (que no puede adoptar una posición pasiva en estos procedimientos) realizar *de oficio*, ex art. 78.1 LPAC, la actividad indagatoria y de instrucción necesaria sobre ellos y probar los negativos, que fundamenten su exoneración de responsabilidad (D.36/10). Por tanto, en estos expedientes, no rige en toda su amplitud el **criterio de aportación de parte**, debido al **deber de instrucción que compete a la Administración** ex art. 78.1 LPAC y 7 RRP que exige a la Administración averiguar *motu proprio* los hechos, acreditar si concurren los requisitos para indemnizar y, en su caso, la el alcance y cuantía de la indemnización, todo ello con independencia de las pruebas aportadas por el reclamante, abriendo el periodo probatorio pertinente ex art. 80.2 LPAC, e incluso realizando una inspección ocular (D.70/10). Además, en materia sanitaria, se produce una **inversión de la carga de la prueba** ya que es la

Una especie de *aseguramiento universal*³⁷ e insiste en el criterio de *imputación objetiva por funcionamiento* de los servicios públicos³⁸, que está abierto a un amplio casuismo de imputación³⁹ y exoneración⁴⁰. Un caso límite es el representado por el D.95/10 que contempla unos daños producidos, al final de una *comida popular* (incluida en el programa

Administración quien debe probar que ha actuado con arreglo a la *lex artis ad hoc*; inversión ésta apoyada por doctrinas tales como las de la *culpa virtual*, la del *daño desproporcionado*, el criterio de *facilidad* (la mayor facilidad probatoria para una de las partes, cfr. art. 217.5 LEC) o el criterio *res ipsa alloquitur*; pero ello siempre que el reclamante aporte al menos un *principio de prueba* de la existencia del daño y de que este es consecuencia de un servicio público (D.1/10, D. 27/10). Pero, en daños personales producidos fuera de la actuación de la Administración sanitaria, aunque sean importantes, no se produce la inversión de la carga de la prueba, y ésta sigue recayendo sobre el reclamante, a quien incumbe probar que el daño ha sido consecuencia del funcionamiento de un servicio público (D.95/10).

³⁶ Respecto a los *medios de prueba*, el Consejo ha señalado en 2010: i) respecto a la prueba *confesoria*, que, para probar la causa que produce el daño, no valen las meras manifestaciones de la parte interesada (D.21/10), pero son relevantes los hechos admitidos, es decir, los alegados por una parte y no impugnados ni negados por la otra (D.69/10); ii) en cuanto a la prueba *pericial*, que son relevantes las valoraciones periciales no contradichas (D.16/10, D.21/10, D.36/10, D.69/10), las formuladas por técnico especialista cualificado que analiza el caso de forma concienzuda (D.63/10) y las prestadas bajo juramento a los efectos del art. 335 LEC (D.86/10).

³⁷ En sus Dictámenes de 2010, ha seguido repitiendo que la Administración pública no es una especie de *Aseguradora universal* de todos los riesgos, obligada a garantizar siempre la indemnidad de todo supuesto, pues nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración no es *providencialista* ni constituye una especie de *seguro social a todo riesgo* para cubrir cualquier eventualidad dañosa para los particulares (D.1/10, D.4/10, D.7/10, D.18/10, D.21/10, D.45/10, D.47/10, D.55/10, D.56/10, D.63/10, D.64/10, D.67/10, D.69/10, D.70/10, D.72/10, D.74/10, D.82/10, D.83/10, D.85/10).

³⁸ El *concepto de servicios públicos* a estos efectos es amplio, ya que comprende cualquier esfera bajo el control de la Administración, como, entre otros: i) los municipales de pavimentación, alumbrado, limpieza, abastecimiento de aguas, alcantarillado y protección civil ex arts., 25 y 26 LBRL (D.16/10, D.69/10, D.70/10, D.83/10) ii) el municipal de cementerio ex art. 25 LBRL 7/85 (D.55/10); iii) el suministro eléctrico (D.36/10); y iv) el municipal de festejos populares (D.95/10).

³⁹ El Consejo ha **imputado** la responsabilidad a la Administración en casos de servicios públicos: i) de **pavimentación**: D.16/10 (daños personales por caída al tropezar con el resalto de baldosas de pavimento mal colocadas); D.69/10 (daños por pavimento mal conservado que produce filtraciones a una bodega subyacente cuyo techo también está mal conservado; concurrencia de causas); D.70/10 (daños personales por caída en pavimento municipal deslizante por nieve y hielo); D.83/10 (daños por encharcamiento de una calle tras una fuerte tormenta); ii) **cementerio**: D.55/10 (daños morales por desaparición de cadáveres en un panteón); iii) el **suministro eléctrico**: D.36/10 (daños causados a una Asociación por sobretensión eléctrica producida al cortar el cableado en una zanja abierta por una empresa contratista de la Universidad para obras en un edificio universitario); y iv) **festejos populares** (D.95/10).

⁴⁰ En 2010, el Consejo ha **exonerado** a la Administración reclamada de responsabilidad: i) por concurrir el criterio de *culpa exclusiva de la víctima*, en el D.83/10 (daños producidos en un vehículo al introducirlo su conductor, conocedor del lugar y demás circunstancias, en una balsa de agua formada en una calle tras una fuerte tormenta); y ii) por *falta de legitimación activa*, en D.19/10 y D.84/10, declarando éste último que la legitimación activa está limitada a quien realmente haya sufrido el daño, teniendo en cuenta que el daño material sólo lo sufre jurídicamente el titular en cuyo patrimonio se encuentra el bien dañado. Obviamente, el dañado puede conferir su representación legalmente a otra persona, por lo que, en daños causados al vehículo propiedad de una persona pero asegurado por otra, sólo está legitimado para reclamar la indemnización el propietario, no el tomador del seguro, sin perjuicio de las consecuencias internas de reintegro que deriven de la relación de aseguramiento; y carece de legitimación activa el conductor del vehículo dañado cuando éste no es de su propiedad ni acredita que el dueño le haya conferido su representación para reclamar la indemnización.

municipal de fiestas, pero no financiada por el Ayuntamiento, que se limitó a permitir que se celebrase en la plaza del pueblo y a facilitar, recoger y limpiar después el mobiliario preciso), consistentes en el estallido y completa pérdida del globo ocular de una menor, producido al caerle encima la vara de una carpa (propiedad de una Asociación cultural), cuando la estaba desmontando con sus amigas y que procedía de un almacén municipal cuya llave les había dejado el Alcalde para coger una sombrilla⁴¹.

También es de destacar la doctrina reiterada por el Consejo en 2010 en materia de concurrencia de culpa de la víctima (D.69/10, D.83/10) y sobre los criterios de distinción entre hechos calificables como *caso fortuito* (responsabilizante para la Administración, a diferencia de lo que sucede en Derecho civil) y *fuerza mayor* (exonerante en todo caso)⁴².

En materia de *indemnización*, el Consejo ha señalado algunos criterios en esta materia⁴³, así como determinadas partidas *indemnizables*⁴⁴.

⁴¹ Este dictamen entiende que los daños deben ser imputados al Municipio (al estar implicado el funcionamiento de los servicios, no tanto de festejos, como de patrimonio, policía y vigilancia de espacios públicos), pero sólo en un 25%, ya que el resto, aunque el Consejo no puede pronunciarse al respecto por ser personas privadas, corresponde a los padres de las menores intervinientes por *culpa in vigilando*; pero el dictamen se acompaña de un Voto particular que estima que los daños no han sido producidos “por” un servicio público -en un sentido muy amplio en este caso- sino “con” ocasión del mismo y, por tanto, no deberían haber sido imputados en porcentaje alguno al Municipio, el cual debería haber sido exonerado en base al criterio negativo del *riesgo general de la vida*.

⁴² Sobre estos conceptos, el Consejo ha declarado en el D.83/10 que: i) *caso fortuito* es un evento interno intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida; y ii) *fuerza mayor* son aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables o irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado. Con base en estos conceptos, el D.83/10 entiende que hay fuerza mayor en una avenida excepcional que provoca una inusual inundación y en una tormenta con viento impetuoso que provoca arranque de árboles; pero hay caso fortuito en una tormenta de verano, previsible en La Rioja, aun de cierta intensidad.

⁴³ En cuanto a *criterios*, el Consejo ha seguido los siguientes: i) el de la *aplicación analógica* orientativa y no vinculante del baremo de accidentes de tráfico vigente al resolver, que incluye también los daños morales, pero que debe modularse para acomodarlo al caso concreto (D.25/10, D.32/10, D.37/10, D.63/10, D.70/10), aunque sobre la importante cuestión de si cabe minorar la cantidad señalada en el baremo reduciéndola en el *porcentaje estadístico de fallecimientos en casos similares*, el Consejo ha declarado que ello depende del caso concreto y sus circunstancias, lo que explica que se haya pronunciado en contra de tal posibilidad en el D.32/10 y a favor en el D.37/10; ii) el criterio de la *valoración pericial no contradicha* (D.16/10); iii) el criterio de la apreciación global, discrecional y ponderada de los *daños morales*, atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes (D.55/10, D.63/10, D.79/10, D.85/10) y con la posibilidad de ponderación global entre los daños morales de los daños de toda naturaleza causados a los reclamantes, incluso de los daños materiales no justificados pero indudables producidos en el seno de un proceso complejo (D.63/10).

⁴⁴ Entre las partidas indemnizables, el Consejo ha incluido: i) como *daños materiales*, el *daño emergente* por desplazamientos diarios justificados y el *lucro cesante* por pérdidas de jornadas de trabajo acreditadas con certificado de la empresa (D.63/10); ii) como *daños personales*, los días de hospitalización y baja impeditiva, las lesiones según baremo, las secuelas según baremo e informes periciales, y el factor de corrección del 10% para personas en situación de trabar, salvo que acrediten un perjuicio superior (D.70/10); y iii) como *daños morales*, el retraso en el tiempo de respuesta razonable de la sanidad pública para dar a un paciente un tratamiento adicional que precisa y que se le presta rápidamente en la sanidad privada (D.22/10); la muerte de un familiar cercano (D.37/10); la perturbación moral y sentimental que produce la desaparición de cadáveres de familiares en un panteón del Cementerio municipal (D.55/10); la preocupación psicológica sobre cuál sería el estado de salud del paciente de no haberse producido un error de diagnóstico sobre una grave enfermedad, independientemente de que el resultado hubiera sido el mismo aunque tal error no se hubiera producido

En cuanto al **procedimiento** administrativo en esta materia, el Consejo ha insistido en 2010 en su distinción respecto al *de queja*⁴⁵; en su propia intervención consultiva en el procedimiento⁴⁶; en su celeridad⁴⁷ y en los efectos de la litispendencia.

2. Responsabilidad de la Administración urbanística.

El D.87/10 contempla un caso de *anulación de Plan Parcial por sentencia firme*, declarando que dicha anulación judicial: i) no conlleva automáticamente el deber de indemnizar (cfr. art. 142.4 LPAC), salvo que surjan los requisitos necesarios para ello; ii) pero *puede conllevar daños*, como el importe de lo aportado a la Junta de Compensación para gastos de urbanización, el coste de estudios de valoración previos sobre plantaciones existentes y los de asesoramiento y defensa jurídica; iii) ahora bien, ello no significa que tales daños sean *indemnizables*, pues la anulación no implica el abandono del Plan sino el nacimiento del derecho de los interesados a pedir su revisión una vez subsanadas las deficiencias señaladas por la Sentencia; iv) por eso, tales daños eventuales son indemnizables sólo *si la ejecución del Plan en cuestión es abandonada por el Ayuntamiento* correspondiente, pues, si dicha ejecución continúa, los desembolsos efectuados son imprescindibles para patrimonializar los derechos urbanísticos que el Plan concede y entonces deben ser soportados por los afectados y no tienen carácter antijurídico; v) en su caso, los perjuicios causados serían indemnizables por mitad y solidariamente por el Ayuntamiento y por la Comunidad Autónoma, ésta en cuanto que aprobó el Plan en la Comisión Regional de Urbanismo (*responsabilidad concurrente de Administraciones públicas*); y vi) finalmente, los *gastos de asesoramiento y defensa jurídica* no son indemnizables salvo condena en costas.

3. Responsabilidad de la Administración viaria.

En un sector administrativo que sigue siendo reacio a reconocer la responsabilidad patrimonial por funcionamiento normal del servicio viario, el Consejo Consultivo ha continuado en 2010 recordando que la responsabilidad patrimonial de la Administración viaria es objetiva por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que, por tanto, como criterio general de imputación, incumbe a la Administración viaria el deber de

(D.79/10); y las molestias y padecimientos causados por el ruido persistente de aparatos instalados en un centro sanitario público cercano a una vivienda particular, pese a las reiteradas denuncias, sanciones y correcciones efectuadas de forma insuficiente y tardía (D.85/10).

⁴⁵ No deben confundirse los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial, que dan lugar a una indemnización por daños, con los *de queja* por mala atención o trato desconsiderado, que pueden dar lugar a una sanción por infracción de deberes funcionariales o a la adopción de medidas de mejora en la calidad del servicio, aunque eventualmente puedan ocasionar también daños morales indemnizables, pero teniendo en cuenta que la queja no implica que se hayan producido daños y que éstos no implican necesariamente un funcionamiento anormal (ya que pueden derivarse de uno normal) de los servicios públicos (D.28/10)

⁴⁶ El Consejo dictaminará, aunque la *cuantía* sea inferior a la legalmente señalada de 6.000 euros, si el órgano competente para resolver considera conveniente conocer la opinión del Consejo, lo cual puede inferirse del escrito de consulta. (D.83/10).

⁴⁷ El D.70/10 insiste en la obligación administrativa de evitar el *retraso* injustificado en la tramitación, sin que su falta de complejidad justifique la dilación o tardanza.

conservar las vías públicas (art. 139 RD 1428/03, Reglamento General de Circulación) en un estado que permita a los usuarios circular por ellas con seguridad (D. Consejo de Estado 1837/95), adoptando las medidas precisas de vigilancia, prevención y, en su caso, señalización, reparación, retirada o limpieza de los obstáculos existentes (DD. Consejo de Estado 102/93, 1234/94 y 221/95), sin que la presencia de éstos suponga necesariamente un funcionamiento anormal del servicio cuando se han respetado los estándares del servicio y no haya habido tiempo material para conocerlos, retirarlos, repararlos o limpiarlos, pero existiendo entonces imputación objetiva por funcionamiento normal del servicio público (D.16/10).

No obstante, en aplicación de la doctrina de los *estándares de los servicios*, no puede exigirse a los servicios de mantenimiento y limpieza de un pequeño municipio que atiendan simultáneamente a los distintos incidentes provocados tras una fuerte tormenta, cuando adoptaron al efecto un razonable orden de prioridades (D.83/10).

Para los peatones, hay que ponderar los criterios de circulación prudente y de *confianza en que las condiciones de la vía pública son las adecuadas para la deambulaci3n sin riesgos*, pues no cabe exigirles que adopten especiales precauciones, salvo cuando circulen por zonas en obras en las que sea presumible la existencia de obstáculos, baches o irregularidades de cualquier naturaleza (D.16/10).

En el *casuismo* anual, el Consejo ha estimado que existe responsabilidad patrimonial de la Administraci3n viaria en casos de pavimento inundado y desnivelado ⁴⁸; y ha exonerado de responsabilidad en casos de falta prueba ⁴⁹ y culpa de la v3ctima ⁵⁰.

4. Responsabilidad de la Administraci3n por daños producidos por sus concesionarios y contratistas.

La doctrina general en esta materia, con amplio estudio de la jurisprudencia al respecto, fue fijada por el Consejo en DD 2 y 59/00; 51/01; 18/03; 50 y 119/05; 8 y 16/06; 37, 72 y 142/08 y 12/09 y ha sido reiterada en el D.36/10 en el sentido de que la obligaci3n de indemnizar al tercero dañado es cuesti3n que pertenece a la relaci3n interna entre Administraci3n y su contratista, sin perjuicio de que la Administraci3n repita luego contra el contratista responsable. Esta doctrina se ha aplicado en D.27/10 (alegados daños producidos por el falso positivo que arroja una resonancia magn3tica realizada en un centro privado concertado); D.36/10 (daños a una Asociaci3n producidos por sobretensi3n el3ctrica causada, a su vez, por la rotura del cableado al abrir una zanja en obras efectuadas en un edificio de la Universidad por una empresa contratista de la misma); y D.57/10 (daños f3sicos por desatenci3n en una cl3nica privada concertada, que causan el fallecimiento de un paciente).

⁴⁸ D.83/10 (encharcamiento de agua en una calle tras una fuerte tormenta que provoca daños en un veh3culo que se introduce en 3l); D.16/10 (resalto de baldosas mal colocadas que provocan la ca3da de un peat3n).

⁴⁹ D.97/10 (falta de prueba de que la causa del daño consistente en fallecimiento por ahogamiento de la conductora de un veh3culo que se sali3 de la calzada y cay3 a un canal, se deba a una indebida sealizaci3n del canal, la cual cumpl3a los est3ndares exigibles por la legislaci3n vigente, aunque no las meras recomendaciones de la Orden Circular 321/95 TYP y sus posteriores modificaciones).

⁵⁰ D.25/10 (velocidad inadecuada en un t3nel que provoca un trompo al salir, con choque del veh3culo contra la barandilla de un puente de hierro, y ca3da posterior del mismo por un barranco, de la que resultan dos j3venes fallecidos, sin que se haya probado que derrapase por una mancha de aceite tras un accidente anterior, la cual hab3a sido limpiada correctamente poco antes). D.97/10 (posible desvanecimiento, distracci3n u otra conducta de la conductora que hace que el veh3culo salga de la calzada).

El D.41/10 contempla el caso especial que suponen los *Centros hospitalarios públicos de referencia*, sosteniendo la doctrina de que, si bien no existe entre el Centro público que deriva a un paciente y el Centro también público al cual es derivado una relación propiamente contractual ni concesional, sino más bien organizativa del sistema sanitario público, procede imputar a la Administración sanitaria derivante la responsabilidad patrimonial por los actos médicos practicados en un Hospital público de referencia a pacientes derivados al mismo.

5. Responsabilidad de la Administración cinegética.

La elevación legal a 6.000 € de la cuantía para recabar dictamen preceptivo del Consejo Consultivo en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, ha seguido reduciendo drásticamente en 2010 el número de consultas sobre reclamaciones de daños y perjuicios producidos por accidentes de tráfico provocados por la fauna silvestre.

En efecto, sólo se han contabilizado dos dictámenes en esta materia (D.34/10 y D.84/10), por lo que prácticamente se ha truncado la posibilidad de que el Consejo Consultivo siga fijando el cuadro de doctrina sobre responsabilidad cinegética del que hemos dado cuenta en anteriores *Repertorios* y que tanto ha contribuido, no sólo a clarificar esta materia - aparentemente simple, pero de casuismo muy complejo-, sino también a facilitar la gestión de este tipo de reclamaciones por la Administración cinegética de la Comunidad Autónoma en un momento de cambio normativo en el que la doctrina consultiva puede ser de gran utilidad.

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

Siguiendo la última doctrina consultiva -que había sido establecida en los DD. 139, 144 (especialmente), 155/08, 2 y 19/09-, se imputan los daños de caza a los *titulares* de los aprovechamientos y, subsidiariamente, a los propietarios de los terrenos, pero teniendo en cuenta que la legislación estatal considera terreno cinegético (*acotado*) a todo el territorio nacional, si bien con zonas susceptibles de aprovechamiento cinegético común y otras sometidas a régimen especial, como, p.e, las urbanas en que está prohibida la caza.

Por tanto -advierten los DD 34 y 84/10-, hay que tener en cuenta que: i) en la expresión “*terreno acotado*” de la Ley estatal de Caza, se comprenden tanto los terrenos que la Ley riojana de Caza considera *cinegéticos* (cotos y reservas) como los *no cinegéticos* (vedados, cercados y zonas no cinegéticas); y ii) en la expresión “*titulares de aprovechamientos cinegéticos*” de la Ley estatal de Caza, se comprenden tanto los propietarios como los titulares de cualquier derecho real o personal que conlleve el uso y disfrute del aprovechamiento de la caza, y ello sobre cualquiera terrenos aunque no sean cinegéticos. Además, la nueva normativa confiere aplicabilidad a la precitada DA 9ª de la Ley estatal 17/05, que limita la responsabilidad de los titulares de aprovechamientos cinegéticos y la subsidiaria de los propietarios con un criterio de tipo subjetivista: que el accidente sea consecuencia directa: i) de la acción de cazar o ii) de una falta de diligencia en la conservación del acotado.

Pero la aplicación de la referida DA 9ª debe entenderse con importantes precisiones que realizan los DD.34 y 84/10: i) **la posible existencia de otras imputaciones** (pues en modo alguno pueden interpretarse los dos casos previstos en la DA 9ª como un *numerus clausus* de hipótesis posibles de responsabilidad, ya que no impiden la posible concurrencia de culpa de la víctima, aunque no haya infringido normas de circulación, de un tercero o de la Administración titular de la vía pública -p.e, si la Administración cinegética estima que el lugar del accidente es “*punto de especial concentración de accidentes con animales silvestres*”- o de la Administración cinegética por adopción u omisión de medidas administrativas específicas ínsitas en los Planes Técnicos de Caza o documentos complementarios); ii) la referencia a que el animal proceda del terreno cinegético **como consecuencia directa de la acción de cazar**, mantiene el sistema de responsabilidad objetiva de la legislación

estatal, pero con la restricción de que la actividad de cazar se esté practicando; y iii) la referencia a la **falta de diligencia en la conservación del terreno acotado**, recupera a la *culpa o negligencia* como criterio de imputación, es decir, vuelve a la aplicación de la reiterada doctrina de la Sala 1ª del TS sobre la responsabilidad civil extracontractual de **presumir la existencia de negligencia**, aquí en la conservación del terreno acotado, por parte de los titulares del aprovechamiento cinegético y, en su caso, de su propietario, con la consiguiente **inversión de la carga de prueba**, debiendo el presunto responsable *probar que ha puesto todos los medios para impedir que las piezas de caza abandonen el acotado*.

Las consecuencias que se derivan de esta doctrina se cifran en que: i) cuando el animal proceda de un **terreno cinegético**, de los daños que cause debe responder el titular de dicho terreno (que puede ser la Administración, como sucede en el caso de que el animal proceda de una Reserva regional de Caza), salvo que el referido titular pruebe que ha utilizado la diligencia debida para evitar que el animal abandonara el acotado causando daños (D.84/10); ii) cuando el animal proceda de un **terreno cercado, vedado o zona no cinegética voluntaria**, responderá el dueño del terreno *ex art. 13.1.b) Ley 9/98*, ya que, *ex art. 33 Ley estatal 1/70*, no puede haber otro titular del aprovechamiento cinegético; pero, en estos casos, ni la CAR ni el Consejo pueden pronunciarse, ya que se trata de una cuestión privada que compete, en su caso, a la jurisdicción ordinaria, sin perjuicio de que la Administración deba facilitar al damnificado la identidad del titular del terreno del que procedió el animal (D.34/10).

6. Responsabilidad de la Administración sanitaria.

La antes referida elevación de la cuantía consultiva ha determinado que en 2010 el Consejo Consultivo haya emitido 43 Dictámenes (es decir, el 40% del total) sobre reclamaciones de daños y perjuicios formuladas frente a la Administración prestadora de asistencia sanitaria. Esta circunstancia ha permitido que el Consejo haya continuado insistiendo en los grandes parámetros para la imputación del daño que conforman su doctrina general sobre esta materia. Nos limitamos a exponer seguidamente los criterios que han sido objeto de pronunciamientos en 2010.

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

La obligación de la Administración sanitaria es de **medios y no de resultados**, en Medicina *curativa* (no en la *satisfactiva*, que es de resultados, y no de medios: D.12/09), debido: i) a la condición perecedera y enfermable del ser humano ⁵¹; ii) a la inexistencia de un pretendido derecho a la curación, pues no puede exigirse a la Administración que garantice siempre la curación de los pacientes como una Aseguradora universal ⁵²; iii) al estado de los conocimientos científicos; iv) a la extensión del servicio sanitario; y v) a los **recursos limitados** asignados por los poderes públicos. Por ello, los servicios médicos están obligados a prestar una asistencia pronta, adecuada y acorde al **estado de la Ciencia**, pero en ningún

⁵¹ El Consejo ha seguido insistiendo en 2010 en que la protección constitucional de la salud y el derecho de asistencia sanitaria reconocido en la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, así como en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, desarrolladas por el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, no son derechos absolutos, pues, por muy ambiciosas y amplias que sean las prestaciones reconocidas por el sistema sanitario público, no podemos soslayar nuestra condición perecedera como seres vivos (D.24/10, D.33/10, D.49/10, D.53/10, D.57/10, D.59/10, D.75/10, D.76/10).

⁵² El Consejo continúa en 2010 insistiendo, especialmente en materia sanitaria, en la idea de que el sistema de responsabilidad administrativa no es una especie de *seguro a todo riesgo* pues no convierte a la Administración pública en una especie de *Aseguradora universal* de todos los riesgos obligada a garantizar siempre la curación de todos los pacientes frente al carácter enfermable y mortal del ser humano, por lo que no existe un pretendido derecho a la curación (D. 4/10, D.7/10, D.26/10, D.27/10, D.28/10, D.31/10, D.32/10, D.37/10, D.46/10, D.47/10, D.56/19, D.60/10, D.86/10, D.99/10, D.102/10, D.103/10, D.104/10.).

caso se les puede exigir un resultado concreto, ni sobrepasar el *standard normal de los servicios* disponibles en el sistema sanitario (D.4/10, D.7/10, D.17/10, D.18/10, D.22/10, D.24/10, D.26/10, D.27/10, D.28/10, D.31/09, D.33/10, D.38/10, D.41/10, D.45/10, D.47/10, D.49/10, D.53/10, D.56/10, D.57/10, D.59/10, D.60/10, D.63/10, D.67/10, D.72/10, D.75/10, D.76/10, D.79/10, D.99/10, D.103/10).

Ahora bien, la normativa vigente no determina cuáles son esos *medios*, pues eso es precisamente objeto del Ciencia y arte de la Medicina que la concreta en los parámetros o criterios de la *lex artis ad hoc*, a cuya aplicación tiene derecho el paciente; y del *consentimiento informado*, que se debe prestar suficientemente y obtener voluntariamente del mismo (D.1/10, D.27/10, D.32/10, D.49/10, D.53/10, D.56/10, D.57/10, D.59/10, D.63/10, D.74/10).

Por ello, en materia sanitaria, la responsabilidad no surge sin más de la existencia de un daño, sino del incumplimiento de un deber preexistente por parte de la Administración de prestar la debida asistencia sanitaria a un concreto paciente (D.1/10, D.7/10, D.22/10, D.24/10, D.27/10, D.37/10, D.41/10, D.46/10, D.56/10, D.63/10, D.74/10, D.82/10, D.86/10, D.102/10).

La principal consecuencia de este criterio es que la Administración sólo responde por funcionamiento **anormal** del servicio sanitario, de lo que es plenamente consciente el Consejo que ha tratado de explicar este reduccionismo en base al peculiar **fundamento** de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria que, como señala el D.18/10, tiene una naturaleza más parecida a la “contractual” (por el engranaje entre derechos del paciente y prestaciones del sistema sanitario público) que a la “extracontractual”.

2º.- Criterio de la *lex artis ad hoc*.

La observancia de la *lex artis ad hoc* es el parámetro de imputación objetiva de responsabilidad a la Administración sanitaria, consistente en la exigencia de que ésta actúe conforme a los conocimientos y técnicas requeridas por el caso concreto, empleando los medios más adecuados, en sustancia, tiempo y forma, para diagnosticar, tratar y sanar a un determinado paciente, según el estado de los conocimientos científicos y los protocolos profesionales de actuación (DD. 56 y 88/09). Este criterio exige, pues, la concurrencia de un doble requisito según el Consejo de Estado: una impericia probada y que la misma sea causante de un daño indemnizable (D.17/10, D.24/10).

Por ello, la observancia de la *lex artis* no puede ponderarse con arreglo a la humanamente comprensible *lógica del hombre corriente* sino con criterios médico-científicos objeto de prueba en el expediente (D.76/10). La prueba pericial presentada por la Administración sanitaria es determinante para probar el ajuste de la actuación a la *lex artis ad hoc* cuando el reclamante no ha aportado la suya, aunque fuera por su elevado coste (D.22/10). El Consejo Consultivo es lego en Medicina pero puede sugerir a la Administración y a las partes las disfunciones que aparentemente observe en la praxis médica para que sean valoradas oportunamente mediante los oportunos dictámenes periciales (D.63/10).

Este criterio implica que pueden existir casos en que, habiéndose observado todas las exigencias de la *lex artis ad hoc*, sin embargo se produzcan daños, que no serán indemnizables, por ser de la naturaleza de las cosas la fragilidad inherente al cuerpo humano (D.45/10).

El Consejo ha **imputado** responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria por mala praxis *ad hoc* en 2009 en los siguientes casos: i) D.7/10 (perforación del recto inferior que obliga a una sigmoidectomía de Hartmann urgente en un paciente anciano cuya oclusión intestinal por fecaloma comenzó siendo tratada con la autoadministración torpe de un enema y un posterior sondaje ineficaz); ii) D.18/10

(perforación del intestino que provoca una peritonitis fecaloidea tras una histerectomía); y iii) D.63/10 (paciente con sangrado intestinal que es objeto de diversos errores médicos, aunque sólo se reputan relevantes: i) no haberle realizado una temprana colonoscopia, que impidió un diagnóstico precoz de la neoplasia estenosante de sigma que padecía; ii) tratarle con retraso una fístula producida por su intubación; y iii) suturarle o electrocoagularle mal el sangrado, conduciéndole a un grave proceso respiratorio y hemodinámico que terminó con su fallecimiento).

Por el contrario, el Consejo ha **exonerado** a la Administración sanitaria en 2010 en los siguientes casos en que se alegaba mala praxis médica: i) **Cardiología:** D.17/10 (paciente al que se practica en un Centro concertado un cateterismo que causa como riesgo típico, objeto de consentimiento informado, un pseudo-aneurisma o hematoma de la zona femoral de punción que es resuelto posteriormente en la Sanidad pública, todo ello conforme a la *lex artis ad hoc*); D.28/10 (paciente con cardiopatía hipertensiva y fibromialgia al que se le practican las pruebas precisas para descartar que padezca una cardiopatía coronaria y se le prescribe seguir con su tratamiento habitual); ii) **Cirugía general:** D.47/10 (paciente diagnosticado erróneamente de un lipoma que, pese a ser extirpado quirúrgicamente, resulta ser un sarcoma, pero que no comunica la alteración del tamaño de la tumoración en el lecho quirúrgico y, tras ser intervenido nuevamente para la extirpación del sarcoma, acude a la sanidad privada para quimioterapia); iii) **Ginecología, Obstetricia y Neonatología:** D.60/10 (madre de un hijo nacido con Síndrome de Down y correctamente atendida durante su embarazo a la que no se practicó la amniocentesis por no estar indicada según los marcadores de cribado previo para su realización); D.64/10 (paciente con restos placentarios post-parto a la que se le practican dos legrados y una histeroscopia de control); D.76/10 (paciente a la que se le diagnostica carcinoma ovárico sin el retraso alegado por la reclamante); D.104/10 (paciente plurípara y con patologías ginecológicas asociadas que resulta embarazada y aborta voluntariamente tras haberse sometido a una ligadura de trompas practicada con arreglo a *lex artis*, en cuyo documento de consentimiento informado se le informaba del riesgo típico de quedar embarazada, aunque ello sólo ocurre en un 0,5% de los casos); iv) **Hematología:** D.26/10 (paciente con gonartrosis listada de espera para artroscopia en grado 3 y que es antes intervenida de urgencia en una colicestomía laparoscópica tras la que presenta hemorragias que imputa a inadvertencia de una disfunción hemostática leve que también padecía por déficit del factor hemático IX); D.33/10 (paciente derivado desde Dermatología con linfoma folicular indolente, no Hodgkin, que sana con quimioterapia, sin apreciarse retraso excesivo en el tratamiento ya que se debe a actos propios del paciente); v) **Neumología:** D.19/10 (contagio inexistente de tuberculosis ya que solo hubo medidas preventivas de inmunización al entorno familiar de un fallecido); vi) **Neurología:** D.49/10 (paciente diagnosticado de síndrome vertiginoso de componente somatoforme y psicológico no desmentido por la sanidad privada); vii) **Otorrinolaringología:** D.41/10 (paciente con acúfenos e hipoacusia al que, tras la pertinente y pronta RMN, se le diagnostica un neurinoma de acústico que es objeto de intervención quirúrgica correcta, aunque deja secuelas; a diferencia del caso contemplado en el D.38/10 donde no se practicó la citada RNM, por lo que el Consejo estimó que existía responsabilidad patrimonial); viii) **Rehabilitación:** D.74/10 (paciente intervenido de una osteonecrosis en la cabeza del segundo metatarsiano del pie izquierdo al que se pauta correctamente como tratamiento rehabilitador caminar tras las 48 h. siguientes a la intervención); D.75/10 (paciente con rizoartrosis y fractura marginal del radio consolidada que presenta, como secuelas tras la rehabilitación pero no debidas a ella, el síndrome de hombro-mano y limitación de movimientos extensivos del codo en los últimos grados, susceptible de mejora posterior); ix) **Reumatología:** D.31/10 (paciente con alegada espondilitis anquilopoyética y HLA B27 positivo, nunca confirmada ni probada en 25 años); x) **Traumatología:** D.1/10 (paciente con rodilla dolorosa a la que se practican dos intervenciones, una de implantación de una prótesis de rodilla y otra de protetización de la rótula, ambas efectuadas correctamente sin prueba en contrario y de las que resultan secuelas típicas objeto de consentimiento informado que exigen rehabilitación); D.26/10 (paciente con gonartrosis listada de espera para artroscopia en grado 3 y que es antes intervenida de urgencia en una colicestomía laparoscópica tras la que presenta hemorragias que imputa a inadvertencia de una disfunción hemostática leve que también padecía por déficit del factor hemático IX); D.59/10 (paciente a la que una doble caída sucesiva produce una rotura del tendón supraespinoso, es intervenida quirúrgicamente para la implantación de anclajes metálicos, y presenta capsulitis adhesiva, que precisa tratamiento de rehabilitación, sin prueba de error de diagnóstico, error de tratamiento o defecto de información); D.74/10 (paciente con molestias y limitación de movimiento de la articulación metatarso-falángica tras una cirugía percutánea); D.82/10 (paciente con fractura acetabular con gran conminución del cótilo producida en un accidente de tráfico y correctamente tratada y que, veinte años después, en los que no ha efectuado ningún ejercicio físico de rehabilitación de los que se le prescribieron, presenta, como evolución natural de la dolencia originaria, una coxartrosis que es tratada mediante la correcta colocación de una prótesis de cadera); D.86/10 (paciente con dolor rotuliano a la que se practica correctamente en la sanidad pública una meniscectomía con secuelas artrósicas importantes pero no imputables a la intervención sino a un proceso degenerativo que exige una ulterior intervención protésica en la sanidad privada); y xi)

Urología: D.24/10 (paciente que, sin presentar síntomas de abdomen agudo que aconsejasen prescindir de un tratamiento conservador, fallece por sepsis generalizada consecuenta a una infección urinaria por salida de masa fecaloidea a través de una fístula abdominal producida como riesgo típico tras una cistectomía radical con derivación urinaria mediante ureteroileostomía tipo Bircker); D.56/10 (paciente que presenta, como riesgo típico al que prestó consentimiento informado, dolor testicular, de posible origen neuropático, tras una vasectomía realizada conforme a la *lex artis*); D.67/10 (paciente que presenta, como riesgo típico objeto de consentimiento informado, secuelas de dolor testicular y temblor axial de tipo corea, tras una orquidopexia y vasectomía bilateral correctamente realizadas).

3º.- Criterio de la exigencia del *consentimiento informado*:

Sobre este criterio fundamental (el derecho del paciente a la protección de su salud incluye el de prestar su consentimiento a las intervenciones médicas, una vez informado debidamente de sus características y consecuencias), el Consejo se ha pronunciado con amplitud en 2010⁵³.

En primer lugar, el Consejo ha aludido al *origen* de esta institución, así en el D.18/10 se afirma que el criterio del consentimiento informado tiene su génesis en el Derecho privado y equivale a una cláusula voluntaria y genérica de exoneración de responsabilidad aceptada por el paciente que opera como criterio negativo de imputación objetiva cuando se ha realizado por la Administración sanitaria con los requisitos legales.

En cuanto a su *finalidad*, el consentimiento informado tiene por objeto que el paciente conozca la enfermedad que padece, las diferentes posibilidades de tratamiento, así como las complicaciones que pueden surgir, con el fin de tener a su disposición toda la información posible y así tomar la decisión de consentir o no un determinado tratamiento (D.103/10). Ahora bien el consentimiento informado 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* (D.103/10).

Respecto a la *forma*, el consentimiento informado debe ser obtenido tras explicaciones en términos comprensibles para el paciente dadas sus circunstancias de edad, nivel cultural y otras semejantes (D.18/10); y expresado por *escrito* (D.45/10), que sea *firmado* por el paciente y no sólo por el facultativo (D.74/10), salvo urgencia vital o incapacidad del paciente (D.45/10); si bien el Consejo ha admitido que, en ciertos casos y habida cuenta de las circunstancias concurrentes, pueda ser expresado en forma *verbal*, pues lo fundamental es que la información exista, sea clara, detallada, comprensible y completa, de manera que permita al paciente tomar la decisión de someterse al tratamiento con toda la información posible, por lo que la inexistencia del consentimiento por escrito en tales casos lo único que opera es un traslado de la carga de prueba de la existencia del mismo a la Administración, prueba que concurre si las manifestaciones obrantes en el expediente sobre el consentimiento informado y sus circunstancias no son contradichas por el reclamante (D.157/08, D.17/09, D.18/09, D.58/09, D.75/09, D.67/10, D.86/10).

Se ha planteado el Consejo la admisibilidad de un consentimiento **informado tácito, implícito o presunto** y ha declarado al respecto: i) que el consentimiento prestado *para la inclusión en una lista de espera quirúrgica* no sufre al respecto para la intervención que ha de practicarse, salvo que se pruebe que éste último se ha practicado verbalmente y, tras ello, se firmó la inclusión en la lista de espera (D.18/10); ii) que el consentimiento prestado *para la anestesia* puede implicar el consentimiento para la operación quirúrgica, si se prueba que el paciente fue informado al respecto, habida cuenta de la íntima conexión entre ambos aspectos (D.86/10); iii) que el consentimiento informado puede *presumirse* cuando el esposo de la paciente es Médico y compañero en el mismo Centro sanitario del Especialista que la trata, el cual asiste además a la intervención que es practicada por otro compañero más especializado en la cirugía que la dolencia requiere (D.86/10); y iv) que la aportación al expediente de *modelos normalizados* de consentimiento informado elaborados por la Sociedad médica de la

⁵³ El 2010, el Consejo ha **imputado** a la Administración sanitaria responsabilidad patrimonial *por inexistencia o insuficiencia del consentimiento informado prestado* en su D.103/10 (paciente con metatarsalgia persistente tras la operación practicada para tratar de evitarla, que no firmó el consentimiento informado en el que tampoco se le informaba de este riesgo típico).

especialidad correspondiente no puede suplir la ausencia de consentimiento firmado por el paciente, pero sí puede probar que determinada consecuencia no es reputada *riesgo típico* de una intervención (D.18/10).

En suma, la *prueba* del consentimiento informado incumbe a la Administración sanitaria (D.103/10), si bien el documento firmado por el paciente hace prueba frente las manifestaciones del mismo en contrario (D.104/10). Pero no puede exigirse al paciente que pruebe la existencia de un consentimiento informado cuya existencia la Administración no ha probado, pues ello sería exigir al paciente una *probatio diabólica* al versar sobre un hecho negativo (D.18/10). Ahora bien, no es preciso obtener previamente el consentimiento informado para realizar *operaciones mínimas*, como punciones evacuatorias o infiltraciones (D.86/10), o para *técnicas no invasivas susceptibles de autoadministración*, como la aplicación de un enema (D.7/10). Por supuesto, el consentimiento ha de ser *vigente*, ya que puede ser *revocado* por el paciente en cualquier momento, incluso dentro del quirófano (D.74/10).

En lo referente al *contenido*, el Consejo ha declarado en su D. 17/10 que: i) la capacitación del Facultativo interviniente se presume por su titulación oficial en la especialidad correspondiente y su inclusión en el cuadro médico del Centro sanitario concertado y no es preciso que figure en el consentimiento informado; ii) la dotación de los medios asistenciales suficientes para practicar la intervención propuesta en el Centro sanitario concertado correspondiente se presume y no es preciso que figure en el consentimiento informado; y iii) que el consentimiento de la paciente a ser intervenida en el Centro concertado propuesto se presume y no es preciso que figure en el consentimiento informado.

Sobre el *ámbito* del consentimiento informado, el Consejo ha declarado: i) que el consentimiento informado para una *anestesia local* no impide la aplicación posterior en el quirófano de la *anestesia total* cuando el Anestesta, a quien compete la responsabilidad de decidir ese cambio, así lo determine, teniendo en cuenta las indicaciones del Cirujano (D.74/10); y ii) que el consentimiento informado se presta *a la intervención, no al operador*, por eso no implica la obligación de ser intervenido por un determinado Cirujano, pues, en el sistema de sanidad pública, un Cirujano concreto puede ser sustituido por otro si existen necesidades del servicio que así lo aconsejan, teniendo en cuenta además que el paciente puede consentir una posposición de fechas propuesta por el Cirujano y que el consentimiento puede ser revocado por el paciente en cualquier momento, incluso dentro del quirófano. (D.74/10, D.86/10).

4º.- Criterios de la existencia, individualización y efectividad del daño.

Sobre la *existencia* del daño, el Consejo ha aplicado en 2010 la doctrina de la *actio non nata* en el D.4/10 (reclamación prematura de gastos previstos en sanidad privada por una futura intervención reparadora de cirugía estética nasal tras secuelas cicatriciales por una agresión con vidrio); y en D.71/10 (reclamación prematura de indemnización por perjuicio estético a consecuencia de una secuela cicatricial aún no estabilizada tras una electrocoagulación nasal).

Respecto a la *individualización*, el daño reclamable ha de ser el material, físico o moral padecido personalmente por el paciente reclamante; o el daño moral parecido por sus familiares; por eso existe falta de legitimación activa si el paciente muere sin reclamar sus propios daños o sin ratificar la reclamación interpuesta en su nombre por su familia, y, después de fallecido, ésta no alega tampoco daños morales irrogados a la misma (D.19/10).

En cuanto a la *efectividad* del daño, el Consejo ha declarado en 2010 que no es daño efectivo una secuela cuyo alcance no puede ser determinado al consistir en un perjuicio estético por un proceso de cicatrización que aún no se ha completado, sin perjuicio de que la reclamación pueda ser reproducida cuando la secuela se establezca una vez finalizada la terapia estética correspondiente (D.71/10). El D.31/10 propone desestimar una reclamación en la que aprecia “*síndrome de renta*”.

5º.- Criterios del daño excesivo y de la culpa virtual.

Es objetivamente imputable a la Administración sanitaria el daño derivado de una intervención cuando excede del habitual en una intervención de normalmente no presenta complicaciones y, sin embargo, en el caso pone en riesgo la vida del paciente (D.18/10).

6º.- Criterio de la *idiosincrasia* o estado previo del paciente:

La *idiosincrasia* o situación previa del paciente, especialmente su patología anterior, es siempre una *concausa* a estimar, que puede incluso ser la única relevante (D.22/10, D79/10)

⁵⁴

7º.- Criterio de la ponderación del *error médico de diagnóstico* o de tratamiento.

El *error de diagnóstico o de tratamiento* de una enfermedad grave produce al paciente un daño moral indemnizable consistente en la preocupación psicológica sobre cuál sería su estado de salud de no haber existido dicho error, independientemente de que el resultado hubiera sido el mismo si el error no se hubiera producido (D.79/10). Ahora bien, la interpretación errónea de una resonancia magnética puede ser más que un *error de diagnóstico*, lo que en términos médicos se denomina un “*falso positivo*” que puede presentarse por la propia configuración de la articulación, ligamentos y tendones adyacentes (D.27/10).

Este criterio ha provocado varias *exoneraciones* e *imputaciones* de responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria en 2010 relativas a casos en que se alegó *error de diagnóstico* o *de tratamiento* o diversas variantes de los mismos.

Los casos de **imputación** por apreciación de este tipo de errores han sido en 2010 los siguientes: *i) por error de diagnóstico que provoca daños morales*: D.79/10 (paciente a la que, en una conización, se le diagnostica un abultado tumor como carcinoma “in situ” cuando, en realidad, se trataba de un carcinoma invasor en estadio avanzado, pues, independientemente de si el resultado hubiera sido el mismo en ambos casos, se han irrogado a la paciente daños morales consistentes en la preocupación psicológica sobre cual sería su estado de no haber existido aquel error); *ii) por error o retraso en el diagnóstico que comporta pérdida de oportunidades terapéuticas*: D.102/10 (paciente con torsión testicular perinatal que condujo a extirpación de un testículo sin derivación a tiempo al Hospital de referencia debido al retraso en practicar distintas pruebas sobre el hidrocele inicial que presentaba); *iii) por error o retraso en el diagnóstico motivado por no realización de pruebas necesarias*: D.38/10 (paciente con acúfeno y vértigo al que se practica un TAC pero no una RN que era precisa para descubrir un neurinoma de acústico que se le diagnostica cuando la RN se lleva a cabo); D.63/10 (paciente al que la no realización de una temprana colonoscopia impide el diagnóstico precoz de una neoplasia estenosante de sigma); *iv) por error de diagnóstico que conlleva retraso en el tratamiento correcto*: D.99/10 (paciente con enfermedad de Crohn, finalmente tratada de forma correcta, pero al que, con mismos síntomas, se le había antes diagnosticado y tratado de colon irritable y, por error, se le había comunicado el diagnóstico de otro paciente que padecía cáncer, generándole ambas circunstancias molestias y zozobras que debían haberse evitado); *v) por error en la comunicación al paciente del diagnóstico*: D.99/10 (daños morales causados a un paciente al que, por error, se le comunica el diagnóstico de otro paciente que padecía cáncer); *vi) por error en la interpretación de la prueba diagnóstica*: -D.37/10 (paciente ingresado en Urgencias por una contusión, al que se le practica una radiografía de tórax en cuyo examen el Facultativo sólo atiende a la inexistencia de fracturas y no ve un nódulo pulmonar cancerígeno del que fallece posteriormente).

El Consejo ha **exonerado** a la Administración en los siguientes casos en que los que se habían alegado este tipo de errores: *i) por inexistencia o falta de prueba de error de diagnóstico*: D.27/10 (paciente al que, a la

⁵⁴ En 2010, el Consejo ha **exonerado** a la Administración sanitaria de responsabilidad *por ser debidos los daños a la idiosincrasia, configuración psico-física o enfermedad previa del paciente* en su D.4/10 (paciente con herida nasal por agresión con vidrio que reclama daños derivados no de su tratamiento médico sino de la agresión efectuada por un tercero).

vista de una RN que presenta como “falso positivo” una rotura de menisco, es sometido a una artroscopia, de la que no resultan daños probados, pero que releva que el menisco está íntegro y que el paciente sufre una condromalacia) **ii) por inexistencia o falta de prueba de retraso en el diagnóstico:** D.53/10 (paciente con molestias gástricas a la que se practica una gastroscopia que no revela la tumoración ovárica que aparece en una revisión ginecológica posterior y que resulta ser derivación metastática de un carcinoma gástrico de rápida evolución); D.76/10 (paciente a la que se le diagnostica carcinoma ovárico sin el retraso alegado por la reclamante que entra dentro de los estándares del diagnóstico precoz dada la sintomatología que fue presentando); **iii) por inexistencia o falta de prueba de retraso en el tratamiento:** D.4/10 (paciente con herida nasal por agresión con vidrio que, tras ser tratado adecuadamente en la sanidad pública de la secuela normal de cicatriz hipertrófica queloidea, acude una semana después a la sanidad privada donde es tratado de necrosis cutánea, sin probar si dicha evolución era previsible al ser tratado en la sanidad pública); D.26/10 (paciente con artrosis residual tras artroscopia de rodilla listada de espera en grado de urgencia tres y pospuesta ante una colicestomía laparoscópica urgente); D.33/10 (paciente con linfoma folicular indolente, no Hodgkin, que sana con quimioterapia, sin apreciarse retraso excesivo en el tratamiento ya que se debe a actos propios del paciente); D.74/10 (paciente operado de osteonecrosis metatarsica en un pie al que se recomienda caminar a los dos días de la intervención, aunque luego presenta secuelas típicas dolorosas que requieren nueva rehabilitación e incluso una nueva intervención en el futuro).

8º.- Criterio de la ponderación de los riesgos típicos.

Los *riesgos típicos* inherentes a ciertas intervenciones médicas deben ser ponderados al analizar el cumplimiento de las obligaciones de observancia de la *lex artis ad hoc* y del *consentimiento informado*. A este respecto, el Consejo ha declarado en 2010 que la aportación al expediente de *modelos normalizados* de consentimiento informado elaborados por la Sociedad médica de la especialidad correspondiente puede probar que determinada consecuencia no es reputada *riesgo típico* de una intervención (D.18/10).

Así, el Consejo ha considerado en 2010 que *son riesgos típicos* las siguientes complicaciones: i) la persistencia de restos placentarios tras un parto (D.64/10); ii) en la cirugía percutánea, la limitación de movimiento de la articulación metatarso-falángica, las molestias residuales e incluso la necesidad de una nueva intervención quirúrgica (D.74/10); iii) el pseudoaneurisma femoral tras un cateterismo (D.17/10); iv) la aparición de fístulas intestinales que pueden provocar peritonitis tras una cistectomía radical con derivación urinaria mediante ureteroileostomía tipo Bircker (D.24/10); v) de la gonartrosis intervenida con artroscopia, cierta artrosis residual de la cavidad intervenida (D.26/10); vi) el dolor testicular tras una vasectomía (D.56/10, D.67/10); vii) la cojera tras la colocación de una prótesis de cadera a un paciente con coxartrosis (D.82/10); viii) la persistencia de metatarsalgia tras una intervención quirúrgica en el pie para tratar de evitarla (D.101/10).

9º.- Criterio de la necesidad de la prueba y su amabilización.

En todos los ámbitos de responsabilidad patrimonial de la Administración resulta fundamental la *prueba*; pero en el sanitario ésta resulta aún más relevante ya que se produce una *inversión de la carga de la prueba*, puesto que es la Administración quien debe probar que ha actuado con arreglo a la *lex artis ad hoc*. Esta inversión está apoyada por doctrinas de *amabilización* de la prueba, tales como las de la *culpa virtual*, la del *daño desproporcionado*, el criterio de *facilidad* (la mayor facilidad probatoria para una de las partes, cfr. art. 217.5 LEC) o el criterio *res ipsa alloquitur* (D.1/10, D.27/10, D.70/10). Sin embargo, en daños personales producidos fuera de la actuación de la Administración sanitaria, aunque sean importantes, no se produce la inversión de la carga de la prueba, y ésta sigue recayendo sobre el reclamante, a quien incumbe probar que el daño ha sido consecuencia del funcionamiento de un servicio público (D.95/10).

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

Medicina (D.82/10). Por eso, es relevante el dictamen pericial emitido por un especialista cualificado que analiza concienzudamente el caso (D.63/10).

El Consejo ha propuesto en 2010 la *desestimación* de reclamaciones por falta de prueba de la realidad del daño (D.31/10, D.72/10); de la existencia de una infracción de la *lex artis ad hoc*” (D.4/10, D.26/10, D.27/10, D.49/10, D.64/10, D.74/10.); de un retraso en el tratamiento (D.4/10, D.26/10); de un error en el tratamiento (D.27/10) o de la denegación de asistencia: D.75/10 (paciente con secuelas típicas de limitación de movimiento susceptible de mejora con nueva rehabilitación, que no prueba que se le haya negado la rehabilitación tras una fractura, ni que la practicada por una profesional eventual fuera incorrecta.). También por falta de toda actividad probatoria, aun de principio, sobre el daño, la causa y la inobservancia de la *lex artis* legados (D.31/10).

10º.- Criterio de la naturaleza de las cosas y la fragilidad del cuerpo humano.

Pueden existir casos en que, habiéndose observado todas las exigencias de la *lex artis ad hoc*, sin embargo se produzcan daños, que no serán indemnizables, por ser de la naturaleza de las cosas la fragilidad inherente al cuerpo humano (D.45/10).

11º.- Criterio de la intimidad del paciente.

No se invade la intimidad de la paciente por el hecho de compartir habitación hospitalaria con otros pacientes a los que visitan sus familiares, cuando no se ha probado que la intervención asistencial (vendaje de compresión) se llevara a cabo en presencia de familiares de otros pacientes (D.17/10).

12º.- Criterio de la pérdida de oportunidades terapéuticas:

El Consejo parece haber comenzado a inclinarse en 2010 a considerar la pérdida de oportunidades terapéuticas, no tanto como un criterio de imputación del daño a la Administración sanitaria, cuanto como un módulo para fijación de la indemnización procedente por otros motivos, puesto que, según la jurisprudencia, en los casos de pérdida de oportunidades terapéuticas, el *quantum* indemnizatorio debe efectuarse sobre el porcentaje de supervivencia que llevaría aparejada, en su caso, una actuación totalmente ajustada a la *lex artis ad hoc*, si bien la fijación de dicho porcentaje es pericial y puede ser ponderada por el Consejo (D.36/10). Así, el Consejo ha declarado que la *pérdida de oportunidades terapéuticas* es una modalidad de daño moral indemnizable, basado en el cálculo de probabilidades, que ha de ponderarse en cada caso para evaluar la indemnización a la vista también de las secuelas (D.102/10).

13º.- Criterio del estándar de los servicios.

Obviamente, no resulta exigible que la Administración tenga todos los servicios previstos en su *Cartera* en el mismo Centro sanitario. Así, el D.4/10 afirma que no resulta exigible la existencia de Cirujano Plástico en el Servicio de Urgencias para atender una herida nasal que fue asistida por el Otorrinolaringólogo de guardia según la *Cartera* de Servicios del Centro hospitalario.

14º.- Criterio del retraso indebido en la asistencia o demora en el “tiempo de respuesta razonable” del sistema sanitario.

Este criterio de imputación se ha empleado tanto para Centros sanitarios públicos como privados concertados.

Para *Centros sanitarios públicos*, el Consejo ha aplicado este criterio en D.22/10 (paciente con quiste parapiélico que provoca estenosis ureteral, correctamente diagnosticada y tratada en la sanidad pública con punción lumbar del quiste y dilatación del uréter con un catéter “doble J”, aunque dicha intervención es repetida con mayor celeridad en la sanidad privada con otra técnica de desbridación y cateterización), aquí la mayor celeridad en el “*tiempo de respuesta razonable*” de la sanidad privada es reputada por el Consejo como generadora de daños morales por el padecimiento sufrido por el paciente durante el tiempo de espera de una segunda intervención que se demostró necesaria, aunque en el caso no se probó que hubiera habido mala praxis médica; y en D.32/10 (paciente que fallece por infarto agudo de miocardio tras larga espera en la Sala de Urgencia producida por su errónea clasificación por la Enfermera encargada de la clasificación o *triaje* de las urgencias).

Para *Centros sanitarios privados concertados*, este criterio ha sido empleado en un caso de desatención postoperatoria: D.57/10 (paciente trasladado desde el Servicio de Cardiología de la sanidad pública a un centro privado concertado para que se le practique allí cirugía cardiovascular especializada, pero en el que, una vez realizada correctamente una valvuloplastia mitral y revascularización de doble pontaje, no se le atiende durante el periodo postoperatorio por falta de personal y medios adecuados para subvenir a su progresivo empeoramiento y que fallece tras ser finalmente trasladado a la UCI del centro sanitario público de procedencia).

15º.- Criterios indemnizatorios.

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

-Valoración.

A este respecto, el Consejo ha reiterado en 2010 el carácter meramente *orientativo* y no vinculante de los *baremos* de valoración de los accidentes de tráfico (D.32/10, D.37/10, D.46/10, D.57/10) y la consiguiente necesidad de ponderar todas las circunstancias concurrentes (D.46/10.), de suerte que ha de optarse por una valoración *global*, racional y no matemática, que evalúe todas las circunstancias concurrentes cuando se trata de casos complejos en los que concurren circunstancias subjetivas particulares con perjuicios de diversa índole (D.46/10, D.57/10). En caso de duplicidad de intervenciones quirúrgicas en la sanidad pública (menicestomía y ligamentoplastia) que hubiera podido evitarse operando simultáneamente ambas lesiones, ha de descontarse de la indemnización debida el tiempo de rehabilitación que en todo caso hubiera exigido la realización correcta de una sola operación (D.46/10).

-Daños morales.

El Consejo ha declarado a este respecto que la fijación del daño moral ha de hacerse *a tanto alzado*, teniendo en cuenta las distintas circunstancias concurrentes en el caso (D.22/10)⁵⁵.

⁵⁵ El D.22/10, en un caso de daños morales producidos a un paciente, bien diagnosticado y tratado en la sanidad pública, pero que acude a la sanidad privada por no ser razonable el tiempo de respuesta ofrecido en la sanidad pública para un tratamiento adicional que precisa, entiende que los gastos en sanidad privada, aunque no proceda la reclamación directa de los mismos, pueden ser tenidos en cuenta, aunque no por su total importe, para la valoración de daños morales, cuando hayan sido causados por la Administración sanitaria; y señala que,

Con este criterio, el Consejo ha estimado que *hay daño moral indemnizable* en: i) la zozobra producida al surgir complicaciones inhabituales y excesivas tras una intervención quirúrgica (D.18/10); ii) en la angustia y preocupación inherente a la práctica de una sigmoidectomía de urgencia en un anciano que presentaba oclusión intestinal y perforación del recto inferior tras la incorrecta autoadministración de un enema prescrito y un sondaje inferior que no lograron disolver un fecaloma obstructivo (D.7/10); iii) en los padecimientos y dolores sufridos por un paciente bien diagnosticado en tratado en la sanidad pública pero que debe acudir a la privada para que le realicen un tratamiento adicional que precisa y para el que la pública no le había ofrecido un tiempo de respuesta razonable (D.22/10); iv) en la certeza del retraso del diagnóstico correcto por no haber practicado a tiempo una prueba diagnóstica necesaria (D.38/10); v) en la zozobra y padecimientos producidos a un joven futbolista por tener que practicarle posteriormente una ligamentoplastia que podía haberse realizado conjuntamente al realizar una previa meniscectomía (D.46/10); vi) en la zozobra y dolor causados a los familiares que atendieron en todo momento a un paciente que fallece tras los padecimientos inducidos por diversos errores médicos (D.63/10); vii) en las molestias y zozobras causadas innecesariamente -no por pérdida de oportunidades terapéuticas, pero sí por error y retraso en el diagnóstico y tratamiento-, a un paciente al que, con los mismos síntomas, primero se le diagnostica colon irritable, luego se le comunica, por error, un diagnóstico de cáncer que era de otro paciente, y, finalmente, se le diagnostica y trata correctamente de la dolencia que padecía, que era la enfermedad de Crohn (D.99/10); viii) en la pérdida de un testículo por un paciente neonato que fue trasladado con retraso al Hospital pediátrico de referencia (D.102/10).

También se ha pronunciado el Consejo sobre algunos aspectos de la *distribución entre los familiares* de la indemnización.

A este respecto, el Consejo ha declarado: i) que ha indemnizarse conjuntamente el daño moral al esposo e hijos de la fallecida, no por título de herencia, sino por vínculo familiar que genera cariño, dolor y angustia por sus sufrimientos y molestias (D.37/10); y ii) que ha de pagarse la indemnización conjuntamente a la hermana de un fallecido y al esposo de la misma, cuñado del fallecido, que atendieron conjuntamente a la víctima (D.63/10).

-Gastos en sanidad privada:

El Consejo parte del principio de que no son indemnizables los gastos producidos por el traslado voluntario del paciente a otro Centro distinto del sanitario público donde podía haber sido atendido, ya que el paciente, por supuesto, tiene derecho a trasladarse voluntariamente a un centro sanitario privado para ser atendido en el mismo, pero asumiendo entonces dicho paciente los gastos correspondientes, sin poder repercutirlos ni exigirlos a la sanidad pública (D.41/10, D.86/10).

Esto dicho, insiste el Consejo en que no debe confundirse el *procedimiento de reclamación de gastos* ex art. 4 del RD 1030/06, sobre *cartera de servicios comunes* del Sistema de la Seguridad Social, precepto encuadrado en el régimen jurídico de la Seguridad Social, por lo que la resolución final que recaiga es recurrible ante la jurisdicción social (ahora reducidos al caso de urgencia vital inmediata sin posibilidad de acceso a la sanidad pública ni de utilización abusiva o desviada de la privada), con el de *reclamación de responsabilidad patrimonial ex LPAC*, que forma parte del Sistema de responsabilidad administrativa cuyo conocimiento compete a la contencioso-administrativa y que, si se cumplen los requisitos generales, comprende no sólo la citada *urgencia vital*, sino también la *denegación injustificada de asistencia* o el *error de diagnóstico* (antes contemplados en la normativa laboral), sino cualquier *otro funcionamiento anormal* del servicio sanitario; pero sin que esto último suponga la existencia de un derecho de opción entre la sanidad pública y la privada, con gastos a cargo de la primera (D.22/10, D.72/10). Por eso, la exclusión del sistema de la

para valorar el daño moral en estos casos, hay que tener en cuenta el ahorro objetivo (aunque no enriquecimiento injusto) que para la sanidad pública ha tenido la asistencia prestada al paciente en la sanidad privada.

Seguridad Social del reintegro de gastos en la sanidad privada (salvo casos de urgencia vital) es tan perfectamente coherente con el sistema de la Seguridad Social como lo es la inclusión de los mismos en el Sistema de responsabilidad general de la Administración cuando concurren los requisitos necesarios para ello (D.72/10).

Respecto a los parámetros típicos de *urgencia vital* y *denegación de asistencia*, el Consejo ha declarado en 2010: i) que no concurre riesgo vital ni denegación de asistencia cuando el paciente es correctamente atendido, diagnosticado y tratado en la sanidad pública, pero precisa un ulterior tratamiento que no le es ofrecido en la sanidad pública en tiempo razonable, por lo que el paciente acude voluntariamente a la sanidad privada, sin perjuicio de indemnizarle los daños morales producidos por esta falta de respuesta en tiempo razonable, pero no por los gastos causados en la sanidad privada, aunque dichos gastos sean tenido en cuenta para valorar en parte dichos daños morales (D.22/10); ii) que no concurre riesgo vital ni denegación de asistencia en paciente correctamente diagnosticado con linfoma indolente folicular no Hodking que, tras 14 semanas de demora en el tratamiento quimioterápico prescrito, debidas en parte a sus negativas a someterse a diversas pruebas, acude voluntariamente para quimioterapia a la sanidad privada (D.33/10); iii) que no concurre denegación de asistencia en paciente correctamente diagnosticado en la sanidad pública de un de bloqueo de rodilla, susceptible de intervención quirúrgica no urgente y posterior rehabilitación programada, que acude voluntariamente a la semana siguiente a la sanidad privada donde es intervenido primero y rehabilitado después (D.72/10).

También debe recordarse que el antes citado D.22/10 admite que los gastos en la sanidad privada puedan tenerse parcialmente en cuenta para la fijación de la indemnización por daños morales causados en la sanidad pública.

Desde luego, en caso de gastos sanitarios privados indemnizables, es preciso aportar las correspondientes *facturas* acreditativas de su pago (D.72/10).

Tampoco debe confundirse este reintegro de gastos en la sanidad privada con la *derivación de un paciente a otro Hospital o Centro sanitario público de referencia*, pero teniendo en cuenta que, en tal caso, los actos médicos de dicho Centro u Hospital son imputables a la Administración sanitaria que dispuso la derivación del paciente (D.41/10).

Otra relación entre Administraciones sanitarias se produce en caso de *traspaso de competencias*, respecto a lo cual el D. 82/10 ratifica su doctrina anterior (D.28/02, D.29/02, D.30/02, D.01/03, D.15/03, D.20/03, D.21/03, D.28/03, D.29/03, D.44/03, D.94/03) en el sentido de que no son imputables a la Sanidad pública riojana los daños derivados de expedientes estatales anteriores al traspaso de las competencias sanitarias con fecha 1 de enero de 2002.

VI. DOCTRINA SOBRE REVISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.

En 2010 el Consejo ha emitido tres Dictámenes sobre revisión de actos administrativos, tres sobre revisión de oficio (D.40/10 y D.96/10) y uno sobre un recurso extraordinario de revisión (D.42/10); si bien podría agregarse a los mismos el D.48/10 sobre nulidad de un contrato privado de la Administración, que hemos analizado al tratar de la doctrina consultiva en materia de contratación. En los casos de revisión, como es sabido, resultaba preceptiva la consulta al Consejo, siendo su dictamen *habilitante* de la revisión pretendida por la Administración, en el sentido de que ésta sólo puede revisar el acto si la opinión del Alto Órgano Consultivo es favorable a ello. Este dictamen versa sobre la observancia del procedimiento y sus garantías, así como sobre la concurrencia de los motivos de nulidad o causas de revisión contemplados en la LPAC (D.40/10, D.96/10).

1. Sobre causas de nulidad de pleno Derecho en general.

El Consejo ha declarado en su D.48/10, con carácter general: i) que las causas de revisión deben ser identificadas y motivadas claramente en el expediente previo determinando las que concretamente afecten al acto que se trata de revisar y probando que las mismas concurren en el caso; que no cabe aludir genéricamente al art. 62 LPAC sino que hay que concretar la causa del mismo que afecta al acto; y iii) que, si, el Consejo Consultivo dictamina que, en el expediente previo, se han citado diversas causas de nulidad, aunque sin concretarlas debidamente, ello debe hacerse en una nueva propuesta de resolución previa una nueva audiencia del interesado, antes de proceder a la revisión del acto.

2. Sobre la causa de nulidad de pleno Derecho del art. 62.1,b) LPAC.

La concurrencia de la *causa del art. 62.1 b) LPAC (actos dictados por órgano manifiestamente incompetente)* ha sido apreciada en el D.48/10 en el acto municipal que autorizó la celebración de un contrato *nummo uno* de arrendamiento por doce años a favor de un particular, suscrito por el Alcalde sobre un bien inmueble municipal sin autorización del Pleno a quien compete autorizar los contratos de más de cuatro años ex arts. 21.1.ñ) y 22.2. n) LBRL (Ley 7/85) y luego *ex la DA 2ª.1 LCS (Ley 30/07)*.

El D.96/10 aclara, *respecto al procedimiento administrativo de revisión y, en concreto, sobre la competencia para adoptar la decisión revisora en la Administración local*, que el art 22.2.k LBRL sólo alude a la declaración de lesividad como competencia del Pleno, pero hay una laguna respecto al órgano competente para la revisión de oficio de los actos del Alcalde, para cuya integración puede acudir a la analogía con el régimen de municipios de gran población (arts 123,1); 124.4 m) y 127.1 k) LBRL), que atribuyen a cada órgano municipal (Pleno, Alcalde, Junta de Gobierno) la competencia para revisar de oficio sus propios actos.

3. Sobre la causa de nulidad de pleno Derecho del art. 62.1,e) LPAC.

El D.40/10 estima que concurre la *causa de nulidad de pleno Derecho del art. 62.1,e) LPAC por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido* en los arts 453 LRL, actual 224.3 TR LRL, y 34.2 de la Ley de Haciendas Locales (TR LHL) para la imposición y ordenación de contribuciones especiales, cuando el Ayuntamiento comienza a ejecutar el acuerdo de realización de obras municipales antes de adoptar el acuerdo de imposición y ordenación de contribuciones especiales que deban financiar tales obras y de posible constitución de la Asociación de contribuyentes que ha de vigilar la ejecución de las mismas si su cuantía excede el coste legalmente señalado. El Consejo entiende que este caso no es de nulidad relativa sino absoluta tal como ha declarado la jurisprudencia (SSTS, 3ª, 18-4-98, 8-4-99; y, 1ª, 23-9-02), aunque el acuerdo de imposición y ordenación de las contribuciones hubiera sido consentido por los afectados.

El D.48/10, en el caso del arrendamiento simbólico antes referido, el Consejo apreció también la concurrencia de la *causa del art. 62.1,e) LPAC*, por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido en la legislación estatal básica patrimonial (107.1 Ley 33/2003) y contractual (5 y 9 LCAP de 2000) y en la autonómica de régimen local de la CAR (182.4 y 184.2 Ley 1/2003) al haber alquilado un bien inmueble municipal por un

céntimo de euro: i) sin la previa depuración sobre si el bien era patrimonial y alienable o demanial y desafectado; ii) sin la previa valoración del bien; y iii) sin la previa justificación de las mejoras u otras razones que expliquen el precio y que éste es superior al 6% del valor venal del bien.

4. Sobre la causa de nulidad de pleno Derecho del art. 62.1.f) LPAC.

Por su parte, el D.96/10 aprecia la *causa del art. 62.1.f) LPAC (adquisición de derechos sin los requisitos esenciales precisos para ello)* en un intrincado asunto consistente en un acto municipal de *contratación laboral de relevo*, adoptado en enero pero ejecutado en julio de 2010, por el que se contrató a una trabajadora para realizar una jornada laboral del 80% anual, como *relevista* de otra (trabajadora *relevada*), a la que, simultáneamente, se contrató a tiempo parcial por la jornada restante (20% acumulable anualmente), a condición de que la Seguridad Social le concediera la pensión por el 80% referido, pensando erróneamente que así sería, ya que, en enero, cumplía con todos los requisitos legales de edad, antigüedad y cotización exigidos por la legislación entonces vigente (arts 12,6 y 7 y DT 17ª LGSS, en la redacción dada por la Ley 40/07, de 4 de diciembre), pero sin tener en cuenta que, en el *interim*, el RDL 8/10, de 20 de mayo, había derogado la precitada Ley 40/07, por lo que la trabajadora, en el momento de solicitar en julio la pensión, ya no reunía los requisitos legalmente necesarios para ello *ex arts 12.6 y 7 LET y 166.2 LGSS*, en la redacción dada por el RDL 8/10.

En dicho D. 96/10, **la mayoría del Consejo** entendió: **A)** que el acto municipal de contratación ambas trabajadores es nulo de pleno Derecho *ex art. 61.1. f) LPAC*, por las siguientes razones: **i)** la vinculación funcional existente entre el contrato de la relevista y el de la relevada pues, aunque la jurisprudencia social del TS (STS 11-3 y 22-2-10) haya sentado que ambos contratos no tienen por qué estar necesariamente vinculados, ello no obsta a que lo estén, como sucede en este caso, habida cuenta, por un lado, de la coincidencia de la jornada de trabajo (el 80% de la total) impuesta a la relevista y dispensada a la relevada; y, por otro, de la exigencia de que ambas coordinasen sus vacaciones anuales; **ii)** la imposibilidad legal sobrevenida de acceder a la jubilación parcial de la relevada por incumplir los requisitos de edad, antigüedad y cotización exigidos para ello por la legislación vigente (arts 12.6 y 7 ET, en relación con el art 166.2 LGSS, en la redacción dada por el RDL 8/10) al pedir la pensión en julio, aunque los cumpliera en enero, ya que es en julio cuando se genera el hecho causante de la prestación solicitada; **iii)** la imposición en el contrato de la relevista de una condición resolutoria por la que éste se extinguiría si, por cualquier causa, se extinguiera la relación laboral con la relevada; **iv)** la celebración del contrato de la relevista con arreglo a una condiciones de jornada y duración que, al estar vinculadas a las de la relevada, también infringen los preceptos citados en el momento de la contratación en julio; y **v)** la duración y jornada del contrato de trabajo de la relevista son requisitos *esenciales* del contrato de relevo (*ex arts 1262 Cc; 8.5 LET, desarrollado por el art 2, b) y f) RD 1659/1998, de 24 de julio*) como también la concesión de pensión a la relevada (STS 11-3-10) y, por tanto, también son requisitos *esenciales* del acto de contratación (y no sólo *necesarios* del mismo), como ha exigido la doctrina del Consejo de Estado (Dict. 1530/02); y **B)** que no debe el Consejo pronunciarse sobre las consecuencias laborales de la nulidad del acto de contratación, por ser ello competencia del Ayuntamiento como empleador y, en su caso, posteriormente de la jurisdicción laboral.

En dicho D.96/10 recayeron **dos votos particulares**, en los que se entiende: **A)** que el Consejo no debió acceder a la declaración de nulidad de pleno Derecho del acto municipal de contratación, por las siguientes razones: **i)** no hay verdadero acto revisable, ya que la decisión municipal de contratar a relevista y relevada no es un acto administrativo sujeto al Derecho Administrativo, sino una decisión empresarial adoptada por el Ayuntamiento en cuanto que patrono y sujeto, por tanto, sólo al Derecho laboral; **ii)** las infracciones de que dicho acto laboral pueda adolecer no pueden ser revisadas de oficio en vía administrativa sino, en su caso, por y ante la jurisdicción laboral; **iii)** tampoco es un *acto administrativo separable* del fondo laboral del asunto, ya que, para ello debía estar regido íntegramente por el Derecho Administrativo, como sucede típicamente con las cuestiones de competencia y procedimiento, mientras que aquí todas las infracciones denunciadas son típicamente laborales y sociales (requisitos de jornada, duración y derecho a pensión); y **B)** en cuanto al fondo del asunto, aunque no es competencia del Consejo ya que no hay acto administrativo revisable, debe resolverse

por el Ayuntamiento acudiendo exclusivamente a criterios jurídico-laborales y, en protección de los derechos de las trabajadoras, bastaría con reputar que la petición de nulidad encierra una reclamación previa a la vía judicial laboral, y resolver ésta en el sentido más favorable a los intereses de las trabajadoras, es decir, declarando, *respecto al contrato de la relevada*, su ineficacia por incumplimiento de la condición de obtención de pensión al que estaba sometido, con el consiguiente abono de los salarios dejados de percibir y regreso al contrato anterior o bien suscribiendo uno nuevo con iguales condiciones que el antiguo; y, respecto al *contrato de la relevista*, no es competencia del Consejo determinar qué debe hacerse, pero el Ayuntamiento debe adoptar una decisión sobre su validez y eficacia que, al estar sujeta al Derecho laboral, podrá ser impugnada ante la jurisdicción social y, en su caso, general una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración.

Sea como fuere, este D.96/10 ha permitido al Consejo sentar la doctrina general *respecto de la causa del art. 62.1.f) LPAC*, de que no todos los *requisitos* para la adquisición de una facultad o derecho merecen la calificación de *esenciales*, pues, como ha señalado el Consejo de Estado (Dict. 2151/09) una interpretación amplia de los mismos comportaría fácilmente una desnaturalización de las causas legales de invalidez, por cuanto la carencia de uno de ellos determinaría la nulidad de pleno derecho, vaciando de contenido no pocos supuestos de simple anulabilidad, lo que representaría un grave peligro para la seguridad jurídica, de suerte que tal *esencialidad* debe quedar reservada para los requisitos más básicos, como los que determinan, en sentido estricto, la adquisición del derecho o facultad de que se trate. Debe, pues, a juicio del Consejo, distinguirse entre requisitos *esenciales* y meramente *necesarios*, pues sólo los primeros pueden fundar una declaración de nulidad de pleno Derecho.

5. Sobre los límites de la revocación.

El D.39/10 recuerda que la revocación de un acto autorizatorio debe conectarse expresamente con la pérdida o falta de cumplimiento de requisitos legales exigidos, pues, si se entendiera de manera autónoma, pudiera suponer una potestad sin límite.

6. Sobre el recurso extraordinario de revisión.

El D.42/10 entiende que no concurre la **causa del art. 118.1.1 LPAC** (*error de hecho*) en un acto de clasificación de una persona en un determinado grado de dependencia, a efectos de la legislación sobre autonomía personal y dependencia; que no tiene por qué corresponderse necesariamente con las clasificaciones que a esa misma persona se le hayan dado a efectos de pensiones de la Seguridad Social (invalidez) ni de minusvalía a efectos de Seguros Sociales, pues -aunque ello no sea fácilmente comprensible por el ciudadano ya que derivan del mismo hecho incapacitante que le afecta-, no son tres sistemas de protección social homogéneos y comunicantes, sino distintos en sus requisitos, baremos, finalidad y efectos, así como en los órganos competentes al respecto, al menos mientras no sean unificados o coordinados por el legislador y en la medida en que lo sean.

VII. DOCTRINA SOBRE MATERIAS CONCRETAS.

1. LA ADMINISTRACIÓN LOCAL.

El Consejo Consultivo de La Rioja es el órgano consultivo superior de toda la Comunidad Autónoma (art. 42 EAR'99) y ello hace que cada vez sea más trascendente su doctrina en materia de Administración local. y, por tanto, también de todas las entidades locales de La Rioja. Por su dimensión constitucional, hemos analizado antes la doctrina consultiva recaída en 2010 sobre el *conflicto en defensa de la autonomía local* y, por conexión material, lo

relativo a las *alteraciones de términos municipales*. Pero el Consejo ha tratado este año otros aspectos concretos, entre los que destacan los siguientes.

A) Régimen local.

Aunque el art. 8.1.36 EAR'99 configura como exclusiva a la competencia en materia de régimen local, no lo es en sentido estricto pues caben en ella competencias, funciones y potestades del Estado central articuladas con arreglo al esquema bases-desarrollo (D.65/10). La LBRL constituye la normativa básica o común denominador normativo en materia de Administración local, en cuanto que el régimen local forma parte del régimen de las Administraciones públicas (STC 214/89); pero, de acuerdo con el modelo de organización territorial descentralizado plasmado en la CE, el régimen local español ha sido "interiorizado" por las CCAA, a las que corresponde la configuración de las Entidades que integran la Administración Local (D.50/10).

B) La autonomía local.

Como demuestra la preceptividad de su dictamen en los procesos constitucionales en defensa de la autonomía local, el Consejo es garante de dicha autonomía y, en concepto de tal, ha formulado en 2010 una importante doctrina general al respecto, especialmente en el D.50/10.

La autonomía local es un derecho constitucional construido con la técnica de las garantías institucionales, cuyo contenido es de configuración legal, si bien las leyes, tanto estatales como autonómicas, que lo delimiten han de respetar los elementos esenciales o núcleo indisponible del autogobierno de los municipios, esto es, de los asuntos que son de interés municipal, para que estas Administraciones sean reconocibles en tanto que entes dotados de autogobierno (D.50/10). Por supuesto, como recuerda el D.20/10, el *concepto de autonomía que se predica de las entidades locales admite muy diversos grados, según las previsiones constitucionales y estatutarias* (Municipios, Provincias, Consejos y Cabildos insulares, Territorios de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla).

El D.50/10 afirma: i) que la autonomía local, es la plasmación organizativa y funcional del principio de autogobierno ciudadano implantado tras la Revolución francesa; ii) que, según el art. 3 de la Carta Europea de Autonomía Local, ratificada por España en 1988, es el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos en el marco de la ley bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes; y iii) que, a diferencia de la posición constitucional de las CCAA y del Estado (arts. 148 y 149), no existe en la CE un listado de competencias susceptibles de atribución a las Provincias, Islas y Municipios. Ahora bien, el TC ha deducido de la garantía abstracta de la autonomía municipal *estándares concretos* con los que confronta las concretas previsiones de las leyes, estatales o autonómicas, sometidas a su juicio. Lo ha hecho, además, desde el punto de vista funcional, esto es, teniendo en cuenta la dimensión sustantiva o competencial, el *ámbito de poder* que cubre a los municipios la *garantía institucional* de su autonomía, que supone el reconocimiento de un "poder decisorio" propio (SSTC 32/81, 170/89, 40/98,) y el "derecho a participar" en la gestión de los asuntos de interés municipal, reconociéndoles potestades y competencias en los distintos asuntos públicos de su interés (D.34/09, D.50/10).

La autonomía local -prosigue el D.50/10- hace referencia a la *distribución territorial del poder* del Estado en el sentido amplio del término, y debe ser entendida como un *derecho* de la comunidad local a participar, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, constituyendo en todo caso un poder limitado que no puede oponerse al principio de unidad estatal (SSTC 4 y 32/81, 27/87, 170/89, o 109/98). Por eso, como ha señalado la STC 159/01, la autonomía local consagrada en el art. 137 CE (con el complemento de los arts. 140 y 141) se traduce en una *garantía institucional* de los *elementos esenciales* o del *núcleo*

primario del *autogobierno* de los entes locales territoriales, núcleo que debe necesariamente ser respetado por el legislador (estatal o autonómico, general o sectorial) para que dichas Administraciones sean *reconocibles* en tanto que entes dotados de autogobierno. En suma, para el D.50/10 la autonomía local está construída con la técnica de la *garantía institucional*, por lo que opera como un límite para la libertad configuradora del legislador ordinario, cumpliendo así una finalidad protectora de aquellas instituciones que, como la Administración local, son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional.

Ahora bien, el D.50/10 recuerda que la *garantía institucional* es una técnica de interpretación constitucional elaborada por la doctrina alemana para suplir –en el contexto del Derecho constitucional de principios del siglo XX–, la falta de mecanismos de protección de los derechos y libertades fundamentales y para afirmar la supraordenación de la Constitución sobre la ley ordinaria. Esta doctrina –en un contexto bien diferente, aunque con la misma finalidad protectora frente al legislador, dado el laconismo de la CE sobre la autonomía local– fue asumida por nuestra doctrina y por la STC 32/81, caso de las Diputaciones provinciales catalanas, frente a un caso evidente de vaciamiento competencial intentado por el legislador catalán.

El problema que plantea la interpretación del significado de la autonomía municipal es que, salvo su *reconocimiento y declaración*, nada establece la CE respecto de su *alcance y contenido*, pues no determina cuáles son esos intereses propios para cuya gestión es reconocida. En este sentido, el D.50/10 parte de la afirmación de que autonomía no es soberanía, sino un poder limitado en el marco de la ley (STC 4/81); por ello, las entidades locales son poderes públicos que participan en la distribución vertical del poder, graduándose la misma en función de los intereses locales que concurren los respectivos ámbitos. Como ha señalado la STC 159/01, en la medida en que el constituyente no predeterminó el contenido concreto de la autonomía local, el legislador constitucionalmente habilitado para regular materias de las que sea *razonable* afirmar que formen parte de ese *núcleo indisponible* podrá, ciertamente, ejercer en uno u otro sentido su *libertad inicial de configuración*, pero no podrá hacerlo de manera que establezca un contenido de la autonomía local incompatible con el marco general perfilado en los arts. 137, 140 y 141 CE. En resumen, concluye el D.50/10 que, so pena de incurrir en inconstitucionalidad por vulneración de la garantía institucional de la autonomía local, el legislador tiene vedada toda regulación de la *capacidad decisoria* de los entes locales respecto de las materias de su interés que se sitúe por debajo de ese umbral mínimo que les garantiza su participación efectiva en los asuntos que les atañen y, por consiguiente, su existencia como reales instituciones de autogobierno (SSTC 159/01, 51/04, 252/05 y 40/06).

El D.92/10 hace una aplicación concreta de las doctrinas anteriores, al concluir que un reglamento sectorial (educativo en el caso) no puede habilitar a un Consejero para determinar las condiciones en que las entidades locales han de prestar un servicio porque, *ex art. 25.3 LBRL*, sólo la ley puede determinar las obligaciones concretas de los entes locales.

C) El patrimonio local.

En materia de bienes de las entidades locales, el D.48/10 sienta la *doctrina de la destinación fáctica*, consistente en que, con arreglo a la “perspectiva del metro cuadrado” de que habló Hauriou, debe depurarse si un concreto bien es demanial o patrimonial, ya que puede haber sido desafectado fácticamente, pues, con independencia de su calificación urbanística, los bienes municipales tienen la naturaleza que resulta de su afectación efectiva al uso o servicio público, debidamente acreditado por el Inventario de bienes o, en su caso, por el Registro de la Propiedad. Esta doctrina permite solventar el problema de la *utilización por particulares*, ya que, si los bienes son demaniales no desafectados, sólo cabe por concesión demanial; pero, si son patrimoniales, caben contratos privados de la Administración sobre ellos regidos por la legislación básica de patrimonio de las Administraciones públicas y por la legislación patrimonial de la CA respectiva (D.48/10).

D) La Policía local.

En materia de coordinación de Policías locales, el alcance de las potestades autonómicas está delimitado por la LO 2/86, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, que enmarca las leyes autonómicas en la materia, pero comprende la regulación y gestión del procedimiento unificado de los concursos de movilidad y de los procedimientos unificados de acceso a plazas de Policías locales de aquellas entidades locales que hayan delegado en la CAR el ejercicio de la potestad de realizar y gestionar tales convocatorias (D.65/10). Precisamente, el referido D.65/10 analiza diversos aspectos del *régimen jurídico* de la Policía local a propósito de una disposición general reguladora del *sistema de acceso* a la misma en la que se trata de conjugar las competencias de las entidades locales sobre su propia Policía y las de coordinación que competen a la CAR.

El D.65/10 comienza analizando la *competencia* autonómica, pues, aunque el art. 8.1.36 EAR'99 la configura como exclusiva, no lo es en sentido estricto pues caben en ella competencias, funciones y potestades del Estado central articuladas con arreglo al esquema bases-desarrollo; y es que, en materia de coordinación de Policías locales, el alcance de las potestades autonómicas está delimitado por la LO 2/86, de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, que enmarca las leyes autonómicas en la materia.

Pero el núcleo del D.65/10 es el *procedimiento de acceso* a la Policía local ⁵⁶, respecto al que afirma: i) que la competencia para convocar, seleccionar y determinar las vacantes de turno libre y restringido corresponde a las entidades locales que, para crear estos Cuerpos, pueden asociarse o mancomunarse; ii) que la CAR tiene competencia para determinar bases y programas mínimos, regular la formación previa y coordinar los procesos de movilidad; iii) que las entidades locales pueden delegar en la CAR la convocatoria y la gestión de todo o parte del proceso selectivo, incluso mediante concursos unificados para garantizar la coordinación en la materia; iv) que dicha delegación debe estar sujeta a plazos para posibilitar la racionalidad, el orden y secuencia de las convocatorias unificadas y permitir así el logro de las finalidades de la norma; v) que la CAR tiene competencia para regular los concursos unificados de movilidad y el procedimiento de selección unificada de las entidades locales que le hayan delegado el ejercicio de la potestad de convocatoria y gestión del proceso selectivo; vi) que el plazo para resolver estos procedimientos no debería exceder de un mes; vii) que el número de aprobados no puede exceder el de plazas convocadas más el de las vacantes que resulten del proceso previo de movilidad y las que se hayan producido y comunicado por las entidades locales durante el proceso selectivo; viii) que cabe la admisión voluntaria al curso de formación de personas no presentadas al proceso selectivo o no aprobadas en el mismo, pero a los solos efectos de poder ser nombrados funcionarios interinos; y ix) que estos Cuerpos son jerarquizados, pero no puede crearse una categoría superior sin que existan sus inferiores y siendo obligatoria la Escala Básica.

Por otra parte, el Consejo ha mostrado su disfavor en 2010 sobre la posibilidad de *policías locales interinos* y de la *asociación, sindicación y afiliación política* de los policías locales.

En cuanto al polémico asunto de la posibilidad de que existan *funcionarios de policía interinos*, el Consejo Consultivo, pese a la autorización contenida en el art. 55 de la Ley 5/10 y en la STS de 12-2-1999, insiste en su postura de disfavor respecto a la figura de los policías interinos, en base a la reserva de las funciones de autoridad a los funcionarios de carrera (art 99.2. Ley 7/85, actual DA 2ª Ley 7/07), máxime cuando se trata de funcionarios que llevan armas, por lo que cree que esta figura no debe existir o, a lo sumo, ser excepcional (D.7/99; D.65/10).

⁵⁶ Téngase en cuenta que, con arreglo a la compleja normativa vigente, el sistema de acceso es por oposición, con un posterior curso de formación unificado, tras el cual se produce el nombramiento de funcionarios en prácticas, aunque cabe acceder por turno restringido y, en todo caso, las plazas ofertadas son las ofrecidas (en turno libre y restringido) por las entidades locales, más las que resulten del previo proceso de movilidad y las vacantes producidas y comunicadas a la CAR por las entidades locales durante el desarrollo del proceso, para cuya materialización se realizan concursos anuales centralizados. No deben confundirse los *procesos de selección*, incluso mediante turno restringido, que son para acceder a la función pública (plazas), con los *procesos de movilidad* para proveer puestos de trabajo, si bien la convocatoria unificada de la provisión de puestos debe ser previa a la, también unificada, para la provisión de plazas.

En la misma línea de desfavor, sobre la *asociación, sindicación y afiliación en partidos políticos* por parte de policías locales, el Consejo afirma que está permitida por el art. 39 de la Ley 5/10, de Coordinación de Policías Locales de La Rioja, que es de dudosa constitucionalidad ya que la Policía Local es instituto armado de naturaleza civil ex art. 52.1 LO 2/86 LCFSE y tal asociacionismo no parece compatible con la neutralidad e imparcialidad que deben regir sus actuaciones (D.65/10).

2. LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS DE LA RIOJA.

El marco competencial de la CAR ha ocupado buena parte de la labor consultiva del Consejo en 2010. Con carácter *general*, el Consejo ha declarado: i) que las competencias de la CA no las atribuye la legislación del Estado, se tienen por el Estatuto de Autonomía, aunque algunas se ejerzan en el marco y con el alcance que establezca la legislación estatal (D.78/10); ii) que los Reales Decretos llamados *de transferencias* no son título atributivo de las mismas sino del mero traspaso de medios personales y materiales para ejercer las que la CA asume por virtud de su Estatuto de Autonomía (D.54/10, D.92/10, D.93/10); iii) que las competencias de la CAR se ciñen a su propio territorio, ya que si una materia afecta a territorios de otras CCAA, la competencia es estatal, aunque la mayor parte afecte a una de ellas, sin perjuicio de que el legislador autonómico deba tener en cuenta las disfunciones que ello puede ocasionar (D.89/10). Pero, sobre todo, el Consejo se ha pronunciado sobre las siguientes competencias *en concreto*.

A) En materia de acción exterior, emigración y cooperación al desarrollo.

La CAR tiene competencia exclusiva en materia de desarrollo comunitario *ex art. 8.1.31 EAR'99*, que comprende la protección a los emigrantes y también la acción exterior o cooperación internacional y la cooperación de la CAR al desarrollo (D.61/10 que reitera la doctrina del D.1/96).

B) En materia de agricultura, ganadería e industrias agroalimentarias.

Es una competencia exclusiva *ex art. 8.1.19 EAR'99* (D.2/10, D.54/10, D.89/10) que comprende la de: i) dictar un reglamento sobre registro de explotaciones agrarias (D.89/10); ii) regular el Registro de Industrias Agrarias y Agroalimentarias en la CAR (D.2/10) y iii) regular los aprovechamientos de pastos y recursos pastables de la CAR (D.91/10). El D.54/10 analiza la normativa comunitario-europea, estatal y autonómica riojana en materia de calidad agro-alimentaria y las relaciones internormativas complejas existentes en la materia (D.54/10).

La submateria *Denominaciones de Origen y sus Consejos Reguladores*, es competencia exclusiva *ex art. 8.1.20 EAR'99*, en colaboración con el Estado (D.54/10) y comprende la de creación y regulación de la Denominación de Origen Protegida "Aceite de La Rioja", cuestión analizada en el D.54/10 que advierte de: i) la conveniencia de ceñir el ámbito espacial de la norma reguladora a las zonas concretas de producción o actividad y no a toda la C.A; y ii) de la insuficiencia de rango de su regulación provisional por Orden, especialmente en materia sancionadora.

En cuanto a la submateria de *pastos*, como quiera que la competencia de la CAR en esta materia es de desarrollo legislativo y ejecución, *ex art. 9.11 EAR'99*, procede recurrir en este caso al *concepto material de bases* y deducir las mismas de la legislación estatal en la materia, comprendida en la Ley de 7-10-1938, de pastos, hierbas y rastrojeras, y a su Reglamento, aprobado por Decreto 1256/1969, de 6 de junio, si bien estas cuestiones se regulan en la CAR por la Ley 4/2009, de 20 de octubre, de aprovechamientos de recursos pastables, que respeta tanto la autonomía local como las bases que materialmente se deducen de la Ley estatal de 7-10-1938, de pastos, hierbas y rastrojeras, y de su Reglamento, aprobado por Decreto 1256/1969, de 6 de junio, normas ambas que resultan, en consecuencia, desplazadas (D.91/10).

C) En materia de promoción del deporte y de la adecuada utilización del ocio y espectáculos.

Es competencia exclusiva de la CAR *ex art.* 8.1.27 y 29 EAR'99 (D.43/10) y comprende las de: i) trasponer la Directiva *Bolkestein* o de Servicios (Dva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre) en materia de deporte (D.35/10); y ii) regular la asistencia médica en el deporte (D.43/10).

D) En materia de Derecho Privado.

El Derecho Privado es competencia exclusiva del Estado *ex art.* 149.1.8 CE, por lo que la CAR no puede regular la rescisión por fraude de acreedores ni adoptar medidas administrativas al respecto (D.44/10).

E) Educación.

Es competencia compartida (de desarrollo normativo y ejecución) *ex art.* 10.1 EAR'99, sin perjuicio de las competencias estatales al respecto y en el marco de la legislación básica estatal en la materia *ex art.* 149.1.30 CE (D.8/10, D.10/10, D.11/10, D.12/10, D.13/10, D.14/10, D.15/10, D.66/10, D.68/10, D.90/10, D.92/10, D.93/10, D.106/10, D.107/10).

Ahora bien, es precisa la *delimitación* de esta competencia en las submaterias de: i) *formación de profesionales sanitarios*, donde la competencia educativa entra en juego junto con la de sanidad (D.78/10); ii) *Formación Profesional*, donde ha de tenerse en cuenta que el Estado ha dictado la Ley 5/02, de Cualificaciones y FP, desarrollada por el RD 1558/05, cuyo marco normativo ha de ser respetado por los reglamentos autonómicos al respecto (D.90/10); iii) intervención integral de *la Atención Temprana* en La Rioja, cuya regulación se ampara tanto en las competencias educativas de la CAR como en las existentes en materia de servicios sociales y de salud (D.105/10).

Esto dicho, la competencia educativa comprende, en cuanto a su *ámbito material*, las de: i) ordenación de las enseñanzas de los Ciclos Formativos de FP y su aplicación a la CAR (D.66/10); ii) regulación del currículo de los ciclos formativos de Técnicos en diversas especialidades de FP (D.8/10, D.10/10, D.11/10, D.12/10, D.13/10, D.14/10, D.15/10); iii) aprobación en la CAR de los currículos de la Educación Primaria (D.106/10) y ESO (D.68/10; D.107/10); iv) regulación de los Centros Integrados de FP, en el marco de la Ley estatal 5/02, de Cualificaciones y FP, desarrollada por el RD 1558/05 (D.90/10); v) la reglamentación de los Centros de Educación Obligatoria en la CAR (D.92/10); vi) la reglamentación de los Centros de Educación de Personas Adultas en la CAR (D.93/10).

Respecto a la *Educación Primaria*, el D.106/10 efectúa un análisis sobre si el proyecto de Decreto autonómico de 2010 que aprueba el Currículo de la Educación Primaria respeta o no la normativa básica estatal al respecto contenida en el RD 1513/06, concluyendo que: i) sí lo respeta en general, aunque la redacción sea distinta, ya que la jurisprudencia (STSJ Madrid 6-10-08 y STS 5-7-10) admite que dicho respeto no puede significar la trasposición literal del RD ni la reproducción literal de sus preceptos, siempre que se respeten los objetivos marcados por la normativa básica; ii) que también lo respeta cuando, en la asignatura de Religión, sujeta a los Centros a la opción de los padres o tutores al comienzo de cada Etapa pero pudiendo variarla al comienzo de cada curso como requiere la normativa básica; iii) que también lo respeta en cuanto sujeta a los Centros a los criterios de la Consejería, puesto que la normativa básica habilita a la Consejería para fijarlos con carácter general en toda la Etapa y ello no agravia las autonomía de los Centros en una concreta asignatura de la

misma; iii) el Consejo no puede entrar los criterios de evaluación y los contenidos de las distintas disciplinas por ser cuestión técnica que escapa al ámbito estricto de la legalidad.

En cuanto a la *Educación Secundaria Obligatoria (E.S.O.)*, el D.107/10 analiza si el proyecto de Decreto autonómico de 2010 que aprueba el Currículo de la ESO respeta o no la normativa básica estatal al respecto contenida en el RD 1631/06, concluyendo que: i) sí lo respeta en general, aunque la redacción sea distinta, ya que la jurisprudencia (STSJ Madrid 6-10-08 y STS 5-7-10) admite que dicho respeto no puede significar la trasposición literal del RD ni la reproducción literal de sus preceptos, siempre que se respeten los objetivos marcados por la normativa básica; iii) que también lo respeta cuando, en la asignatura de Religión, sujeta a los Centros a los criterios de la Consejería, puesto que la normativa básica habilita a la Consejería para fijarlos con carácter general en toda la Etapa y ello no agravia las autonomías de los Centros en una concreta asignatura de la misma; iii) no lo respeta en lo relativo a la enseñanza de la dimensión humana de la sexualidad en toda su diversidad; iv) el Consejo no puede entrar los criterios de evaluación y los contenidos de las distintas disciplinas por ser cuestión técnica que escapa al ámbito estricto de la legalidad.

Sobre la *Formación Profesional*, vige la normativa estatal vigente en la materia (LO 5/02, de Cualificaciones y de la FP; LOE 2/06 (LOE); RD1538/06, sobre FP; y RD 1128/03, sobre Catálogo de Cualificaciones), el D.66/10 concluye que cabe regular en un Decreto las características generales de los ciclos formativos de FP y dejar para una Orden posterior la determinación del currículo de cada uno de sus títulos (D.66/10); si bien hubiese sido preferible regular antes la estructura básica de los títulos de FP que la normación de algunos de ellos en concreto (se refiere a los proyectos objeto de los D.8/10, D.19/10,D.11/10, D.12/10, 13/10, D14/10 y D.15/10).

F) En materia de espectáculos públicos y actividades recreativas.

El D.39/10 afirma que se trata de una competencia exclusiva ex art. 8.1.29 EAR'99, que comprende las de: i) dictar una Ley reguladora de esta materia; ii) determinar los espectáculos públicos y actividades recreativas y establecimientos que, por su naturaleza o aforo, deban implantar medidas o servicios de seguridad, así como las características de esas medidas o servicios; y iii) establecer y regular la habilitación y funciones del personal de control de acceso a los espectáculos públicos y actividades recreativas y, en concreto, de salas de fiesta, baile y discotecas.

G) En materia de función pública.

El D. 98/10, partiendo de que es competencia compartida (de desarrollo normativo y ejecución) con el Estado central (que dicta la legislación básica), ex art. 31.5 EAR'99, afirma que comprende, junto la competencia en materia de sanidad ex art. 9.5 EAR'99, la competencia para regular el sistema de selección de personal estatutario y de provisión de plazas y puestos en el Servicio Riojano de Salud.

H) En materia de industria.

Teniendo en cuenta que es una competencia exclusiva ex art. 8.1.11 EAR'99, pero enmarcada en otras básicas del Estado, el D.23/10 sostiene que comprende la de dictar un reglamento regulador del régimen económico de los derechos de alta y otros servicios relacionados con el suministro de gas natural por canalización, en desarrollo del art. 91.3 de la Ley básica estatal 34/1998, del Sector de Hidrocarburos.

I) En materia de juego.

Esta competencia exclusiva de la CAR ex arts. 8.1.10 y 26.1 EAR'99, comprende la de transponer la Directiva *Bolkestein* o de Servicios en materia de juego (D.35/10).

J) En materia de legislación laboral.

Se trata de una competencia de ejecución ex arts. 149.1.7 CE y 11. 2 y 3 EAR'99 que comprende la de trasponer la Directiva *Bolkestein* o de Servicios en materia laboral (D.35/10).

K) En materia de organización administrativa.

La auto-organización de la propia Administración es una competencia exclusiva ex arts. 8.1.1 y 2 y 26.1 EAR'99 que no debe ser confundida con la competencia ex art. 8.1.1 para la auto-organización de las propias instituciones de autogobierno (D.2/10, D.6/10, D.52/10). En su vertiente administrativa comprende las de: i) implantación de un *Registro administrativo* (D.89/10); ii) regulación del Registro en general en el ámbito de la CAR y sus Organismos Autónomos (D.6/10); y iii) la creación y regulación de un órgano consultivo en materia de cooperación al desarrollo y solidaridad internacional (D.61/10).

L) En materia de los Presupuestos, su control e intervención.

La elaboración y control de los presupuestos es competencia hacendística atribuida ex arts. 48 a) y 56 EAR'99, que tiene su plasmación orgánica en la Intervención General, pero la organización y funcionamiento de ésta se ampara en el título ex art. 26 EAR'99 (organización) y no en el art. 8.1.1 (instituciones de autogobierno) EAR'99 (D.52/10).

M) En materia de sanidad e higiene.

Se trata de una competencia de desarrollo normativo y ejecución ex art. 9.5 EAR'99 que comprende las de: i) trasponer la Directiva *Bolkestein* o de Servicios en materia de sanidad ex art. 9.5 EAR'99 (D.35/10); ii) regular, al amparo también de la competencia en materia de educación ex art. 10.1 EAR'99, el sistema de formación sanitaria especializada en la CAR (Jefaturas de Estudios, Comisiones de docencia, tutorías, etc), en el marco de la normativa estatal al respecto (Ley 44/03, de Ordenación de Profesiones Sanitarias; RD 183/08, de Especialidades en Ciencias de la Salud; Orden SCO 581/08, sobre Comisiones de docencia) y en materia de títulos profesionales (D.78/10); iii) regular, al amparo también de la competencia en materia de función pública ex art. 31.5 EAR'99, el sistema de selección de personal estatutario y de provisión de plazas y puestos en el Servicio Riojano de Salud (D.98/10); y iv) regular, al amparo también de las competencias en materia de servicios sociales y de educación, la intervención integral de la Atención Temprana en La Rioja (D.105/10).

N) En materia de Seguridad social.

La Seguridad Social es competencia estatal ex art. 149.1.17 CE, por ello no ofrece duda la existencia de título competencial estatal suficiente para establecer la suspensión de la revalorización de pensiones por una disposición legal que, como un RDL, es singular o excepcional, esto es, según dice el artículo 4.2 del Código civil, no aplicable a supuestos ni momentos distintos de los comprendidos expresamente en ella (D.62/10).

Ñ) En materia de Servicios Sociales, Asistencia Social y Desarrollo comunitario.

Estas materias son competencia exclusiva de la CAR *ex art.* 8.1.18 EAR'82 y 8.1.30 y 31 EAR'99, por ello el Consejo (D.29/10, D.30/10, D.35/10, D.44/10, D.73/10, D.81/10, D.100/10, D.105/10) entiende que, como hemos expuesto antes, es dudosamente constitucional, sorprendente y peligroso 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, cuando dicho precepto constitucional, tiene la interpretación estricta que también hemos expuesto en su lugar.

Esta competencia comprende la regulación i) de los Centros de días para personas dependientes (D.29/10); ii) del Servicio de teleasistencia a personas dependientes (D.30/10); iii) de la trasposición de la Directiva *Bolkestein* o de Servicios en materia de juventud *ex art.* 8.1.31 EAR'99 (D.35/10); iv) del sistema de acceso a plazas públicas en Centros residenciales para personas mayores dependientes del Sistema Riojano para la autonomía personal y la dependencia (D.44/10); v) del procedimiento de acceso a los recursos especializados de atención diurna, centros de día y ocupacionales para discapacitados del sistema riojano para la autonomía personal y la dependencia (D.73/10); y vi) de la intervención integral de la Atención Temprana en La Rioja, pero al amparo también de las competencias en materia de salud y educación (D.105/10).

O) En materia de tasas y precios públicos.

Se trata de una competencia de las CC.AA *ex arts.* 133 CE y 7 LOFCA, tal y como ha sido interpretado por STC 185/95, que comprende la de determinar, por Decreto autonómico (cfr. Decreto 87/03, modificado por Decretos núms. 59/04, 25/06 y 130/07), en desarrollo del art. 36.1 de la Ley 6/2002, de 18 de octubre, de Tasas y Precios públicos de la CAR, las categorías de bienes, servicios y actividades susceptibles de ser retribuidos mediante precios públicos (D.88/10)⁵⁷. Sin embargo, la fijación de tasas está reservada a la ley (D.2/10).

P) En materia de turismo.

Es competencia exclusiva *ex art.* 8.1.9 EAR'99 que el D.101/10 analiza especialmente al tratar sobre el *reglamento previsto para trasponer la Directiva Bolkestein* o de servicios al sector turístico, destacando: i) la gran incidencia de la misma en el sector turístico debido a la sustitución de las técnicas tradicionales de registro, autorización y control previo administrativo por las de control posterior tras una mera comunicación o declaración responsable; ii) la lenta trasposición de la misma hasta la Ley 17/09 (“Ley paraguas”) y la gran labor del Grupo de Trabajo organizado para su trasposición en el sector turístico; y iii) las principales novedades que comporta en dicho sector, como la clasificación potestativa de establecimientos, la exposición y no notificación previa de precios, la posibilidad de actividades múltiples por las agencias de viajes, el libre ejercicio de la profesión de Guía turístico, entre otras. Por ello, el citado D. 101/10 critica la falta de justificación suficiente, a

⁵⁷ El concepto de precio público (ingreso no tributario en contraprestación de servicios, actividades o entregas que, realizados también por el sector privado, sean efectuados por la Administración en régimen jurídico-público a solicitud voluntaria de los particulares), se contiene en el art. 35 de la Ley 6/02 precitada. El D. 88/10 señala los aspectos que distinguen el precio público de la tasa: i) existencia de un servicio, actividad o entrega solicitada voluntariamente por el particular; ii) prestación por sector público; iii) en régimen de Derecho público; i iv) siendo prestado también por el sector privado.

la vista de la Directiva *Bolkestein*, del mantenimiento de la técnica de la autorización administrativa previa en ciertas actividades (como la clasificación de establecimientos turísticos, la instalación de camas supletorias, las habitaciones que den a patio interior o el establecimiento de agencias de viaje extranjeras) frente a la posible exigencia de una mera declaración responsable de cumplir los requisitos exigidos para cada una de ellas, susceptible de control e inspección posterior por la Administración.

VIII. OTROS ASUNTOS ANALIZADOS POR EL CONSEJO CONSULTIVO EN 2010

1. La actividad convencional de la Administración.

En cuanto a los *Convenios de colaboración con entidades públicas o privadas para el fomento de actividades de interés público*, el Consejo ha afirmado la competencia (*ex art 42 1 k Ley riojana 8/03*) del Gobierno para su aprobación y de los Consejeros, por delegación del Gobierno, para su firma (D.90/10). Sin embargo, los Directores de los Centros de FP sólo son competentes para *proponer* la firma de Convenios interadministrativos y para, con aprobación del Consejo Social del Centro, *firmarlos* con entidades privadas, como expresión de la autonomía del Centro (D.90/10).

2. La jubilación parcial con contrato laboral de relevo.

El Consejo ha analizado en el D. 96/10 el régimen y naturaleza jurídica del *contrato de relevo*, que es una modalidad contractual laboral que surge cuando un trabajador llamado *relevado*, que reúne las condiciones de edad, antigüedad y cotización exigidas por la legislación laboral y de Seguridad Social vigente (arts. 12 6 y 7 LET y 166.2 LGSS), extingue su contrato y suscribe otro a tiempo parcial, mientras percibe una pensión de *jubilación parcial* por el resto de la jornada a cargo de la Seguridad Social, y, simultáneamente, se contrata a otro trabajador llamado *relevista* que suscribe otro contrato a tiempo parcial por el tiempo restante u otro mayor.

Tras esta delimitación conceptual, el Consejo ha declarado: i) que, según la jurisprudencia laboral (STS 11.5 y 22-2-10), ambos contratos normalmente están vinculados y son interdependientes, pero no necesariamente, como sucede si el del relevista es de mayor duración o jornada que el del relevado; ii) que los contratos temporales del relevado y el relevista están vinculados cuando la jornadas y duración de uno corresponden exactamente con las del otro e incluso las vacaciones están coordinadas; iii) que las decisiones sobre validez y eficacia de los contratos de trabajo de relevista y relevado son competencia del empleador, que puede ser una Administración, y, en su caso, de la jurisdicción laboral, no de la Administración como tal y, por consiguiente, del Consejo Consultivo, salvo que exista un acto separable que pueda ser revisado de oficio; y iv) que, en todo caso, son requisitos o elementos esenciales y necesarios de estos contratos, como, en general de todos los laborales, la duración y la jornada (arts 1262 Cc y 8.5 LET, en relación con el art. 8.5 RD 1659/1998, de 24 de julio, sobre información al trabajador de los elementos esenciales del contrato).

3. La tutela frente al ruido.

En el D.85/10, el Consejo ha declarado: i) que, como ha reconocido la jurisprudencia del TEDH y de nuestros más altos tribunales, el ruido puede afectar a los derechos fundamentales a la intimidad privada y familiar, sin necesidad de que constituya un atentado al medio

ambiente o de que ponga en peligro la salud; ii) que puede seguirse la *doctrina del estándar del ruido admisible según las Ordenanzas municipales*; y iii) que es admisible la *doctrina de la irrelevancia de la autorización administrativa previa*, pues los ruidos desahorados y persistentes, aunque deriven del desarrollo de una actividad lícita para la que se cuente con la oportuna autorización administrativa, dejan de ser admisible cuando traspasan ciertos límites, de modo que dicha autorización no es bastante para entender que fue otorgada ponderando un justo y equitativo equilibrio entre el interés general y los derechos de los afectados.

4 La función pública.

En 2010, el Consejo se ha pronunciado sobre diversos aspectos del régimen funcional con la doctrina que se extracta seguidamente:

-*Acceso*. El D.65/10 declara que: i) cuando se emplee la denominación *cursos* como mérito ponderable en un proceso selectivo, debe aclararse si son cursos *impartidos* por el interesado o cursos *recibidos* por el mismo; y ii) que el límite de no poder aprobar a un número superior de aspirantes al de plazas convocadas sólo opera en la fase de propuesta definitiva, no en las fases y ejercicios anteriores de las pruebas selectivas.

-*Retribuciones*. El D.62/10 analiza la trascendental cuestión de si el RDL 8/10 puede rebajar las retribuciones de los funcionarios públicos y, al respecto, sienta la siguiente doctrina.

1º.- La fijación de las retribuciones está reservada a la LPGE.

En efecto, las SSTC 202/03, 1/03, 37/02 y 222/02 han considerado conforme a la CE (ex arts. 149.1. 13 y 18 y 156.1) la fijación por la LPGE de cada ejercicio de las retribuciones de los funcionarios públicos con carácter vinculante para las CCAA, que es el sistema que arbitró la Ley 30/84 y que sigue estableciendo el vigente EBEP (Ley 7/07). De ello resulta la constitucionalidad del sistema arbitrado por el EBEP, en el que las retribuciones básicas (sueldo y trienios) de los funcionarios al servicio de cualquier Administración son las que fije para cada ejercicio la LPGE (art. 23 EBEP) y las complementarias (a las que se ciñe la posibilidad de tener políticas propias) las que fije, en el caso de las CCAA su propia LPG (art. 24 EBEP).

2º.- Consiguiente exclusión de su fijación por RDL.

En consecuencia, el Consejo estima una posible inconstitucionalidad de la DA 9ª del RDL 8/10, de medidas de reducción del déficit público, al no aplicar las reducciones salariales establecidas con carácter general al personal no directivo de determinadas Sociedades mercantiles de fundación pública y Entidades públicas empresariales, ya que se trata de una norma con rango de ley que realiza una exclusión o derogación singular de sus propios preceptos, lo que ha sido considerado contrario a la CE por SSTC 213, 220 y 259/88, 148/91 y 159/01. Además, por RDL no se pueden alterar las retribuciones funcionariales establecidas cada año por la LPGE: i) por la reserva de ley (LPGE) ex art. 135.1 y 5 CE; ii) por ser la retribución contenido esencial del derecho al trabajo ex art. 35 CE, en relación con el art. 53.1 CE; y iii) por pertenecer al estatuto funcional ex art. 103.3 CE, tal y como especifican los arts 14 d) y 21 EBEP, pues tal *estatuto*, como su propio nombre indica, constituye una garantía de los correspondientes derechos para los titulares de éstos, que incluye el régimen y la entidad de sus retribuciones, en lo cual enlazan directamente con el contenido esencial del derecho al trabajo ex art. 35 CE y con la garantía de la *seguridad jurídica* ex art. 9.3 CE.

3º.- Necesario respeto a los Acuerdos fruto de la negociación colectiva.

Un RDL puede estimar que concurren circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad ex art. 38.10 EBEP, para suspender la aplicación del vigente Acuerdo para la función pública entre el Gobierno y los Sindicatos, *salvo en materia retributiva* donde la reserva de LPGE (cfr. art 21 EBEP) hace que el RDL deba

interpretarse en el sentido de que se limita a posibilitar el abandono del Acuerdo en la futura LPGE, pero no por otra Ley ni menos por un RDL.

4º.- Las retribuciones forman parte del *contenido esencial* del derecho al trabajo ex art 35 CE y del estatuto de los funcionarios ex art. 103.3 CE.

Tal *estatuto*, como su propio nombre indica, es una garantía de los correspondientes derechos para los titulares de éstos, que incluye el régimen y la entidad de sus retribuciones, en lo cual enlazan directamente con la garantía de la *seguridad jurídica* ex art. 9.3 CE.

5º.- *Garantía anual de sus cuantías.*

Naturalmente, tal *régimen estatutario*, que incluye lo relativo a las retribuciones, aprobado por ley, puede igualmente cambiarse por ley (siempre, eso sí, respetando, también en materia retributiva, el *contenido esencial* del derecho al trabajo: art. 53.1 CE). Pero sucede que el propio art. 21 EBEP establece, como parte del derecho a percibir las correspondientes retribuciones (art. 14.d) EBEP), que las cuantías de las retribuciones básicas y el incremento global de las complementarias no puede ser otro que el fijado por la LPGE *para cada ejercicio presupuestario*, es decir, para cada año ex art. 134.2 CE, lo que supone que los funcionarios y el personal al servicio de las Administraciones públicas tienen, como parte de su régimen estatutario, los derechos retributivos, fijados en su cuantía *para cada año* en dicha LPGE. Esto constituye indudablemente una *garantía* adoptada en aras de la *seguridad jurídica* de sus destinatarios que el legislador ha adoptado como *contenido esencial* del derecho regulado. Ciertamente, tal garantía es *anual*, porque consiste, no en que no pueda cambiarse la fijación de la cuantía de las retribuciones, incluso eventualmente reduciéndolas, sino en que tal cambio sólo puede hacerse al aprobar, para un ejercicio presupuestario posterior, la correspondiente LPGE. En último término, lo que ocurre es que la aprobación de la cuantía de las retribuciones básicas a percibir por los funcionarios y el personal al servicio de las Administraciones públicas por la LPGE de cada año genera para aquéllos un *derecho de crédito* y para el Estado, las CCAA y demás Administraciones públicas vinculadas por lo en ella dispuesto, una *obligación o deber de pago*, siendo uno y otra de *cumplimiento periódico* (mensual) pero de *duración anual* (o superior, en caso de prórroga presupuestaria ex art. 134.4 CE). En consecuencia, la cuantía de esos derechos de crédito y obligación anual no puede ser otra, hasta su extinción por su pago o cumplimiento, que la que resulta de la legislación vigente en el momento de su nacimiento, que conforma su cuantía y percepción para todo el ejercicio presupuestario del año correspondiente (art. 21 EBEP); por lo que la disminución de esa cuantía a partir de cierto mes ordenada por RDL supone una reducción sobrevenida en la consistencia de las prestaciones que son objeto de un derecho de crédito ya nacido y de duración anual que forma parte del derecho constitucional al trabajo, lo que, desde esa perspectiva, obliga a imputar a tal norma una infracción de la prohibición de retroactividad de las disposiciones "*restrictivas de derechos individuales*" contenida en el art. 9.3 CE.

5. El gasto público: La Intervención General de la CAR.

El D. 52/10 analiza determinados aspectos de la función interventora del gasto público autonómico.

Sobre la Intervención General de la CAR, señala: i) que su regulación y funcionamiento se ampara en el *título competencial* de auto-organización de la propia Administración pública autonómica ex art. 26 EAR'99, no en el de organización de las propias instituciones de autogobierno ex art. 8.1.1. EAR'99, ni en los títulos de carácter hacendístico, aunque es plasmación orgánica de las competencias de elaboración y control presupuestario de los arts. 48 a) y 56 EAR'99; ii) que su regulación reglamentaria tiene *cobertura legal* en la legislación estatal (Ley 47/2003, LGP) ya que a ella se remite a la legislación autonómica pues la D.D. de la Ley 4/2005, de funcionamiento y régimen jurídico de la CAR, deja vigente el Cap. III del Tít. VIII de la anterior Ley 3/1995, de Régimen jurídico de la CAR, cuyo art. 115 se remite supletoriamente a la normativa estatal, sin perjuicio de la ejecución reglamentaria de la misma por la CAR, como la contenida en el Decreto. 13/92, que desarrolló la LGP de 1988 y que ahora se deroga por el que se dictamina en desarrollo de la LGP de 2003; y iii) que en la adaptación a la CAR de la normativa estatal supletoria que sirva de

cobertura, debe justificarse debidamente por qué no se respetan las cuantías, procedimientos y habilitaciones competenciales orgánicas previstas en la misma y en general cualquier norma que se separe de la misma.

6. El procedimiento administrativo.

El Consejo se ha pronunciado en 2010 sobre diversos aspectos del procedimiento administrativo, entre los que destacan los siguientes:

-Actos sancionadores: El D.2/10 ha subrayado: i) la necesidad de precisión en la tipificación; no son admisibles tipificaciones genéricas; ii) la reserva de ley para tipificar infracciones y sanciones, imposibilidad de hacerlo por norma reglamentaria; y iii) que las normas autonómicas deben remitirse en materia de procedimiento sancionador, en primer lugar, a la Ley autonómica 4/2005 y, sólo supletoriamente, a la legislación estatal vigente en la materia.

-Silencio administrativo: Es positivo en los sectores incluidos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, de libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, por lo que, en los mismos, esta regla sólo podrá ser alterada mediante otra con rango de Ley (D.2/10).

-Órganos colegiados: -Los órganos de carácter consultivo deben pronunciarse sobre los asuntos que se les someten y no puede darse por cumplido el trámite de informe mediante un mero acuerdo de “*darse por enterado*” (D.9/10).

-Registro de documentos: El D. 6/10 declara: i) que el *dies a quo* o de inicio del cómputo del plazo para resolver, según los arts. 42.3.b) LPAC; 47 de la Ley riojana 4/05; y 26.4 de la Ley estatal 11/07, de acceso electrónico, debe ser el de entrada del documento en el registro del órgano que deba resolver el procedimiento, y no el de entrada en el registro de un órgano distinto en el que haya sido presentado el documento para su remisión al órgano competente para resolver, aunque esta segunda interpretación sea más favorable al ciudadano; y ii) que, según el art. 24.2.b) de la citada Ley 11/07, al Registro electrónico no sólo pueden acceder los documentos electrónicos y con firma electrónica avanzada, sino también otros documentos, por lo que no puede ser limitado a recibir los primeros.

-Registros administrativos: El Consejo ha declarado en 2010: i) que, en los Registros públicos en los que no se requiere el consentimiento del titular de los datos de carácter personal, sería contradictorio que su regulación se remitiera a la legislación de protección de datos (D.2/10); ii) que la baja en un Registro administrativo de empresas, sea de oficio o a instancia del interesado, requiere la tramitación de un procedimiento con sus fases de inicio, instrucción y resolución final expresa (D.2/10); iii) que, cuando la *inscripción sea obligatoria*, el reglamento que la imponga requiere indicar las consecuencias de la falta de inscripción cobertura legal, pues si estas son distintas de la denegación de ayudas o subvenciones, precisan de la correspondiente cobertura legal (D.89/10); iv) que el *ámbito espacial* de los Registros de una CA no debe exceder el de su propio territorio, aunque en el mismo radique la mayor parte de la explotación, pues si ésta se extiende al territorio de otras CCAA, la competencia es estatal y la norma autonómica debe tener en cuenta esta circunstancia para evitar disfunciones (D.89/10); y v) que, cuando el Registro se crea en ejecución de una disposición comunitaria europea que exige determinadas condiciones de homologación y coordinación, la norma autonómica debe expresar el cumplimiento de las mismas (D.89/10).

-Pruebas: Existe el derecho de los ciudadanos a no presentar documentos que se encuentren en poder de la Administración ex art. 35 f) LPAC (D.2/10).

-Anulación y conservación de trámites: Hay actuaciones que no pueden ser objeto de conservación, como sucede en el caso contemplado en el D.68/10 en el que el Estado requirió a la CAR para que introdujera modificaciones sustanciales en el contenido de un reglamento en elaboración; pero el requerimiento no fue atendido por extemporáneo y luego una Sentencia firme ordenó retrotraer las actuaciones al momento anterior en que preceptivamente debió ser consultado el Consejo Consultivo. Pues bien, aquí la decisión administrativa de conservar las actuaciones anteriores no puede extenderse al informe de la Asesoría Jurídica, ya que es preciso que, antes del dictamen del Consejo Consultivo que, en ejecución de sentencia debe ser emitido, dicha Asesoría se pronuncie, no sólo sobre la regularidad del nuevo procedimiento de elaboración y los trámites conservados del anterior, sino también sobre si procede o no atender en todo o parte las modificaciones que el Estado requirió en su día para que se

introdujeran en el reglamento proyectado y también las que la representación procesal del Estado adujo sobre cuestiones de fondo en el proceso contencioso-administrativo subsiguiente (D.68/10, D.107/10).

-Comunicaciones previas y declaraciones responsables: La comunicación previa y la declaración responsable no son técnicas distinguidas claramente en la Directiva *Bolkestein* o de servicios, ni en la “Ley ómnibus”, pero sí en el art. 71 bis 3 LPAC, aunque sus efectos son los determinados por la normativa sectorial que las adopte, lo que explica la cierta confusión reinante al respecto de la que son muestra: i) la pluralidad de efectos que a las mismas se atribuyen en la legislación sectorial de trasposición estatal y autonómica; ii) que dicha legislación tampoco siga una uniformidad en la aplicación de estas técnicas a las mismas actividades de cada sector; y iii) que a veces se apliquen conjuntamente ambas técnicas a la misma actividad (D.101/10).

-Desahucio administrativo: No procede, por inexistencia de título habilitante para el mismo, cuando existe un contrato de arrendamiento de vivienda cuya resolución o rescisión no consta (D.48/10).

IX. CONCLUSIÓN.

En resumen, la cantidad y, sobre todo, la calidad de los asuntos que han sido sometidos al Consejo Consultivo en 2010 muestran que se trata de una institución estatutaria consolidada y en pleno rendimiento que presta su refuerzo consultivo a todos los sectores y ámbitos de la Administración consultante.

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

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

Y ha mantenido su penetración en cuestiones estatutarias y de constitucionalidad, en línea con la función constitucional de los Altos Órganos Consultivos, dictaminando asuntos tan trascendentales como el llamado “blindaje” de las normas fiscales forales vascas.