

DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA (2011).

Ignacio Granado Hijelmo

I. DOCTRINA CONSULTIVA SOBRE ASUNTOS CONSTITUCIONALES Y ESTATUTARIOS:

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

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

La argumentación del Consejo Consultivo estriba en que la competencia exclusiva en esa materia corresponde a las CCAA por el título *asistencia social* (así, en la CAR, *ex* arts. 8.1.30 y 31 EAR'99); y el título competencial (art. 149.1.1 CE) esgrimido por el Estado (DF 8ª de la Ley 39/06), según la nítida doctrina del TC, ni puede tener un objeto como el regulado, ni puede servir para dejar prácticamente sin contenido, como de hecho sucede, la indicada competencia exclusiva autonómica. Los D.14/11 y D.15/11 reproducen así la doctrina sentada en los D.128/07, D.29/10, D.30/10, D.42/10, D.44/10, D.62/10, D.73/10, D.110/10, D.105/10, D.29/10, D.30/10, D.44/10 y D.73/10.

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

Así pues, como declaró el Consejo en 2010, la citada Ley estatal condiciona decisivamente el ejercicio de las competencias autonómicas exclusivas en materia de

asistencia social (D.29/10, D.44/10, D.100/10) y es, por tanto, inconstitucional aunque exista normativa autonómica que la desarrolle; si bien es válida y eficaz mientras no sea impugnada y declarada tal por el TC, por lo que es susceptible de prestar cobertura a reglamentos autonómicos de desarrollo (D.30/10, D.44/10, D.73/10, D.100/10). Lo que podría haber hecho el Estado es esgrimir su título competencial exclusivo en materia de *Seguridad Social* englobando en la misma el nuevo sistema de atención a la dependencia, al ser 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).

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

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

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

Entiende así el Consejo Consultivo que, establecidas legítimamente unas *condiciones básicas*, las Comunidades Autónomas se ven obligadas a respetarlas —pues aquéllas se integran en el derecho subjetivo del ciudadano—, pero no puede formar parte de tales condiciones básicas, sin vulnerar la propia autonomía de dichas Comunidades

Autónomas y su competencia exclusiva en materia de asistencia social, la determinación directa de una serie de medidas concretas que dichas Comunidades Autónomas se vean obligadas a implementar, como ocurre especialmente con las funciones puramente ejecutivas derivadas del *nivel mínimo* de protección, tal y como lo configura la Ley 39/2006, cuya concreción y carácter *material* lo alejan notoriamente de la idea de *reglas o principios fundamentales* que, desde dentro del derecho, propician su aplicación a todos los españoles en condiciones de igualdad.

No obstante, el Consejo Consultivo reconoce que, al no haber sido recurrido ni, por ende, haber sido declarada la inconstitucionalidad, por incompetencia del Estado para dictarla, de dicha Ley estatal —al contrario, el apartado IV del Preámbulo de la nueva Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de Servicios Sociales de La Rioja, viene incluso a reconocer su validez y vigencia, y luego se acomoda su tenor a las prescripciones de aquélla—, las normas reglamentarias deben dictarse, sin duda también, respetando su contenido —por razones tanto de jerarquía normativa cuanto, y sobre todo, de competencia— lo que, sin duda, sucedía en los casos objeto de los D.14/11 y D.15/11.

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

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

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

2. LA POSIBLE DISMINUCIÓN DE GARANTÍAS JURÍDICAS POR ELEVACIÓN DE LA CUANTÍA EN LAS CONSULTAS SOBRE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

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

En 2011, cabe destacar otro asunto de relevancia constitucional y estatutaria, cual es la modificación de la normativa reguladora del Consejo Consultivo de La Rioja para elevar la cuantía de las consultas preceptivas sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Esta cuestión fue analizada, en ponencia conjunta de todos los miembros del Consejo Consultivo, en el importante D.71/11.

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, el D.71/11 advierte que la fijación de cuantía que, para el Consejo de Estado, efectúa el art. 142.3 LPAC, no es legislación estatal básica ni supletoria para las CCAA. El art. 142.3 LPAC se limita: i) a establecer que haya una cuantía (esto es, se pronuncia sólo en cuanto a la existencia o el “*an*” de la misma), pero dejando la fijación de su “*quantum*” a las CCAA; y ii) a señalar la cuantía mínima exigible para que

dictamine el Consejo de Estado, no para que dictaminen los Altos Órganos Consultivos autonómicos. De hecho, existen muy variadas cuantías fijadas por las distintas CCAA para sus respectivos Altos Órganos Consultivos; y así el D.71/11 incluye un cuadro expresivo de las mismas actualizado a noviembre de 2011.

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

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

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

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

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

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

3. LA AUTONOMÍA LOCAL.

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

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

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

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

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

Por ello y so pena de incurrir en inconstitucionalidad por vulneración de la garantía institucional de la autonomía local, el D. 6/11 reitera que el legislador tiene vedada toda

regulación de la capacidad decisoria de los entes locales respecto de las materias de su interés que se sitúe por debajo de ese umbral mínimo que les garantiza su participación efectiva en los asuntos que les atañen y, por consiguiente, su existencia como reales instituciones de autogobierno (SSTC 159/01, 51/04, 252/05 y 40/06).

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

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

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

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

Como es sabido, la Directiva *Bolkestein* o *de Servicios* (Dva 2006/123/CE, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre) tiene por objeto establecer un marco jurídico general para facilitar la consecución de un efectivo mercado interior en el ámbito de los servicios, mediante la remoción de los obstáculos legales y administrativos que dificulten su prestación. En el ámbito estatal, la trasposición de esta Directiva se ha producido: i) en el plano general y abstracto de lo básico, mediante la denominada “Ley paraguas” (Ley 17/09), que recoge los principios y criterios generales de la Directiva; y ii) en el plano de lo concreto, mediante la llamada “Ley ómnibus” (Ley 25/09), que adapta a la Directiva los distintos sectores, modificando o derogando normas estatales, lo cual ha sido completado en cada sector por las correspondientes normas reglamentarias estatales. Las CCAA han intervenido en la trasposición de la Directiva en el ámbito de sus respectivas competencias, normalmente: i) primero, mediante una “Ley ómnibus” de cada C.A., a veces, incluida en la “Ley de acompañamiento” a la de sus Presupuestos Generales; y ii) segundo, mediante reformas de nivel reglamentario en cada sector competencial concreto. En lo que concierne a las competencias afectadas de la CAR, se ha hecho: i) para las normas con rango de Ley,

por la Ley 6/09; y ii) para las normas con rango reglamentario, por uno o varios Decretos.

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

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

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

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

B) El binomio bases estatales-desarrollo normativo autonómico.

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

De esta doctrina general, extrae el Consejo las precisas consecuencias; y así ha advertido, en el citado D.73/11, que la repetición de las bases o la remisión a las mismas en la normativa de desarrollo, cuando ésta no añade nada a la regulación general y

abstracta de aquéllas, es innecesaria y genera inseguridad jurídica, ya que implica el desajuste o inadecuación sobrevenida de la normativa de desarrollo cada vez que se modifique la básica, por lo que basta con hacer una referencia a tales bases en la correspondiente Exposición de motivos.

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

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

C) Las condiciones básicas del art. 149.1.1 CE

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

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

D) Los Reglamentos.

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

-Finalidad: Estos reglamentos tienen por objeto completar, desarrollar o concretar lo que en la Ley aparece regulado de modo más genérico o en forma principal, dejando a la Administración un espacio regulativo a rellenar por medio del reglamento, en el que se precise todo el casuismo de desarrollo que puede exigir la situación o la completa actuación administrativa sobre ella (D.29/11).

-Competencia: La competencia de la Comunidad Autónoma constituye un presupuesto necesario para la validez de cualquier tipo de disposición, legal o reglamentaria, que dicten sus órganos (D.10/11, D.11/11, D.30/11 y D.31/11).

-Cobertura legal: Estos reglamentos parten de una habilitación legal que constituye su marco normativo general y el objeto principal de los mismos consiste, de un lado, en establecer, bajo el principio de legalidad, unas reglas que ofrezcan a los ciudadanos la seguridad jurídica debida; y, de otro, permitir la adecuación normativa mediante el desarrollo reglamentario de una materia; por eso: i) el sometimiento a la ley de estos reglamentos es expresión de la satisfacción del principio de legalidad (D.29/11); y ii) un reglamento no puede establecer obligaciones a los ciudadanos que no estén contempladas en la ley que le presta cobertura (D.12/11).

-Potestad reglamentaria de los Organismos autónomos. En Organismos autónomos, hay que tener en cuenta que, salvo que su Ley creacional se la haya reconocido expresamente, carecen de la potestad reglamentaria *ad extra*, la cual se reserva a las entidades territoriales de las que dependan (principio de generalidad), por lo que, a lo sumo, sólo dispondrán de una facultad de organización *ad intra*, o sea, interna o doméstica, que se limita a su propio ámbito de actuación (principio de especialidad). De estos principios, establecidos en los arts 22.1 y 24.2 g) de la Ley 3/03, de 3 de marzo, de Organización del sector público de la CAR, resulta que, por lo general, ninguno de sus órganos internos podrá dictar la resolución de inicio de un procedimiento para la elaboración de disposiciones generales, debiendo limitarse a formular propuestas a la Consejería de adscripción (D.1/11).

E) Convenios y Acuerdos colectivos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Se trata de una competencia exclusiva de la CAR *ex art.* 8.1.27 y 29 EAR'99 que comprende, junto con la competencia de organización del art. 26 EAR'99 y sin perjuicio de la competencia estatal en materia de seguridad pública del art. 149.1.29 CE, la de crear y regular el Consejo de espectáculos taurinos de la CAR (D.30/11).

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

-El EAR'82 atribuía esta competencia a la CAR como compartida (art. 9 EAR'82), siguiendo así el modelo de las CCAA constituidas por la vía lenta de la CE, mientras que las constituidas por la vía rápida del art. 151 CE y la DT 2ª CE asumieron desde el principio esta competencia como exclusiva. En este contexto, el Estado dictó la Ley 10/1991, de 4 de abril, de potestades administrativas en espectáculos taurinos, cuya DA respetaba las competencias autonómicas en la materia, sin perjuicio de las estatales por razón de la competencia en materia de seguridad y orden público *ex art.* 149.1.29 CE.

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

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

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

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

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

En cuanto a éstos últimos, el Consejo ha declarado en 2011 que la competencia autonómica en materia educativa comprende la regulación de las enseñanzas artísticas de grado superior en diseño en la CAR, y ha aclarado que el marco normativo estatal que delimita las competencias autonómicas en esta materia se encuentra integrado por los arts 54 a 58 LOE (LO 2/06), el RD 1614/09, de ordenación de estas enseñanzas; el RD 303/10, sobre los centros para impartirlas; y el RD 633/10, sobre contenido y

Especialidades. En tal marco, la CAR ejercitó sus competencias mediante la Resolución de 3-9-10, sobre implantación de estas enseñanzas y el plan experimental de sus Especialidades. Mas, para ser completa, la norma que establece una planificación educativa duradera en el tiempo debe indicar, en cada Especialidad, las materias, su obligatoriedad y los cursos y cuatrimestres en que se impartirán.

Finalmente, el Consejo, en un caso sobre competencias profesionales (D.64/11), ha aludido al concepto de *profesión regulada*, que aparece recogido en el art 3.13 de la Ley 17/09 (ley *paraguas*) para la trasposición de la Directiva *Bolkestein* o de Servicios 123/06, para referirse a la actividad profesional cuyo acceso, ejercicio o una de sus modalidades de ejercicio esté subordinada, directa o indirectamente, en virtud de disposiciones legales o reglamentarias, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales, concluyendo el posible carácter de profesión regulada de los aplicadores de micropigmentación y perforación cutánea (*piercing*).

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

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

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

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

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

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

Es competencia de ejecución de la legislación laboral *ex arts.* 149.1.7 CE y 11. 2 y 3 EAR'99 (D.1/11, D.29/11, D.46/11) que comprende: i) la implantación y regulación de un Registro administrativo de Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo, que también sirve para su depósito y publicación, el cual está previsto en los arts 89 y 90.2 ET y en el RD 713/10. (D.46/11); y ii) la creación y regulación de un Consejo Riojano del Trabajo autónomo, como órgano de participación y diálogo institucional entre las asociaciones de trabajadores (D.29/11).

También comprende, como una submateria laboral, la formación profesional ocupacional, es decir, para para el empleo, cuestión a la que el Consejo ha dedicado el D. 1/11 y el D. 18/11. En efecto, en materia de cualificación y formación profesional y ocupacional para el empleo, existe un doble título competencial: el art. 10 EAR'99 (educación) y el art. 11.1.3. EAR'99 (formación profesional ocupacional o para el empleo); de ahí que esta materia pueda afectar a las Consejerías competentes en materia de educación y de empleo (D.1/11, D.18/11). Además, en materia de formación para el empleo, la competencia laboral es meramente de ejecución, por lo que, para dictar normas reglamentarias, hay que acudir al título competencial en materia educativa, que es de desarrollo normativo (D.18/11), sin olvidar que el Estado ha dictado la Ley 5/02, de Cualificaciones y FP, desarrollada por el RD 1558/05, cuyo marco normativo ha de ser respetado por los reglamentos autonómicos en la materia (D.90/10, D.1/11).

Además, el Consejo Consultivo advierte que el Estado central ostenta una competencia exclusiva en materia de títulos académicos y profesionales *ex* art. 149.1.30 CE, que, ampara a la LO 5/02, sobre Cualificaciones y formación profesional, la cual: i) en el art. 10, habilita al Estado central para fijar el Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales que determine las ofertas existentes al respecto; ii) en los arts 2.3.c) y 6.3 (sin el carácter de legislación orgánica, según declara la DF LO 5/02), prevé la creación de sistemas de participación social en la materia, lo que posibilita la intervención de las CCAA al respecto; y iii) en el art. 10.2, habilita a las CCA para ampliar los contenidos de los títulos de FP (D.1/11).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El carácter concurrente de esta competencia lo revelan normas bien significativas, como el art. 8 RD 407/92, por el que se aprueba la Norma Básica de Protección Civil, que legitima a las CCAA para aprobar Planes territoriales y especiales en la materia, como ha hecho la CAR al aprobar la Ley 1/2001, de 7 de febrero, de Protección Civil y atención de emergencias de La Rioja y, en su desarrollo, tanto un Plan Especial de Protección Civil de La Rioja en materia de transporte de mercancías peligrosas por carretera y ferrocarril (*TRANSCAR*), analizado en el D.55/11; como un Plan Territorial de Protección Civil de La Rioja (*PLATERCAR*), estudiado en el D.61/11.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Durante 2011, el Consejo Consultivo ha emitido 22 Dictámenes sobre otros tantos Proyectos de disposiciones reglamentarias, generalmente con forma de Decreto ¹. En

¹ Tales Proyectos se han referido a las siguientes materias: i) Gobierno: Registro de actividades de altos cargos (D.12/11) y Premios *Rioja capital* (D.20/11); ii) Interior: Consejo taurino (D.30/11), espectáculos taurinos populares (D.31/11); iii) Agricultura: Producción agraria integrada (D. 23/11); iv) Educación: Formación Profesional (D.1/11), competencias profesionales adquiridas por experiencia profesional (D.18/11), enseñanzas de diseño (D.73/11); v) Hacienda: precios públicos (D.39/11); vi) Protección civil:

ellos, el Consejo, además de señalar cuestiones de fondo, ha continuado perfilando su conocida y didáctica doctrina sobre la potestad reglamentaria, el procedimiento administrativo especial de elaboración de disposiciones generales y la técnica legislativa, insistiendo en los siguientes aspectos:

1. Trascendencia y régimen jurídico.

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

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 ² 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:

Plan territorial (D.61/11); vii) Sanidad: Desfibriladores (D.41/11), régimen de establecimientos de tatuaje y perforación cutánea (D.64/11); viii) Servicios Sociales: Ayuda domiciliaria (D.6/11), empleo de discapacitados (D.10/11), Registro de centros y entidades (D.11/11), estancias temporales de personas mayores discapacitadas y dependientes (D.14/11, D.15/11 y D.85/11) y cartera de servicios sociales (D.22/11); ix) Trabajo: Consejo riojano del trabajo autónomo (D.29/11), registro de convenios colectivos (D.46/11); y x) Transportes: Plan transportes mercancías peligrosas (D.55/11).

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

-Cuando una materia es competencia de varias Consejerías, la propuesta normativa debe ser elevada conjuntamente al Gobierno por todas ellas, aunque la resolución de inicio haya partido de una sola de ellas, ya que ni el art. 46 de la Ley 8/03, del Gobierno e incompatibilidades de sus miembros; ni los arts. 33 a 42 de la Ley 4/05, de funcionamiento y régimen jurídico de la Administración de la CAR, prevén el supuesto que, en el ámbito estatal, afecta a la forma de la disposición al ser atribuida en estos casos al Ministerio de la Presidencia (D.1/11).

-En Organismos autónomos, hay que recordar, como hemos señalado anteriormente, que, salvo que su Ley creacional se la haya reconocido expresamente, carecen de la potestad reglamentaria *ad extra*, la cual se reserva a las entidades territoriales de las que dependa (principio de generalidad), por lo que, a lo sumo, sólo dispondrán de una facultad de organización interna o doméstica que se limita a su propio ámbito de actuación (principio de especialidad). De estos principios, establecidos en los arts 22.1 y 24.2 g) de la Ley 3/03, de 3 de marzo, de organización del sector público de la CAR, resulta que, por lo general, ninguno de sus órganos internos podrá dictar la resolución de inicio de un procedimiento para la elaboración de disposiciones generales, debiendo limitarse a formular propuestas a la Consejería de adscripción (D.1/11).

-Concretamente, en el Organismo Autónomo Servicio Riojano de Empleo, al ser sus normas reguladoras (Ley 2/03 y Decreto 127/03) anteriores a la Ley 4/05, que regula el procedimiento de elaboración de disposiciones generales, puede entenderse, que, según sus Estatutos, esta Resolución compete al Gerente (en cuanto que equiparado a Director General *ex art.* 10.2. de la Ley 2/03), la aprobación del proyecto al Consejo de Administración; y, finalmente, la remisión del mismo a la Consejería de la que depende (Hacienda) para su elevación al Gobierno, compete a su Presidente (D.1/11, para unificación de doctrina).

En cuanto al **contenido**, esta Resolución debe expresar, según el art. 33.2 Ley 4/05: i) el objeto y finalidad de la norma proyectada; ii) las normas legales que, en su caso, deba desarrollar; y iii) el fundamento jurídico en el *bloque de la constitucionalidad* de la competencia ejercida por la CAR (D.6/11, D.10/11, D.11/11, D.18/11, D.20/11, D.29/11, D.30/11, D.31/11, D.46/11, D.61/11 y D.64/11).

3. Integración.

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

4. Memorias.

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

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

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

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

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

Además, el D. 22/11, terciando en una polémica entre las Consejerías de Hacienda y de Servicios Sociales sobre si la memoria económica que acompañaba a la Ley sectorial habilitante del Decreto aprobatorio de la Cartera de Servicios Sociales de la CAR era suficiente para éste último Decreto, declara que la Memoria económica es precisa muy especialmente cuando se trata de aprobar por reglamento la cartera de servicios sociales, aunque la Ley habilitante al respecto ya contuviera un estudio económico, pues deben cuantificarse los compromisos de gasto que se deriven de su aplicación. Ahora bien, al tratarse de derechos subjetivos establecidos por la Ley, pero de configuración reglamentaria, la determinación de su dimensión e impacto económicos compete establecerla y valorarla al Gobierno, no a las Consejerías afectadas ni a los órganos consultivos. Pero, esto dicho, el Consejo advierte de la trascendencia de la Memoria económica en esta materia, para evitar que una incorrecta previsión financiera conduzca a modificaciones ulteriores de las dotaciones presupuestarias y del régimen de reconocimiento de los servicios y prestaciones previstos, especialmente teniendo en cuenta que el precitado carácter de derecho subjetivo de los servicios sociales previstos cuyas prestaciones estén suficientemente determinadas hace que los ciudadanos puedan reclamarlas judicialmente mediante el recurso por inactividad prestacional del art. 29.1 LJCA y mediante reclamaciones de responsabilidad patrimonial por omisión o incumplimiento de los estándares predicables de los diferentes servicios.

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

5. Borradores y Anteproyecto.

Se ha ocupado, también en 2011, el Consejo Consultivo de los *Borradores* y del Anteproyecto previstos respectivamente en los arts. 34 y 35 de la Ley 4/05, si bien se ha

limitado a señalar que el Anteproyecto no puede existir mientras no se cumplan los trámites del art. 35 de la Ley 4/05 (D.31/11).

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

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

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

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

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

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

Así, en 2011, ha dictaminado, con el carácter de doctrina legal que debe ser observada en lo sucesivo (D.14/11, D.15/11, D.22/11 y D.85/11), que el órgano de participación social debe informar en cuanto, ya que la ley que exige el informe ha querido que el órgano correspondiente sea precisamente el cauce institucional de integración de los pareceres de las diversas entidades de lo forman, plasmado en el informe preceptivo correspondiente (D.24/11). Por ello, el Consejo entiende que

son rechazables las prácticas de: i) dar únicamente trámite de audiencia a todos y cada uno de los miembros de un órgano de participación social cuyo informe sea legalmente preceptivo (D.22/11); ii) remitir el proyecto a dicho órgano para que éste se limite a distribuirlo entre sus miembros o entidades integrantes a fin de que aleguen lo que tengan por conveniente (D.22/11); iii) limitarse el órgano de participación a emitir un escueto informe favorable sin fundamentación alguna, especialmente si algunas de las entidades miembros han formulado amplias alegaciones al respecto (D.22/11); iv) repartir el texto consultado entre los distintos componentes del órgano para que éstos presenten observaciones y que luego el órgano se limite a escuchar en una sesión la contestación que a las mismas haga el representante de la Administración en dicho órgano (D.24/11); v) remitir el informe del órgano de participación social como un mero formulismo legal de “informe favorable”, sin expresar en la certificación ni la composición del Pleno ni fundamentación alguna (D.22/11).

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

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

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

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

Por otra parte, el Consejo ha seguido insistiendo en 2011 en el *deslinde interno de competencias en el seno del CER entre el Pleno y la Comisión Permanente*, estableciendo la siguiente doctrina: i) 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 (D.92/10, D.93/10 y D.73/11); ii) la Comisión Permanente del CER es el órgano competente para emitir los dictámenes que le delegue el Pleno por razones de urgencia o necesidad o que no estén atribuidas expresamente al Pleno (D.92/10, D.93/10, D.73/11); y iii) habida cuenta de que la Comisión Permanente del CER

refleja una composición plural y proporcionada de todos los sectores representados en el Pleno, puede sostenerse que la misma es el órgano competente para emitir dictámenes sobre proyectos de reglamentos, ya que la Ley 3/2004, de 25 de junio, de Consejos Escolares de La Rioja, no reserva esa competencia al Pleno; y su art. 32 atribuye a la Comisión Permanente, entre otras funciones, la de aprobar dictámenes sobre cualquier cuestión educativa que no sea atribuida expresamente al Pleno (D.92/10, D.93/10 y D.73/11).

-El informe del **Servicio de Organización, Calidad y Evaluación (SOCE)**, es preceptivo, *ex* Decretos 58/97 (hasta 15-11-07) y 125/07 (desde 15-11-07), para la creación o modificación de órganos o procedimientos, cuando la norma proyectada no supone la creación, modificación o extinción de ningún órgano o procedimiento administrativos. No es preceptivo, pero resulta aconsejable, cuando la modificación de procedimientos se realiza a través de una norma de rango no reglamentario sino de Ley (D.71/11).

-El Informe de la **Asesoría Jurídica (Dirección General de Servicios Jurídicos)** ha sido preservado por el Consejo Consultivo con especial énfasis. En efecto, en 2011, el Consejo ha declarado que dicho informe jurídico tiene el carácter de preceptivo y último, aunque siempre anterior a los dictámenes del CES y del Consejo Consultivo (D.1/11, D.10/11, D.22/11, D.29/11, D.46/11). Por ello, sobre la antigua polémica de si debe o no exceptuarse también al informe de la Intervención General, el Consejo Consultivo ha reiterado que el informe de la Asesoría Jurídica debe ser posterior al informe de la Intervención General (D.54/10, D.20/11). La razón de estas exigencias es permitir al Servicio Jurídico tener en cuenta y valorar las actuaciones y observaciones presentadas por las demás entidades, órganos o servicios (D.29/11, D.46/11). Es más, el Consejo Consultivo ha entendido en 2011 que la petición del informe jurídico no debe ser simultánea a la del informe del SOCE o a la del dictamen del CES (D.46/11). La razón de este rigor es que los principios de celeridad e impulso simultáneo de trámites no permiten infringir la regla de que el informe jurídico sea el último, por lo que esa práctica de simultaneidad en la petición debe ser desterrada pues hace perder efectividad a la función trascendental que está reservada al informe jurídico (D.29/11, D.46/11). Además, el informe jurídico debe recaer en la fase final de la tramitación, inmediatamente antes de la redacción de la Memoria final y del Anteproyecto que se someterá, en su caso, a dictamen del Consejo Consultivo (D.46/11), de suerte que, después del informe jurídico, sólo puede recaer la Memoria final sobre el Anteproyecto y los dictámenes que sobre éste formulen los órganos consultivos externos (D.29/11).

Sobre su propia intervención en el procedimiento que nos ocupa, el **Consejo Consultivo** ha declarado que su dictamen es *preceptivo en disposiciones generales*, tal y como ha reiterado la normativa y jurisprudencia al respecto (D.10/11, D.14/11, D.15/11, D.39/11, D.41/11, D.46/11, D.73/11, D.85/11 y D.86/11), habiendo aclarado especialmente que es preceptivo cuando se trata de una Orden de la Consejería de naturaleza reglamentaria que modifica otra Orden anterior (D.85/11). En cuanto a su *contenido*, el dictamen consultivo comprende los juicios de *estatutoriedad*, *legalidad* y *jerarquía* normativa respecto al proyecto examinado (D.1/11, D.10/11, D.14/11, D.15/11, D.22/11, D.39/11 y D.73/11), y el examen de su ajuste al *bloque de la constitucionalidad* (D.46/11); pero no comprenden sus dictámenes cuestiones de

oportunidad, si no han sido solicitadas (D.6/11, D.12/11, D.29/11, D.30/11, D.31/11, D.46/11 y D.55/11). Además, ha recordado el Consejo que los borradores y proyectos no deben contener la expresión *conforme con u oído* el Consejo Consultivo cuando ni siquiera ha sido solicitado su dictamen, o éste aún no se ha emitido y, por tanto, no puede conocerse cuál va ser su sentido, o cuál va a ser la decisión del Consejo de Gobierno a la vista del dictamen que se le remita (D.46/11).

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

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

III. DOCTRINA SOBRE TÉCNICA NORMATIVA.

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

1. Régimen jurídico.

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

2. Parte expositiva.

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

En cuanto a su *contenido*, la parte expositiva: i) debe indicar los títulos competenciales que amparan la norma que se dicta, con cita de los preceptos estatutarios que confieren la competencia, sin perjuicio de mencionar también la normativa estatal en cuyo marco se ejerce o que se desarrolla (D.12/11 y D.20/11); ii) para evitar equívocos, cuando se estime -especialmente por parte del Consejo Consultivo- que es inconstitucional la Ley estatal que habilita a la CAR para dictar una norma, la CAR

debe aludir en el proyecto correspondiente sólo a los títulos competenciales derivados del EAR y no a la ley estatal reputada inconstitucional (D.14/11 y D.15/11); y iii) debe indicar la normativa estatal básica que, en su caso, desarrolle (D.73/11).

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

3. Título.

Sobre el *título* de las disposiciones generales, el Consejo ha declarado en 2011 que el título no debe inducir a confusión con otra norma sobre otro aspecto de la misma materia, sino que debe diferenciar a la norma de cualquier otra disposición (D.14/11 y D.15/11).

4. Articulado.

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

5. Terminología jurídica y precisiones léxicas y gramaticales.

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

En concreto, el Consejo ha realizado algunas advertencias en orden a asegurar la *precisión* en el lenguaje jurídico: i) que no debe emplearse la expresión *renuncia* para aludir a la no aceptación, que sólo implica un desistimiento de una solicitud concreta, pero no una renuncia al derecho (D.14/11 y D.15/11); ii) que la expresión *rendimientos*

debe ser adjetivada para aclarar a cuáles se refiere, como los económicos (D.22/11); iii) que no debe emplearse el término *revisión* para referirse a un ulterior procedimiento de inspección y control, pues induce a confusión con el de revisión de oficio a que se refiere la LPAC y que requiere dictamen previo del Consejo Consultivo, aunque obviamente, tras una inspección, puede patentizarse la necesidad de revisar de oficio el acto declarativo de derechos correspondiente (D.22/11); y iv) que no debe ser empleada la expresión *funciones* de un órgano pluripersonal para referirse a los *derechos y obligaciones* de sus componentes (D.1/11).

6. Relaciones inter-normativas.

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

A) Adaptación de preceptos; las normas de adaptación:

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

B) Ámbito temporal de la norma:

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

C) Ámbito material; carácter completo de la norma:

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

D) Modificación de preceptos:

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

E) Desplazamiento normativo:

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

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

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

G) Refundiciones:

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

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

H) Remisiones:

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

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

si la de desarrollo no añade nada a la regulación general y abstracta de aquélla; y son disfuncionales por la inadecuación a las bases que provoca la ulterior modificación de éstas, por lo que deben sustituirse por una mención a las bases en la Exposición de motivos (D.73/11).

I) Relaciones inter-orgánicas y competenciales:

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

7. Disposiciones Finales:

El D.22/11 advierte que no es propio de las normas autonómicas dedicar una disposición final a indicar los títulos competenciales que la amparan, lo cual debe hacerse en la parte expositiva de la norma; sin copiar en esto al Estado, el cual debe expresar, en caso de dictar legislación básica, en una disposición final cuáles son los títulos competenciales que la amparan.

IV. DOCTRINA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA.

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

-El D.35/11 se pronuncia sobre la improcedencia de la resolución de un contrato de obras de urbanización por culpa imputada al contratista, cuando ya ha concluido el plazo de ejecución y las obras de urbanización ya están terminadas, incluidas las de conducción y conexión eléctrica interna, aunque, en la ejecución y sus diversas prórrogas, haya habido retrasos culpables penalizados por la Administración contratante, se encuentre pendiente una sentencia sobre las penalizaciones impuestas, y, en el acta de recepción, persistan discrepancias, no resueltas en su día por la Administración contratante (mediante una interpretación ejecutiva del contrato y su

proyecto), sobre la imputación de los pagos de la traída eléctrica externa, cuya realización y facturación compete a un tercero (la Compañía eléctrica). Entiende el Consejo que, en tal caso, no procede resolver el contrato, sino que éste entre en fase de liquidación, con reclamación (ejecutiva, si son la favor de la Administración contratante) de los saldos resultantes.

-El D.36/11 trae causa del precitado D.35/11, pues se refiere a la improcedencia de la resolución del contrato de dirección de obra por conexión con la resolución del contrato de obra principal imputado a culpa del contratista principal, ya que la eventual resolución culpable de éste, al igual que la anterior penalización del mismo por demora, no implica necesariamente la de aquél, que debe entrar en fase de liquidación, con abono entre las partes de los saldos resultantes.

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

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

1. Régimen jurídico aplicable:

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

2. Ejecución:

A) Plazos:

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

B) Penalizaciones:

Las penalizaciones por retraso, como ha declarado la STS 6-3-97, no son manifestación de la potestad sancionadora, sino una modalidad de la autotutela administrativa en materia de dirección, inspección y control del contrato, consistente en arbitrar medios coercitivos de estímulo al cumplimiento, de contenido reglado, aunque impuestos discrecionalmente por la Administración en aras del interés público. Esto dicho, las penalizaciones implican una prórroga implícita y revelan que la Administración no ha optado por la resolución del contrato (D.35/11).

C) Interpretaciones ejecutivas y órdenes de ejecución:

La Administración contratante, que, además, es *dominus operis*, no debe consentir el

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

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

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

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

-De ahí que la existencia de partidas presupuestadas genéricamente, a tanto alzado y en cuantía moderada, por el contratista, para gastos de electrificación, deben entenderse imputadas a los gastos *internos* y no a los *externos* de conducción de electricidad, especialmente si éstos últimos han sido negociados por las partes contractuales con la empresa suministradora tras la adjudicación del contrato.

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

E) Recepción:

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

F) Liquidación:

El contrato ejecutado, una vez recibidas las obras, debe entrar en fase de liquidación, en la que se abonen los saldos respectivos, una vez compensadas las partidas cuyo pago incumbe a cada parte, como son las certificaciones debidas, los intereses por demora pendientes, las penalidades impuestas no satisfechas, la aplicación de partidas presupuestadas a los gastos correspondientes que resulten pendientes de pago, deducida la baja de licitación, y otras semejantes (D.35/11).

3. Resolución:

A) Causas: Por incumplimiento imputable al contratista.

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

B) Requisitos:

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

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

De ahí, extrae el Consejo: i) la *improcedencia de otras medidas*, como prórrogas, órdenes de ejecución o penalizaciones por retraso (que, como ha declarado la STS 6-3-97, no son manifestación de la potestad sancionadora, sino una modalidad de la autotutela administrativa en materia de dirección, inspección y control del contrato, consistente en medios coercitivos de estímulo al cumplimiento, de contenido reglado, aunque impuestos discrecionalmente por la Administración en aras del interés público), pues tales medidas implican, en su caso, una prórroga implícita y revelan que la Administración no ha optado por la resolución del contrato (D.35/11); ii) la improcedencia de la resolución de un contrato una vez realizada la recepción de las obras (según Dictámenes del Consejo de Estado 2510/04, 1274/05 y 1276/05), con las salvedades propias de la subsanación de deficiencias (D.35/11); y iii) la improcedencia

de la resolución del contrato por impago del precio debido por el contratista adjudicatario de un aprovechamiento cinegético cuando el pago lo ha efectuado antes del inicio del procedimiento de resolución del contrato (D.72/11).

B) Procedimiento:

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

C) Indemnización de daños y perjuicios:

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

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

Como en el resto de Altos Órganos Consultivos de las CC.AA., las consultas sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en sus distintos sectores de actuación continúa siendo objeto de la mayor parte de los dictámenes del Consejo Consultivo de La Rioja. Así, de los 86 dictámenes emitidos en 2011, 57 versan sobre responsabilidad patrimonial (es decir, el 65 %), En su mayoría se refieren al ámbito sanitario (41), ya que la elevación legal a 6.000 € de la cuantía exigida para las consultas en esta materia (que antes era de 600 €) ha limitado desde 2008 los dictámenes en materia de responsabilidad viaria (sólo 1 en 2011), docente (2 en 2011), y cinegética (6 en 2011).

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

1. Responsabilidad de la Administración general.

A) Doctrina general: requisitos, naturaleza y fundamento.

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

En cuanto a los *requisitos* de la responsabilidad patrimonial de la Administración, han sido reiterados en D.2/11, D.3/11, D.4/11, D.5/11, D.7/11, D.9/11, D.13/11, D.16/11, D.17/11, D.19/11, D.21/11, D.25/11, D.26/11, D.27/11, D.28/11, D.32/11, D.37/11, D.38/11, D.43/11, D.47/11, D.48/11, D.49/11, D.50/11, D.51/11, D.52/11, D.54/11, D.56/11, D.57/11, D.58/11, D.59/11, D.60/11, D.62/11, D.63/11, D.70/11, D.74/11, D.75/11, D.76/11, D.80/11, D.81/11, D.82/11 y D.84/11, que los cifran en los siguientes: i) hecho dañoso imputable a la Administración por ser consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; ii) daño material, personal o moral, efectivo, antijurídico (que el dañado no tenga obligación de soportar), individualizado en relación a una persona o grupo de personas y evaluable; iii) nexo causal entre hecho y daño, no interrumpido por la conducta de la víctima o de un tercero ; iv) que no concorra fuerza mayor; y v) que no haya prescrito la acción para reclamar la indemnización, cuyo plazo es de un año contado desde la producción del acto dañoso o desde la manifestación de su efecto lesivo.

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

B) Concepto y régimen de la causa.

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

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

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

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

-El criterio de los *estándares del servicio*, pues no cabe exigir a un pequeño Ayuntamiento un control permanente de la ausencia de elementos de riesgo en una fuente pública (D.78/11).

C) Régimen de la carga y medios de prueba.

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

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

El reclamante debe probar, pues, no sólo la realidad del daño y su evaluación económica (D.59/11), sino, además, la relación de causa a efecto entre el funcionamiento de un servicio público y la producción de aquél sin intervención del perjudicado o de un tercero que pueda interferir en el nexo causal (D.3/11, D.4/11, D.66/11, D.78/11, D.82/11); y todos los hechos positivos en que base su reclamación, y concretamente la realidad del daño y la relación de causalidad entre el daño producido y la actuación administrativa que lo causa, según los criterios *da mihi factum*, *onus probandi incumbit actori* y *necessitas probandi incumbit ei qui agit* (ex art. 217 LEC); pero también compete a la Administración (que no puede adoptar una posición pasiva en estos procedimientos) realizar de oficio, ex art. 78.1 LPAC, la actividad indagatoria y de instrucción necesaria sobre ellos y probar los hechos negativos que fundamenten su exoneración de responsabilidad (D.3/11, D.38/11 y D.78/11).

Por tanto, en estos expedientes, no rige en toda su amplitud el criterio de aportación de parte, debido al deber de instrucción que compete a la Administración ex art. 78.1

LPAC y 7 RRP que exige a la Administración averiguar *motu proprio* los hechos, acreditar si concurren los requisitos para indemnizar y, en su caso, la el alcance y cuantía de la indemnización, todo ello con independencia de las pruebas aportadas por el reclamante, abriendo el periodo probatorio pertinente *ex art.* 80.2 LPAC, e incluso realizando una inspección ocular e interrogatorios a testigos (D.3/11 y D.38/11).

Además, en materia sanitaria, se produce una *inversión de la carga de la prueba*, ya que es la Administración quien debe probar que ha actuado con arreglo a la *lex artis ad hoc*; inversión 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.60/11).

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

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

-Respecto a la prueba *documental*: i) la relevancia de las facturas de reparación, especialmente con la declaración del taller de haber recibido su pago; la necesidad de examinar su contenido, pero inexistencia de una obligación de peritación administrativa y la relatividad de los informes de peritación sobre las mismas (D.34/11, D.47/11); ii) que la reparación del vehículo dañado no es obligatoria, por ello no cabe exigir facturas cuando el dañado decide no realizarla o posponerla, en cuyo caso debe exigírsele presupuesto de la misma, tasación pericial u otro modo de prueba razonable y, si la Administración no se conforma con el mismo, instruir una peritación contradictoria, sin que la indemnización pueda exceder el valor venal del vehículo en el momento del accidente (D.34/11); iii) la distinción entre atestado y mero informe estadístico de la Guardia Civil (D.47/11); iv) la relevancia de las fotografías de la lesión resultante (D.19/11); y v) la irrelevancia de las fotografías cuya fecha no consta ni tampoco si reflejan la realidad que lo fotografiado tenía en el momento del daño (D.4/11).

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

-Finalmente, sobre la prueba *testifical*, que tiene valor probatorio si no es contradicha por otras y el testigo propuesto es citado a declarar y comparece a deponer en el expediente, pero no si no comparece (D.3/11).

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

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

Con carácter general, señala el Consejo, sobre los criterios de imputación objetiva, que, identificadas las concretas condiciones empíricas antecedentes o “causas” que explican la producción de un daño, los criterios de imputación objetiva permiten

determinar cuáles de los eventos dañosos causalmente ligados a la actuación del responsable pueden ser puestos a su cargo y cuáles no (D.47/11), teniendo en cuenta que el Consejo ha declarado en el D.83/11, que puede y debe reclamarse la responsabilidad patrimonial a la Administración competente para prestar el servicio público de que se trate, siempre que el daño sea imputable a su efectiva prestación, aunque el mismo derive en concreto de la conducta de un tercero al que aquélla haya atribuido la facultad de realizar la conducta que luego resulte dañosa.

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

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

-El D.56/11 versa sobre daños por remoción de una funcionaria en prácticas producidos por indefensión al no darle audiencia *ex* art. 112.3 LPAC en el recurso de alzada interpuesto contra su nombramiento por otra opositora a la que finalmente se asigna la plaza, teniendo en cuenta que: i) en este caso no existe deber de soportar el daño de estar a la eventual resolución del recurso, al no habérsele dado audiencia en el mismo; ii) tampoco cabe una compensación en especie por el hecho de haber sido nombrada luego la removida como funcionaria interina, ya que la posición del funcionario interino, por su precariedad, no es equiparable a la del funcionario en prácticas; iii) ni existe ruptura del nexo causal al haber renunciado a la interinidad para volver a su anterior plaza de Profesora Asociada de Universidad, ya que la falta de audiencia en el precitado recurso le impidió adoptar decisiones de trabajo con conocimiento de las consecuencias que al respecto podría tener la eventual estimación del mismo; iv) todo ello debe entenderse sin perjuicio de que la retribución percibida como Profesora Interina y Asociada, tras la estimación del recurso, deba ser tenida en cuenta para la valoración del daño causado y, por tanto, para el cálculo de la indemnización procedente.

-El D.76/11 es el primero de los casos de alegado acoso laboral. Se trata de una funcionaria que aduce daños materiales -honorarios profesionales- y morales -trastornos psicológicos- subsiguientes a una

sanción disciplinaria anulada parcialmente en vía judicial y que el Consejo no estima resarcibles y soportables por la interesada, los primeros, por no ser preceptiva la intervención de Abogado y Procurador y no haber expresa condena en costas; y los segundos, por falta de prueba y ser debidos a la idiosincrasia de la reclamante.

-El D.82/11 es el segundo de los asuntos de pretendido acoso laboral. Versa sobre una funcionaria municipal que alega daños morales –síndrome depresivo- subsiguientes a diversos desencuentros con la Secretaria General del Ayuntamiento por cuestiones inherentes a la relación de servicios, como diferencias retributivas, funciones asignadas al puesto de trabajo, régimen de tramitación o consecuencias económicas de las bajas sanitarias, que el Consejo estima no indemnizables por falta de prueba de que encierren un menosprecio personal y consistir más bien en una mera contraposición de intereses objetivada en los consiguientes recursos administrativos y jurisdiccionales, sin que el sistema de responsabilidad patrimonial pueda emplearse para corregir disfunciones en la relación funcional de servicios.

E) Exoneración.

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

-Por *falta de prueba*, en los D.4/11 (falta de prueba del nexo causal) y D.78/11 (falta de prueba de la relación de causalidad, de las circunstancias y de la valoración del daño causado a quien se realizó un importe corte en la mano con unos cristales rotos existentes en una fuente pública durante las fiestas del pueblo).

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

-Por *riesgo general de la vida o riesgo típico* inherente a la actuación administrativa, criterio que ha sido aplicado en el D.4/11 (persona minusválida que resbala con piedrecitas de un jardín ornamental a la salida del Hospital).

F) Indemnización.

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

-Aplicación analógica, meramente orientativa y no vinculante del *baremo de accidentes de tráfico* vigente al resolver, que incluye también los daños morales, pero que debe modularse para acomodarlo al caso concreto; también teniendo en

cuenta que, en su caso, el baremo aplicable por la Administración es el vigente, no en el momento de la causación del daño, sino en el del pago, por lo que debe efectuarse de oficio la oportuna actualización, aunque el reclamante deba emplear el vigente en el momento de la producción del daño (D.50/11).

-Aplicación de *baremo oficial de sacrificio de ganado*, en caso de muerte de ovejas vacunadas; pero descontando los corderos y el número de cabezas que solían fallecer normalmente en periodos sin vacunación (D.58/11).

-Aplicación del *factor de corrección* por perjuicio económico según la edad de la víctima (D.50/11).

-Aplicación de la *peritación* para calcular los daños derivados de días improductivos y secuelas, ya que ambos requieren un informe pericial que determine el término de la curación y las eventuales secuelas (D.4/11).

-Aplicación de una *valoración global discrecional caso de daños morales*. En efecto, los daños morales son indemnizables *ex art 139.1 LPAC* que utiliza el término *cualquiera* para referirse a los daños resarcibles, pues son efectivos y evaluables económicamente *ex art 139.2 LPAC* (D.76/11); pero teniendo en cuenta para su valoración: i) que es imprescindible acudir a una *apreciación racional, global, discrecional y ponderada* de los daños morales, atendiendo al conjunto de circunstancias concurrentes, ya que no existen módulos o parámetros objetivos para valorarlos, al consistir en realidades inmateriales (D.56/11 y D.76/11); ii) que los daños morales precisan *signos de exteriorización* que evidencien las situaciones de zozobra o ansiedad en que consisten, como son partes o diagnósticos médicos, actos administrativos o judiciales que los revelen u otros semejantes, pero no pueden consistir en la propia idiosincrasia del interesado (D.59/11 y D.76/11); y iii) que es posible considerar, entre los factores integrantes de la valoración global del daño moral, la *excesiva duración de la tramitación del expediente*, valorada en función del interés legal correspondiente al tiempo transcurrido en exceso (D.56/11). Con estos criterios, el Consejo ha apreciado daños morales en 2011 en los siguientes casos:

-En D. 56/11, por falta de audiencia a una opositora nombrada y luego removida como funcionaria en prácticas, al no haberle dado trámite de audiencia en el recurso de alzada interpuesto contra su nombramiento por otra opositora cuya estimación determinó la remoción. Aquí el daño moral estriba, no sólo en la indefensión que le produjo no haber podido alegar en su momento lo que a su derecho conviniera, sino sobre todo en no haber podido adoptar sus decisiones profesionales -en el caso, aceptación de una plaza en interinidad de la que luego fue también removida y renuncia a otra como profesora asociada de Universidad que ya ostentaba y que recuperó, aunque con pérdida de derechos de prórroga- con conocimiento de la pendencia del recurso interpuesto contra su nombramiento y de las eventuales consecuencias de su estimación.

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

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

-Los **gastos de honorarios profesionales** a Abogado y Procurador son objeto de detenido examen en el D.76/11, que sienta la siguiente doctrina al respecto: Con

carácter general, no procede su indemnización, por la socialización que ello implicaría del riesgo inherente a los siniestros jurídicos, cuyo coste debe ser soportado por los reclamantes. No obstante, el Consejo distingue en el precitado dictamen, según la vía de actuación profesional de que se trate:

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

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

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

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

G) Procedimiento.

Comienza el Consejo advirtiendo de que no deben ser confundidos los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial que dan lugar a una indemnización por daños con los de queja por disfunciones en el funcionamiento administrativo, mala atención o trato desconsiderado, que pueden dar lugar a una sanción por infracción de deberes funcionariales o a la adopción de medidas de mejora en la calidad del servicio, aunque eventualmente puedan ocasionar también daños

morales indemnizables; pero teniendo en cuenta que la queja no implica que se hayan producido daños y que éstos no implican necesariamente un funcionamiento anormal (ya que pueden derivarse de uno normal) de los servicios públicos (D.2/11, D.27/11, D.28/11).

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

-Iniciación: El procedimiento se inicia con la presentación del escrito inicial por el interesado; pero si dicho escrito no cumple los requisitos legales exigidos por los arts. 70 LPAC y 6.1 del Reglamento (RD 429/93), procede requerir de subsanación *ex art. 71 LPAC*, pero ha de tenerse en cuenta: i) que no cabe declarar la inadmisibilidad de la reclamación (D.3/11, D.16/11), salvo que el reclamante no concrete el daño, pues debe ser inadmitida la reclamación cuando la acción que conlleva aún no ha nacido por falta de efectividad del daño, sin perjuicio de que pueda ser reproducida cuando el daño devenga efectivo (D.38/11); y ii) que, una vez realizada cualquier tramitación, por mínima que sea, la reclamación debe entenderse admitida a trámite y continuar en su tramitación, teniéndola por iniciada desde el momento en que el interesado presentó el primer escrito a la Administración (D.16/11). Entre los *defectos subsanables*, se encuentra la acreditación de la paternidad, la filiación o la representación alegadas, y la valoración del daño reclamado (D.16/11). Sobre estos aspectos, el Consejo ha dictaminado en 2011: i) que se debe requerir la acreditación de la personalidad de los reclamantes o sus representantes *ex arts. 32.3 y 4 LPAC* no bastante el apoderamiento verbal para presentar escritos que no sean de mero trámite (D.3/11); y ii) que es defecto subsanable que debe dar lugar a un requerimiento de subsanación *ex art. 71.1 LPAC*, la falta de cuantificación de la indemnización pedida, pues el hecho de que no se valore económicamente el daño en el escrito inicial no es obstáculo para inadmitir la pretensión (D.38/11).

-Instrucción: Una vez presentada la reclamación en forma o subsanados los defectos de que adoleciere, el procedimiento ha de ser *impulsado de oficio* en todos sus trámites (D.3/11). Desde luego, cabe suspender el procedimiento si las secuelas aún no están estabilizadas y así lo pide el reclamante (D.38/11). También es posible, a consecuencia de las alegaciones del interesado en trámite de audiencia, completar el expediente y realizar nuevas pruebas dando traslado de todo ello al interesado para las alegaciones que procedan (D.38/11). En su caso, se deben realizar las actividades de instrucción precisas para determinar el día de estabilización de las secuelas y las partidas indemnizables (D.38/11).

-Dictamen consultivo: Es preceptivo el dictamen previo del Consejo Consultivo, teniendo presente que el mismo puede requerir que se complete el expediente y se practiquen nuevas pruebas, dando audiencia al interesado para alegaciones (D.38/11).

-Resolución. El Consejo ha insistido en que: i) debe evitarse el retraso injustificado en la tramitación, especialmente cuando su falta de complejidad haga injustificable la dilación o tardanza (D.7/11). La resolución, para incluir la necesaria motivación, debe ser notificada y no sólo la parte dispositiva de la resolución (aunque ésta se

remita al cuerpo de la misma), sino toda ella, incluyendo los fundamentos jurídicos (D.7/11).

H) Prescripción.

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

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

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

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

-En el caso de las *secuelas*, el plazo comienza cuando se determina su alcance *ex* art. 142.5 LPAC, esto es, cuando pueden considerarse estabilizados los efectos lesivos; por eso; si no se ha producido la curación o la determinación del alcance de las secuelas, no ha nacido aún la acción para reclamar (D.16/11, D.38/11). Sobre la fecha de estabilización de las secuelas, el Consejo ha declarado en 2011 lo siguiente: i) que las secuelas pueden entenderse estabilizadas aunque se mantenga un tratamiento continuado del paciente y aunque éste presente informes médicos posteriores sobre dichas secuelas consolidadas, pues, de no ser así, la acción podría ejercitarse de manera indefinida, lo que es contrario al precepto legal citado (STS 24-2-09 y D.13/11, D.21/11, D.38/11 y D.49/11); ii) que debe considerarse *dies a quo* de la estabilización de las secuelas la fecha en que el Facultativo comunica al paciente que pone fin al tratamiento rehabilitador tras una última tanda de sesiones tendentes a aliviar las molestias, sin tener en cuenta actuaciones médicas posteriores motivadas por la persistencia de las mismas (D.21/11); y iii) que la calificación por la Seguridad Social de un grado de invalidez en base a las secuelas es *indicio* de la estabilización de éstas a efectos de fijación del *dies a quo* del computo del plazo prescripcional, puesto que la iniciación de un expediente de esa naturaleza supone, por definición, que las secuelas ya están estabilizadas (D.13/11 y D.21/11); pero, como precisa el D.21/11, la firmeza de la resolución de la Seguridad Social por la que se declara al reclamante en un determinado grado de invalidez no puede tomarse como *dies a quo* de la prescripción, ya que recae en un procedimiento que tiene un objeto distinto del de indemnización de daños y perjuicios, como es la determinación de la aptitud laboral del afectado. En este D.21/11 recayó un voto particular del Consejero D. José. María Cid Monreal que, con base en las SSTS 8-10-09 y 24-5-

10, sostiene que el *dies a quo* en estos casos debe ser el de la firmeza en vía administrativa o judicial de la declaración de invalidez por la Seguridad Social.

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

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

2. Responsabilidad de la Administración educativa.

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

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

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

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

3. Responsabilidad de la Administración viaria.

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

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

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

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

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

La misma doctrina ha sido repetida en el D.83/11, al afirmar que puede y debe reclamarse la responsabilidad patrimonial a la Administración competente para prestar el servicio público de que se trate, siempre que el daño sea imputable a su efectiva prestación, aunque el mismo derive en concreto de la conducta de un tercero al que aquélla haya atribuido la facultad de realizar la conducta que luego resulte dañosa.

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

-El D.83/11 la aplica a un caso de actuación del Centro sanitario privado por encargo, en virtud de un concierto con la Administración sanitaria, afirmando que la responsabilidad de ésta es directa, sin perjuicio de la posterior acción de regreso o reembolso que pueda proceder contra el Centro privado en virtud del concierto.

-El D.62/11, para evitar la inseguridad jurídica sobre la imputación de responsabilidad patrimonial, advierte que es preciso aclarar en los conciertos sanitarios si la asistencia sanitaria prestada en un centro privado concertado con la Administración sanitaria pública se limita al acto médico concertado estrictamente considerado o comprende también la atención posterior de las secuelas o incidencias posteriores que el paciente derivado presente a consecuencia de dicho acto médico durante el periodo post-operatorio o de convalecencia.

5. Responsabilidad de la Administración cinegética.

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

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

En suma, como ya señalábamos en 2010, prácticamente se ha truncado la posibilidad de que el Consejo Consultivo siga fijando el cuadro de doctrina sobre responsabilidad cinegética que tanto ha contribuido, no 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.

A) Régimen jurídico.

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

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

-Se mantiene indirectamente el sistema de desplazamiento de la legislación estatal en cuanto que la Ley de Caza de la CAR: i) determina a quién se considera en cada caso titular de los aprovechamientos cinegéticos sobre el terreno del que proceda el animal causante del daño, cuando se trate de un terreno cinegético; ii) aclara que es a dicho titular a quien prioritariamente ha de exigirse la responsabilidad y que subsidiariamente siempre podrá exigirse al propietario, salvo cuando se trate de un terreno no cinegético por ser cercado, vedado voluntario o zona no cinegética voluntaria, en cuyo caso responden sus propietarios; y iii) determina que la CAR es titular de ciertos terrenos cinegéticos (reservas, cotos sociales), así como de los vedados no voluntarios y de las zonas no cinegéticas (D.34/11).

-Se mantiene la posibilidad de concurrencia o incluso de desplazamiento de la responsabilidad de los titulares de aprovechamientos cinegéticos con la de la Administración por funcionamiento de los servicios públicos, especialmente, por la adopción de medidas administrativas especiales ínsitas en los Planes Técnicos de Caza y documentos complementarios, con todas las matizaciones realizadas por el Consejo Consultivo en esta materia (D.68/11, que reproduce la doctrina anterior del Consejo sobre Planes Técnicos de Caza).

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

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

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

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

4/ La referencia a la falta de diligencia en la conservación del terreno acotado, recupera a la

culpa o negligencia como criterio de imputación, es decir, vuelve a la aplicación de la reiterada doctrina de la Sala 1ª del TS sobre la responsabilidad civil extracontractual de presumir la existencia de negligencia, aquí en la conservación del terreno acotado, por parte de los titulares del aprovechamiento cinegético y, en su caso, de su propietario, con la consiguiente inversión de la carga de prueba, debiendo el presunto responsable probar que ha puesto todos los medios para impedir que las piezas de caza abandonen el acotado (D.34/11, D.68/11).

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

B) Doctrina general.

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

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

Por su parte, el D.68/11 reitera que el titular del aprovechamiento cinegético debe presentar el Plan Técnico de Caza a la Administración para su aprobación, de suerte que éste, *ex art.* 76 Reglamento de Caza, fije: i) la existencia o no de la especie cazable; ii) las características del terreno, especificando su potencialidad cinegética e incidencia en la actividad cinegética; y iii) la determinación, potencialidad y estado de las poblaciones cinegéticas presentes en el terreno (D.68/11). El órgano administrativo, una vez presentado el Plan Técnico, puede, *ex art.* 79 Reglamento de Caza, realizar las comprobaciones para constatar los datos y previsiones y, si presenta defectos, devolverlo para su corrección (D.68/11); además, debe informar en estos expedientes : i) del contenido detallado de los Planes Técnicos de Caza en cuanto a las especies susceptibles de aprovechamiento cinegético existentes en el coto; ii) de las modalidades de caza permitidas en el mismo; iii) de las capturas autorizadas; iv) del criterio técnico sobre la posible existencia de la especie dañosa en el coto; y v) sobre la procedencia del animal causante del daño (D.68/11).

Desde luego, la facultad de cazar corresponde a los particulares y, en relación con ella, la actividad de la Administración es exclusivamente de índole autorizatoria. Por ello, el D.68/11 recuerda que la Administración no puede imponer, salvo supuestos tasados, la obligación de cazar, pues el ejercicio de la caza es rogado. La contrapartida de estas limitaciones administrativas cuando existan y de la correspondiente libertad de

decisión de los titulares de aprovechamientos cinegéticos está en el régimen de imputación de los daños causados por las piezas de caza, esa es la ratio de la Ley Caza de La Rioja al imputar dichos daños a los titulares de terrenos que, pudiendo serlo, no son cinegéticos por su propia voluntad, como son los cercados o los no cinegéticos voluntarios (arts. 13, 33 y 34) o aquellos acotados en que, advertida en el Plan Técnico de Caza la existencia de la especie dañosa, su titular no solicita su captura, pues todos estos actos voluntarios tienen como contrapartida la imputación de la responsabilidad por los daños causados por la especie a cuya caza se renuncia.

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

C) Imputación.

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

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

-Cuando, aun no siendo titular del aprovechamiento cinegético, se le imputa la responsabilidad por omisión de la diligencia debida en la adopción de medidas administrativas necesarias, concretadas en la aprobación del correspondiente Plan de Caza (D.68/11).

-Cuando se le impute la responsabilidad por un título extra-cinegético, como el viario, u otro (D.34/11). Respecto a estos casos, especialmente por lo que se refiere a la Administración viaria, el Consejo ha declarado en 2011: **i)** que corresponde a la Administración viaria competente acreditar, de acuerdo con los estándares del servicio (criterios para la señalización en función de la estadística de accidentes producidos en los distintos tramos), que no concurrían circunstancias para señalar, como exige la normativa sobre tráfico, las vías que discurren por el interior de una Reserva Regional de caza (D.34/11); **ii)** que no puede imputarse responsabilidad a la Administración viaria si el estado de conservación de la vía era bueno y estaba suficientemente señalizado el peligro de animales en libertad (D.68/11); y **iii)** que no puede imputarse responsabilidad a una Administración que no es la titular de la carretera en la que se produce el accidente. (D.69/11).

D) Exoneración.

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

-Cuando el animal proceda de un terreno acotado, pues entonces responde de sus daños el titular del aprovechamiento cinegético de ese terreno y, subsidiariamente, los propietarios del mismo *ex art. 33 Ley estatal 1/70, de Caza, por remisión del art. 13.1 Ley 9/98, en la redacción de la Ley 6/07* (D.68/11).

-Cuando el animal proceda de un terreno cercado, vedado o zona no cinegética voluntaria, pues entonces responderá el dueño del terreno *ex art. 13.1.b) Ley 9/98, ya que, ex art. 33 Ley estatal 1/70, no puede haber otro titular del aprovechamiento cinegético* (D.68/11, D.69/11).

-Cuando la falta de concretización de medidas en el Plan Técnico de Caza de un coto no administrativo se debe a la renuncia de su titular a incluir en el aprovechamiento una especie cuya existencia consta en el coto (D.68/11, que aprecia responsabilidad compartida).

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

6. Responsabilidad de la Administración sanitaria.

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, el Consejo advierte que la responsabilidad sanitaria no deriva de un funcionamiento de los servicios públicos sanitarios *en abstracto*, es decir, de un deber abstracto de las Administración para con destinatarios genéricos, sino de un daño efectivo

que nace del incumplimiento por la Administración sanitaria de una específica *obligación de hacer* de la que es acreedor el paciente, que tiene derecho, no sólo a una genérica y abstracta *atención sanitaria*, sino a las prestaciones concretas que su caso requiera (D.65/11, D.75/11, D.77/11, D.79/11, D.80/11 y D.83/11).

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

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

En efecto, partiendo de la idea antes expuesta de que la prestación sanitaria de la Administración es una obligación de hacer conectada con el derecho del paciente a ser atendido en la sanidad pública, no sólo en abstracto sino con las prestaciones concretas que su caso requiera (D.42/11, D.51/11, D.54/11 y D.60/11); parece claro al Consejo que la responsabilidad sanitaria presenta dos fuentes: i) en la primera u ordinaria, que cabe calificar de convenida, participan los Facultativos que actúan por la Administración sanitaria proponiendo al paciente la intervención que estiman requiere su estado de salud (deber y derecho de información) y, además, el propio paciente añadiendo a esa propuesta u oferta su aceptación (consentimiento informado); ii) en la segunda o extraordinaria, en cambio, la fuente de la obligación no es convenida sino legal, pues es la ley la que impone a los Facultativos y demás personal sanitario público la obligación de atender directamente a los pacientes, sin necesidad de consentimiento informado, en los casos en que la atención sanitaria sea urgente. De ahí que, por ser previa, la obligación de la Administración sanitaria es *de medios* y no *de resultados* y sólo responde cuando la conducta de sus Facultativos no es conforme a la *lex artis ad hoc* o, aun siéndolo, excede de lo que ha sido autorizado por el paciente al manifestar su consentimiento informado o por la ley ante una situación objetiva de urgencia (D.42/11, D.51/11, D.54/11, D.79/11 y D.83/11).

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

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

La observancia de la *lex artis ad hoc* es un parámetro de imputación objetiva de responsabilidad a la Administración sanitaria consistente en la exigencia de que 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 previstos para las circunstancias concretas que el mismo presenta (D.13/11, D.49/11).

Sobre este conocido criterio, el Consejo se ha limitado en 2011 a reseñar: **i)** que la *lex artis* constituye el parámetro que permite deslindar aquéllos casos en los que la parte reclamante no debe soportar el daño de aquellos en los que ha de hacerlo (D.81/11); **ii)** que el cumplimiento de la *lex artis* es independiente de que los resultados no sean los deseados (D.81/11); **iii)** que, no habiéndose llevado a cabo asistencia ni intervención alguna que precisara el consentimiento del paciente o de sus familiares, la eventual responsabilidad de la Administración sanitaria habrá de enjuiciarse exclusivamente a la luz del criterio de la *lex artis* para determinar si la misma se ha infringido en la asistencia prestada al paciente (D.37/11); y **iv)** que, en el criterio de la *lex artis ad hoc*, deben incluirse las modulaciones que a la conducta de los Facultativos impone la necesidad de respetar los derechos fundamentales, incluyendo el de la libertad religiosa, especialmente cuando existen instrumentos que atienden a la seguridad jurídica en esta materia, como es el *Protocolo de actuación quirúrgica para los testigos de Jehová* y la convicción de éstos contraria a las transfusiones de sangre (D.77/11).

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

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

-Anestesiología:

-D.42/11 (paciente diagnosticada de bocio multinodular que, al practicársele una tiroidectomía, presenta una tal saturación de oxígeno que requiere que se le practique una traqueotomía de urgencia vital, sin prueba de haberse incumplido la *lex artis ad hoc* en la intubación, pero de la que resultan secuelas de disfagia, disnea y disfonía).

-Cardiología, Angiología y Cirugía vascular:

-D.59/11 (paciente con marcapasos, operada de recambio trivalvular, medicada con Sintrom y afectada por numerosas embolias cerebrales desde hace más de 20 años, que sufre un leve accidente isquémico transitorio –AIT- compatible con un cuadro de hipoglucemia inicialmente diagnosticado y que es descartado tras un TAC practicado a las 24 h. del accidente).

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

-Ginecología, Obstetricia y Neonatología:

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

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

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

-Medicina interna y del aparato digestivo:

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

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

-Neumología:

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

-Neurología:

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

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

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

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

-Odontología:

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

-Oftalmología:

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

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

-Oncología:

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

-Otorrinolaringología:

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

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

-Pediatria:

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

-Traumatología:

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

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

finalmente es tratada también de forma adecuada).

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

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

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

-D.81/11 (paciente con fractura del húmero derecho que es reducida quirúrgicamente con arreglo a la *lex artis ad hoc*, enclavándola con osteosíntesis endomedular, aunque resultaron secuelas neurovasculares, axonotmesis y pseudoartrosis, todos ellos riesgos típicos objeto de consentimiento informado).

4º.- Criterio de la exigencia del consentimiento informado:

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

-Respecto a su **naturaleza**, el consentimiento informado *no es una causa de exoneración* por sí mismo, ni constituye una especie de salvoconducto para el Facultativo (de manera que, producido cualquier riesgo contenido en el mismo, ello ya sea suficiente para desestimar la existencia de responsabilidad patrimonial), puesto que el Facultativo, en todo caso, ha de actuar conforme a la *lex artis ad hoc* y ha de acreditarse que el riesgo típico no se ha producido como consecuencia de una defectuosa atención prestada (D.75/11).

-Respecto a su **especificidad**: **i)** el consentimiento prestado *para la inclusión en una lista de espera quirúrgica* no sufre al preciso 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.21/11); y **ii)** el consentimiento prestado *para la anestesia* puede implicar el consentimiento para la operación en sí, si se prueba que el paciente fue informado al respecto, habida cuenta de la íntima conexión entre ambos aspectos que ha señalado la jurisprudencia (D.21/11).

-Respecto a su **forma**: **i)** la exigencia de que el consentimiento informado conste *por escrito* tiene la consecuencia de invertir la carga de la prueba, de suerte que, caso de no existir el documento firmado por el paciente, será la Administración quien haya de acreditar que ha proporcionado a éste toda la información necesaria para que, libremente conocedor de las ventajas e inconvenientes, adopte su decisión (D.21/11); y **ii)** la utilización para el consentimiento informado de un *modelo normalizado* impreso con el contenido general propuesto por la Sociedad médica de la Especialidad correspondiente puede contener información suficiente para un caso concreto si éste encaja en las previsiones generales (D.32/11).

-Respecto a la **prueba** del consentimiento informado, ésta incumbe a la Administración sanitaria (D.21/11).

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

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

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

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

En concreto, el Consejo ha considerado en 2011 como riesgos típicos los siguientes: i) la rotura de la cápsula posterior del cristalino en una operación de cataratas (D.32/11); ii) la perforación vesical tras laparotomía o laparoscopia tras extracción de un DIU (D.51/11); iii) la insuficiencia cardíaca y la mediastinitis con dehiscencia esternal tras una intervención quirúrgica cardíaca para sustitución de la válvula mitral por una prótesis mecánica bivalva (D.62/11); iv) el edema cerebral y la paresia de extremidades tras una craneotomía para el clipaje de un aneurisma de arteria cerebral (D.63/11); v) la neuropatía isquémica del nervio óptico derivada de eventos vasculares por hemorragia endonasal producida durante una cirugía endoscópica de senos paranasales (D.75/11); vi) las metatarsalgias, la recidiva de la deformidad, la limitación del movimiento articular y otras molestias residuales a una intervención quirúrgica, que puedan requerir tratamiento ortopédico o incluso una segunda intervención (D.79/11); y vii) la fístula biliar tras una colecistectomía laparoscópica (D.83/11).

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

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

7º.- Criterio de la *pérdida de oportunidades terapéuticas*.

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

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

Sin embargo, el Consejo *no ha apreciado* en 2011 la pérdida de oportunidades terapéuticas: i) cuando las pruebas diagnósticas omitidas carezcan de valor predictivo para un diagnóstico precoz (D.37/11); y ii) cuando ha existido continuidad asistencial sin periodos entre lesión, diagnóstico y el tratamiento correcto. D.81/11.

Finalmente, el D.2/11 analiza una cuestión concomitante cual es la del *terapeuta indicado para el tratamiento del paciente*, declarando que éste no tiene derecho a que las pruebas diagnósticas no se las realice un Médico Interno Residente (MIR), ni la intervención de éste es conducta susceptible de causar daño, ni siquiera moral, pues, de aceptarse una indemnización por tal causa, se estaría en cuestión todo el sistema de formación y especialización de los Médicos españoles, que se consigue precisamente a lo largo de un periodo de residencia, máxime cuando, en el caso, el MIR actuó bajo la supervisión del correspondiente Médico Adjunto, que también realizó la prueba (D.2/11).

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

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

-Por inexistencia de relación causal según el criterio de la *condicio sine qua non*: en el D.45/11 (paciente al que un Cirujano General practica conforme a la *lex artis ad hoc* la exégesis de un quiste facial de la que resultan secuelas cicatriciales “en culo de pollo” que no pueden ser imputadas como perjuicio estético alegando que debió haber sido operado por un Cirujano Plástico).

-Por interferencia del paciente en el nexo causal: i) en D.53/11 (paciente con pie diabético que se traslada voluntariamente a centro sanitario privado para diagnóstico y

tratamiento); y ii) en D.66/11 (paciente con marcapasos que no acude a la cita programada para la sustitución de la pila o generador temporal del mismo y sufre una lesión por caída doméstica, sin prueba de si se debió a un tropiezo causal o a un síncope por disfunción del aparato).

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

En cuanto a la **efectividad del daño**, el Consejo ha declarado que no hay daño efectivo: **i)** en el caso de un paciente al que se suspende en el mismo quirófano la práctica de una prostatectomía radical para sustituirla por un tratamiento radioterápico pues lo aconsejaba la idiosincrasia del paciente; y, aunque podía haberse previsto antes, el diagnóstico y tratamiento fue el adecuado, el retraso careció de trascendencia y la ligera zozobra por el incidente se compensa por la que se evitó al no tener un periodo post-operatorio (D.2/11); **ii)** cuando todavía no se conoce el alcance de las dolencias o no se han estabilizado las secuelas, por lo que en tales casos es preciso acreditar en el expediente el estado de salud del reclamante para saber si permanece en estado de curación o ya no es susceptible de mejoría (D.43/11); y **iii)** cuando el paciente no ha probado que el retraso en la práctica de las pruebas diagnósticas en la sanidad pública haya comprometido sus posibilidades de curación y tampoco hay daño moral, al habérselas practicado voluntaria e inmediatamente, en la sanidad privada (D.60/11).

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

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

Esta doctrina ha sido completada en 2011 con las siguientes precisiones: **i)** el error de diagnóstico sólo es título de imputación si causa daño y deriva de una infracción de la *lex artis ad hoc* (D.50/11, D.52/11, D.60/11, D.81/11); y **ii)** el error en el diagnóstico inicial efectuado en la sanidad pública y detectado luego por una prueba posterior realizada en la sanidad privada no responsabiliza de por sí a la Administración sanitaria si no se tradujo en un daño personal o moral al paciente probado por éste (D.60/11).

Este criterio ha provocado varias *exoneraciones* e *imputaciones* de responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria en 2011, relativas a casos en que se alegó *error de diagnóstico o de tratamiento* o diversas variantes de los mismos.

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

desbridamiento quirúrgico de la articulación afectada, seguida de tratamiento antibiótico, en vez de supresión antibiótica seguida de intervención quirúrgica para desbridar).

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

-Por ***inexistencia de error de diagnóstico***: i) D.13/11 (paciente con politraumatismo y secuelas tras caída desde una altura de cuatro metros, correctamente diagnosticado y tratado, que presentó luego un diagnóstico privado de sospecha de hernia diafragmática que no se objetivó al ser intervenido, aunque la operación de toracotomía descubrió y reparó una rotura del diafragma); ii) D.63/11 (paciente con un cuadro de parestesias faciales, disestesias y disartria de casi 10 años de evolución, que, tras un episodio agudo en el que se le practican en el Servicio de Urgencias de su Centro sanitario público pruebas analíticas y de TAC sin contraste, es diagnosticada allí de parálisis facial periférica; pero que, 4 días después, reingresa en un Hospital de referencia donde, tras practicarle nuevos TAC, RMN y arteriografía, es diagnosticada de posible ictus isquémico vertebro-basilar asintomático y de un aneurisma en la bifurcación de la arteria cerebral media –ACM- derecha, sin posibilidad de embolización, por lo que, tras un periodo en lista de espera, es objeto allí mismo de una craneotomía con clipaje del aneurisma, de la que resultan secuelas de edema cerebral post-quirúrgico, no de sutura, y paresia braquial y crural, que son riesgos típicos objeto de consentimiento informado y que remiten con el tiempo).

-Por ***inexistencia de retraso en el diagnóstico***: i) D.5/11 (paciente diagnosticada y tratada correctamente de cefalea migrañosa que, al día siguiente, presenta una hemorragia subaracnoide correctamente tratada); ii) D.65/11 (paciente diagnosticado y tratado acertadamente del Síndrome de Guillain Barré tras diez días en que fue atendido de urgencia según la sintomatología que presentaba debido al difícil diagnóstico temprano de esta dolencia).

-Por ***irrelevancia práctica en el caso de la prueba diagnóstica omitida***: i) D.37/11 (paciente que hubiera fallecido igualmente aunque la prueba omitida se hubiera realizado); ii) D.37/11 (falta de carácter predictivo de las pruebas omitidas, por lo que no existe pérdida de oportunidades terapéuticas).

-Por ***inexistencia de daño tras un cambio de tratamiento***: D.2/11 (paciente al que no se practica una prostatectomía radical por decidirse en el mismo quirófano sustituirla por un tratamiento radioterápico a la vista de su idiosincrasia).

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

En todos los ámbitos de responsabilidad patrimonial de la Administración resulta fundamental la *prueba*; pero en el sanitario 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 resulta apoyada por doctrinas de *amabilización* de la prueba, tales como las de la *culpa virtual*, la del *daño desproporcionado*, el criterio de *facilidad* (la mayor facilidad probatoria para una de las partes, cfr. art. 217.5 LEC) o el criterio *res ipsa alloquitur* (D.19/11, D.25/11).

El criterio *res ipsa alloquitur* (la cosa habla por sí sola) significa que, si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción (D.19/11). Este criterio implica inclinarse por la idea de que algo tuvo que hacerse mal para provocar un daño que en otro caso sólo se explicaría por un desgraciado cúmulo de circunstancias adversas (D.19/11, D.25/11).

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

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

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

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

11º.- Criterio del daño producido “con ocasión” del servicio pero no “como consecuencia” del mismo:

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

12º.- Criterio del estándar de los servicios.

Obviamente, no resulta exigible que la Administración tenga todos los servicios previstos en su *Cartera* en el mismo Centro sanitario. Así, el D.45/11 señala que no

resulta exigible ser operado de un quiste facial por un Cirujano Plástico en vez de por un Cirujano General; y el D.54/11 precisa que no resulta exigible ser suturada una herida facial por un Cirujano Plástico en vez de por un Cirujano General al no existir la Especialidad de Cirugía plástica o estética en la cartera del Servicio de Urgencias.

13º.- Criterios indemnizatorios.

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

-Valoración.

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

-Daños morales.

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

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

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

-Daños desproporcionados.

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

-Gastos en sanidad privada.

El Consejo parte del principio de que no son indemnizables los gastos producidos por el traslado voluntario del paciente a otro Centro distinto del sanitario público donde podía haber sido atendido, ya que el paciente, por supuesto, tiene derecho a trasladarse voluntariamente a un centro sanitario privado para ser atendido en el mismo, pero asumiendo entonces dicho paciente los gastos correspondientes, sin poder repercutirlos ni exigirlos a la sanidad pública, ya que ha roto voluntariamente la relación jurídica con la sanidad pública, que es gratuita, extracontractual y de carácter legal; y ha contraído voluntariamente otra con la sanidad privada, que es contractual, onerosa y de Derecho privado, por lo que conlleva obviamente la obligación del paciente de pagar los gastos correspondientes, sin poder luego exigirlos a la sanidad pública, salvo caso de asistencia urgente, inmediata y de carácter vital, que es el único supuesto en que cabe pedir dicho reembolso como una reclamación en materia de prestaciones de Seguridad Social (D.8/11, D.53/11).

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

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

Esto dicho, insiste el Consejo en que tampoco no debe ser confundido el *procedimiento de reclamación de gastos ex RD 63/95*, que forma parte del Sistema de la Seguridad Social y cuyo conocimiento compete a la jurisdicción social (ahora reducidos al caso de urgencia vital inmediata sin posibilidad de acceso a la sanidad pública ni de utilización abusiva o desviada de la privada), con el *de reclamación de responsabilidad patrimonial ex LPAC*, que forma parte del Sistema de responsabilidad administrativa cuyo conocimiento compete a la contencioso-administrativa y que, si se cumplen los requisitos generales, comprende no 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.27/11).

Para discernir ambos procedimientos, el Consejo señala: i) que puede considerarse que estamos ante un procedimiento de reintegro de gastos cuando la cantidad reclamada

es la de las facturas de la sanidad privada (D.27/11); y ii) que no concurre *riesgo vital* en una paciente que se traslada voluntariamente a la sanidad privada para someterse a una prueba diagnóstica para la que había sido citada más tarde por la sanidad pública (D.60/11).

VI. DOCTRINA SOBRE REVISIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS.

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

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

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

2. Causas de nulidad de pleno Derecho.

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

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

-La *esencialidad* de los requisitos: i) debe referirse al sujeto que realiza o al objeto sobre el que recae la actividad; ii) ser incontrovertible; y iii) afectar a un acto que determine el nacimiento de un derecho o un facultad en el sujeto (nombramientos, concesiones) o que posibilite la efectividad de uno que el sujeto ya tenía, como sucede en el caso de las autorizaciones.

-No todos los requisitos para la adquisición de una facultad o derecho merecen la calificación de *esenciales*, pues, como ha señalado el Consejo de Estado (D.2151/09) una interpretación amplia de los mismos comportaría fácilmente una desnaturalización de las causas legales de invalidez, por cuanto la carencia de uno de ellos determinaría la nulidad de pleno derecho, vaciando de contenido no pocos supuestos de simple anulabilidad, lo que representaría un grave peligro para la seguridad jurídica; de suerte que tal esencialidad debe quedar reservada para los requisitos más básicos y significativos que estén directa e indisolublemente ligados a la naturaleza misma del derecho o facultad adquiridos, como son los que determinan, en sentido estricto, la adquisición del derecho o facultad de que se trate.

-Por tanto, el art. 62.1.f) LPAC debe ser objeto de una *interpretación estricta* para evitar una interpretación extensiva y amplia de los requisitos esenciales.

-Debe, pues, distinguirse entre requisitos *esenciales* y meramente *necesarios*, pues sólo los primeros pueden fundar una declaración de nulidad de pleno Derecho.

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

-Reconocimiento del derecho al cobro (aunque todavía no se había procedido a su pago) de ayudas en régimen de pago único de la política agraria común (PAC) a personas que carecían de los requisitos esenciales exigidos para ello por el RD 1680/09, regulador de dichas ayudas en desarrollo de los Reglamentos (CE) 74/09, del Consejo, y 1120/09, de la Comisión, por no ser viticultores, no ser titulares de suficientes parcelas vitícolas, no estar inscritos en ningún registro agrario ni de alta en la Seguridad Social Agraria (D.44/11).

-Reconocimiento de cuatro años de antigüedad a un Médico estatutario del SERIS, que se traducen en un trienio a efectos retributivos, en concepto de servicios prestados como MIR en una Clínica universitaria privada concertada para ello, por no haber sido prestados a una entidad del sector público, como exige la Ley estatal 70/78 de reconocimiento de servicios previos. En este caso, el D.40/11, con cita de doctrina de otros Altos Órganos Consultivos, entiende que el acto es nulo, aunque, en el caso, se aplicó el art. 106 LPAC para exceptuarlo de revisión, con un voto particular en contra que entiende que se trata de un caso de anulabilidad susceptible de impugnación por la vía de la lesividad.

3. Procedimiento de revisión de oficio.

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

En cuanto a la *competencia* para iniciar y para resolver, en la Administración autonómica riojana, el régimen vigente se encuentra contenido en Ley 4/2005, y, al respecto, el Consejo ha declarado en 2011 que:

-Su art. 48.1 ha aclarado que estos procedimientos de revisión se iniciarán por el órgano autor del acto, salvo cuando se trate de actos dictados por los Consejeros, por

el Consejo de Gobierno o por el máximo órgano rector de los organismos públicos, en cuyo caso, la competencia corresponderá al Consejo de Gobierno; si bien la declaración de nulidad se efectuará por los Consejeros cuando los actos deriven de órganos inferiores (D.40/11 y D.44/11).

-En el caso del SERIS, corresponde a su Presidente, que es el Consejero competente en materia de salud, dictar la resolución de inicio y al Consejo de Gobierno resolver el procedimiento (D.40/11).

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

Sobre el trámite de *audiencia a los interesados*, el Consejo ha declarado en 2011 que, en el procedimiento de revisión, debe darse audiencia a los interesados por un plazo máximo de 15 días *ex art.* 84 LPAC (D.40/11 y D.44/11).

Respecto a la *suspensión* del procedimiento de revisión, el Consejo ha advertido que la misma procede, *ex art.* 42.5. c) LPAC, desde el momento de solicitar el dictamen al Consejo Consultivo hasta que éste sea recibido (D.40/11 y D.44/11).

La *caducidad* (en procedimientos iniciados de oficio) se produce a los tres meses *ex art.* 102.5 LPAC, tanto si el procedimiento se inició a iniciativa de la propia Administración como a instancia de parte (D.40/11 y D.44/11, que reiteran la doctrina especialmente desarrollada en el D.46/08).

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

4. Límites de la revisión de oficio.

La revisión de oficio no es ilimitada. El fundamento de sus límites estriba en el carácter exorbitante de la potestad administrativa de revisión, derivada de la de autotutela, a diferencia de los particulares que están sujetos, salvo casos excepcionales, a la heterotutela judicial (D.40/11).

Dichos límites son los *intrínsecos*, derivados de los arts 102 y 103 LPAC, y los *extrínsecos*, contemplados en el art. 106 LPAC, especialmente el transcurso del tiempo (D.40/11).

También constituye un límite el *principio de confianza legítima* que, procedente del Derecho alemán, de donde lo tomó el Derecho europeo (SSTJUE 22-3-61 y 13-7-65, asunto *Lemmerz-Werk*), ha sido recibido por nuestra jurisprudencia (desde STS 1-2-90

hasta STS 25-2-10 y STC 4-10-90) y, desde 1999, en el art. 3.1 LPAC; y no es una condición subjetiva sino el respeto a una apariencia objetivamente generada por la Administración (D.40/11).

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

5. Anulación e indemnización.

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

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

VII. DOCTRINA SOBRE MATERIAS CONCRETAS.

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

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

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

2. Función pública.

A) Acceso.

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

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

B) Estatuto de los funcionarios públicos.

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

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

C) Reconocimiento de servicios previos.

El D.40/11 versa sobre un caso de *reconocimiento de servicios previos (antigüedad)*. Al respecto, el Consejo ha aclarado que: i) dicho reconocimiento de servicios se rige por la Ley estatal 70/78, que exige haberlos prestados en entidades del sector público, por lo que no pueden ser reconocidos los servicios prestados en entidades privadas; ii) una Clínica universitaria privada no pertenece al sector público a efectos de la Ley

70/78 aunque esté habilitada por éste para impartir la formación de Médicos Internos Residentes (MIR) y concertada para prestar, en ciertos supuestos, asistencia sanitaria a afiliados al Sistema de la Seguridad Social; iii) la certificación de servicios previos emitida por una entidad privada en el modelo oficial establecido por el RD 1181/89 para las entidades públicas no convierte en administrativo el acto correspondiente.

Pero, esto dicho, el D.40/11 matiza que: i) no es conforme a la buena fe y a la confianza legítima volver sobre un acto administrativo declarativo de derechos, como el de reconocimiento de servicios previos, cuando ya es firme y ha sido ejecutado y consentido durante años por la Administración en el libramiento y pago de las sucesivas nóminas mensuales a un empleado público; y ii) tampoco es conforme a la equidad ni está suficientemente razonado desde la perspectiva de la igualdad, reconocer servicios previos a los MIR que los prestaron en Clínicas públicas y no a quienes lo hicieron en privadas concertadas para ello y para la asistencia en determinados casos a afiliados a la Seguridad Social, si bien este pronunciamiento lo es a efectos de aplicar el art. 106 LPAC para impedir la revisión de oficio de un acto concreto, por lo que el Consejo advierte que no resulta generalizable.

D) Asistencia sanitaria.

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

3. Sanidad:

A) Centros de micropigmentación y perforación cutánea (*piercing*).

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

B) Desfibriladores externos:

El D.41/11, como ya hicieran los D.71/08 y D.88/08, analiza el Derecho autonómico comparado regulador de la materia, concluyendo que la regulación por norma reglamentaria del uso de desfibriladores externos carece de cobertura legal, si se quiere imponerlo obligatoriamente a personas físicas o jurídicas particulares ajenas a centros pertenecientes al sector público; sin perjuicio de que pueda acometer por reglamento una política de adquisición de estos aparatos o promover su empleo mediante ayudas o subvenciones para su adquisición.

4. Servicios Sociales

A) Naturaleza de los mismos y su Cartera.

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

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

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

Ahora bien, advierte el D.22/11 que los servicios sociales tienen una dimensión económica imprescindible, pues los legalmente implantados están limitados por las disponibilidades presupuestarias, sin las que se convierten en meras palabras vacías.

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

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

B) Beneficiarios.

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

C) Precios públicos por prestación de servicios sociales:

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

VIII. CONCLUSIÓN.

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

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

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

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

=====