

CRÓNICA DEL CONSEJO CONSULTIVO DE LA RIOJA (2009)

IGNACIO GRANADO HIJELMO

SUMARIO: **I. Novedades institucionales.** – 1. Normativa del Consejo Consultivo. – 2. Renovación de Consejeros. – 3. Datos estadísticos. – 4. Relaciones institucionales. – **II. Doctrina del Consejo Consultivo.** – 1. Doctrina consultiva en asuntos de constitucionalidad: Dictamen sobre el primer conflicto constitucional en defensa de la autonomía local planteado en La Rioja. – A) *La autonomía local: su concepto, contenido y límites.* – B) *El conflicto en defensa de la autonomía local: Requisitos y, en especial, el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo.* – C) *Fondo del asunto: la posible inconstitucionalidad, por lesión de la autonomía local, del art. 40.2 de la Ley 5/2008, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para 2009, que modifica el art. 196.1 de la Ley 5/2006, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja (LOTUR).* – D) *Conclusión.* – 2. Doctrina consultiva sobre el procedimiento administrativo especial de elaboración de disposiciones generales. – A) *Trascendencia y régimen jurídico.* – B) *Iniciación.* – C) *Integración.* – D) *Memorias.* – E) *Tabla de derogaciones y vigencias; Borradores y Anteproyecto.* – F) *Trámites de audiencia e información pública.* – G) *Negociación colectiva de la norma proyectada.* – H) *Informes y dictámenes preceptivos, en especial el del Consejo Consultivo.* – I) *Especialidades del procedimiento de elaboración de Anteproyectos de Ley.* – 3. Doctrina sobre técnica normativa. – A) *Régimen.* – B) *Parte expositiva.* – C) *Intitulación.* – D) *Promulgación.* – E) *Articulado.* – F) *Terminología jurídica y precisiones léxicas y gramaticales.* – G) *Relaciones inter-normativas.* – H) *Disposiciones Finales.* – I) *Disposiciones derogatorias.* – 4. Doctrina en materia de contratación administrativa. – 5. Doctrina en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. – A) *Responsabilidad de la Administración general.* – B) *Responsabilidad de la Administración viaria.* – C) *Responsabilidad de la Administración cinegética.* – D) *Responsabilidad de la Administración sanitaria.* – E) *Responsabilidad de la Administración docente.* – F) *Responsabilidad de la Administración como tutora de menores.* – G) *Responsabilidad de la Administración por daños producidos por sus concesionarios o contratistas.* – 6. Doctrina sobre revisión de actos administrativos. – 7. Doctrina consultiva sobre materias concretas: Servicios Sociales. – 8. Conclusión.

PALABRAS CLAVE: Consejo Consultivo; Comunidad Autónoma; La Rioja; Derecho Autonómico; Constitución; Estatuto de Autonomía; Conflicto en defensa de la autonomía local; Reglamentos; Técnica legislativa; Responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

I. NOVEDADES INSTITUCIONALES

1. Normativa del Consejo Consultivo

Si exceptuamos la anual aprobación de fondos presupuestarios,¹ el Consejo Consultivo de La Rioja ha continuado durante 2009 rigiéndose por la normativa de que dábamos cuenta en anteriores Crónicas.²

2. Renovación de Consejeros

La composición del Consejo Consultivo ha experimentado durante 2009 la renovación del Consejero D. Pedro de Pablo Contreras,³ quedando el Consejo integrado de la siguiente forma: *Presidente y Consejero electivo*: D. Joaquín Espert Pérez-Caballero; *Consejeros electivos* D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras; D. José María Cid Monreal; y D.^a Carmen Ortiz Lallana.

3. Datos estadísticos

En 2009, el Consejo ha celebrado 20 sesiones, ha adoptado 3 Acuerdos; su Presidente ha firmado 297 Resoluciones; se ha aprobado la Memoria del año 2008 y se han emitido 98 Dictámenes (1 sobre asuntos constitucionales y

1 Ley 4/2008, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la CAR para 2009 (B.O.R. núm. 167, del 29, y B.O.E. núm. 22, de 26 de enero de 2009), art 1. a) y D.A. 1ª.

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

3 El 24 de julio de 2009 concluyó el mandato de D. Pedro de Pablo Contreras como Consejero Consultivo de La Rioja de propuesta parlamentaria. Comunicada esta circunstancia al Parlamento de La Rioja, éste volvió a proponerle para el referido cargo, mediante Acuerdo unánime del Pleno de 10 de septiembre de 2009 (DS núm 41, de la misma fecha, pág. 1687; y BOPLR, Serie C, núm. 206, de 16 de septiembre de 2009). En consecuencia, por el Decreto del Presidente 14/2009, de 18 de septiembre, fue renovado D. Pedro de Pablo Contreras como miembro del Consejo Consultivo de La Rioja (BOR núm. 119, de 23 de septiembre).

estatutarios; 1 sobre Anteproyectos de Ley; 20 sobre Proyectos de reglamentos; 1 sobre revisión de oficio de actos administrativos; 3 sobre contratación administrativa; y el resto sobre responsabilidad administrativa en diversos ámbitos, de los cuales 48 en el ámbito sanitario, 2 en el docente, 10 en el viario, y 2 en el cinegético), lo que supone una disminución en 61 dictámenes con respecto a 2008 en que se emitieron 159 Dictámenes, debida al incremento legal hasta 6.000 € de la cuantía para las consultas en materia de responsabilidad patrimonial que antes estaba fijada en 600 €. Los artículos doctrinales archivados digitalmente en el Consejo ascienden ya a 11.603 y los libros de su biblioteca a 2.829.⁴

4. Relaciones institucionales

El Consejo Consultivo de La Rioja ha mantenido durante el año de 2009 las habituales relaciones institucionales con el Consejo de Estado, los Altos Órganos Consultivos y los Servicios Jurídicos de las Comunidades Autónomas.

Destacan especialmente en este apartado los siguientes eventos: i) *XI Jornadas de la Función Consultiva*, organizadas por el Consejo Consultivo de Murcia, celebradas en dicha ciudad del 21 al 24 de octubre de 2009; ii) Jornada celebrada en Madrid el día 23 de junio de 2009, para coordinar la creación de una página web conjunta de los Consejos Consultivos; iii) Jornadas organizadas por el Consejo Consultivo de Madrid el 17 y 18 de septiembre de 2009, con motivo del primer aniversario de la creación de dicho Consejo; y iv) las *XV Jornadas del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía*, celebradas en Sevilla el 19 y 20 de noviembre de 2009.

II. DOCTRINA DEL CONSEJO CONSULTIVO

1. Doctrina consultiva en asuntos de constitucionalidad: Dictamen sobre el primer conflicto constitucional en defensa de la autonomía local planteado en La Rioja.

Si en los *Repertorios de 2006, 2007 y 2008* dábamos cuenta de una renovada intensidad de las consultas sobre asuntos constitucionales,⁵ en el *de 2009*

⁴ Todos estos datos resultan de la *Memoria* del Consejo Consultivo de 2009 que se publica en el *Repertorio* anual de distribución institucional y en la precitada página web del Consejo en internet www.ccrioja.es.

⁵ Debida a las consultas formuladas sobre la reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (LO 6/06), las Leyes estatales 20/05, sobre el tabaquismo, y 6/06, de modificación de

debemos seguir dando cuenta de una nueva consultas en este capítulo, ya que el Consejo Consultivo se ha pronunciado sobre un importante asunto de tipo constitucional, cual es el Dictamen 34/09 sobre el primer *conflicto en defensa de la autonomía local* promovido en La Rioja desde la introducción de este nuevo tipo de proceso constitucional en la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTIC), por la Ley Orgánica 7/1999, de 21 de abril, que redactó al tal efecto los nuevos arts. 75 *bis*, *ter*, *quater* y *quinque* LOTIC.

El Ayuntamiento de Logroño y 35 municipios riojanos más promovieron el conflicto en defensa de la autonomía local sobre la posible inconstitucionalidad del art. 40.2 de la Ley 5/2008, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para 2009, que modificó el art. 196.1 de la Ley 5/2006, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja (LOTUR), por el que se exceptúan de licencia municipal las obras públicas que la Comunidad Autónoma de La Rioja (CAR) declare de interés general al estar destinadas al desarrollo y ejecución de los instrumentos autonómicos y supramunicipales de ordenación del territorio previstos en la LOTUR, como son la *Estrategia Territorial de La Rioja (ETR)*, las *Directrices de Actuación territorial (DAT)*, las *Zonas de Interés Regional (ZIR)* y los *Planes de Interés Supramunicipal (PIS)*.

Aunque en el fondo del conflicto subyacía el doble interés del Ayuntamiento de Logroño y del Gobierno de La Rioja en proyectar sus respectivas competencias urbanísticas sobre una concreta ZIR declarada en el término municipal logroñés por el Gobierno autonómico riojano (la llamada *eco-ciudad* proyectada en el Monte *El Corvo*), y a nadie se le ocultaba tampoco el enfrentamiento político generado por esta actuación entre ambas Administraciones públicas y los partidos políticos que las gobiernan, lo cierto es que, desde el punto de vista jurídico, los Ayuntamientos promotores consideraban que la exención legal de licencias municipales en los entornos declarados de interés general por la CAR minoraba la autonomía local, especialmente cuando dicha exención no les parecía adoptada con carácter general sino «ad hoc», es decir, mediante una norma que reputaban singular en cuanto que dictada para resolver el asunto expresado mediante la reforma de un concreto precepto de la LOTUR, operada por otro de la denominada «Ley de acompañamiento» a la de Presupuestos Generales (PG) de la CAR para 2009.

El Consejo Consultivo tenía que intervenir en este complejo asunto jurídico-político al ser preceptivo su dictamen en los conflictos constitucionales en defensa de la autonomía local (*ex art. 75 ter* 3 LOTIC). Es la primera vez que se ha planteado en La Rioja este tipo de conflicto constitucional, del que existe muy escasa experiencia, debido a novedad de su regulación, a la limitada

legitimación que el art. 75 *ter* LOTC impone para plantearlo, y a la restrictiva interpretación adoptada por el TC sobre su objeto.⁶ Estas circunstancias exigen que examinemos con detalle el Dictamen 34/09 recaído en el mismo, distinguiendo los grandes aspectos jurídicos sobre los que se pronuncia.

A) *La autonomía local: su concepto, contenido y límites*

Como es lógico, el D.34/09 comienza recordando la doctrina constitucional general sobre el concepto y naturaleza jurídica de la autonomía local.

En primer término, la autonomía local –recalca el Dictamen– es un derecho constitucional reconocido en los arts. 137, 140 y 141 CE, como plasmación organizativa y funcional del principio de autogobierno ciudadano implantado tras la Revolución francesa. Recuerda así el D. 34/09 que, según el art. 3 de la Carta Europea de Autonomía Local, ratificada por España en 1988, dicha autonomía local es el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales de ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su propia responsabilidad y en beneficio de sus habitantes.

Advierte el D. 34/09 que la CE reconoce la autonomía a los entes locales «*para la gestión de sus respectivos intereses*», pero no señala su alcance y contenido, por lo que es un concepto *de configuración legal* (STC 170/89).

la legislación sobre Montes, así como sobre la posible inconstitucionalidad de algunos preceptos de la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (LO 5/07), de la Ley estatal 8/07, de Suelo y su Texto refundido (RDLeg 2/08); del RD 1472/07, de regulación de la renta básica de emancipación de los jóvenes; y de la D.A. 56ª de la Ley 51/07, de Presupuestos Generales del Estado (PGE) para 2008.

- 6 En el momento del planteamiento del conflicto que nos ocupa, el TC sólo había entrado al fondo en un conflicto en defensa de la autonomía local (STC 240/06, por la que se desestima la pretensión de la Ciudad autónoma de Ceuta de asumir la aprobación definitiva de los instrumentos de planificación urbanística) ya que la STC 47/08 se limita a declarar sin objeto el conflicto planteado por diversas entidades locales del Área de l'Hota por derogación de la Ley autonómica valenciana impugnada; y los demás conflictos presentados han sido inadmitidos por falta de legitimación activa de los promotores (Autos TC núms. 418/03; 46 y 359/04; 360, 361, 362 y 363/05; y 322 y 326/07). En el caso del conflicto que comentamos, el Auto TC 251/09, por el que se pone fin al mismo, es peculiar ya que, si bien lo declararía inadmisibles por prematuro, sin embargo analiza prácticamente el fondo del asunto para aducir que la norma impugnada es general y la lesión de la autonomía local sólo puede apreciarse, pero no *a priori* y por el TC, sino *a posteriori* y por la jurisdicción contencioso-administrativa, con ocasión de aplicaciones concretas de la misma, tal y como mantuvo el Consejo Consultivo de La Rioja en el D. 34/09.

Ahora bien, la autonomía local es un derecho construido con la técnica de las *garantías institucionales*, así denominadas porque 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 instituciones, en este caso, 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).

Pero, tal y como recuerda el D.34/09 en base a la STC 4/81, autonomía no es soberanía, sino un poder limitado en el marco de la ley; y ello resulta especialmente cierto en el caso de las entidades locales pues son poderes públicos que participan en la distribución vertical del poder, graduándose la misma en función de los intereses locales que concurren los respectivos ámbitos.

Esto implica, en suma, que la autonomía local puede ser legítimamente afectada por leyes autonómicas (D.71/05), aunque exista una reserva de ley (*ex* 25.3 LBRL), para la determinación de las competencias locales (D.8/08). Esta potencial y legítima afectación de la autonomía local por la legislación autonómica es la que hace, por ejemplo, que sea preceptivo para los entes locales recabar dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que tramiten, sin que dicha consulta minore la autonomía local, pues forma parte del procedimiento común en la materia (D. 135/08).

Lo mismo sucede en materia urbanística donde el D. 34/09 afirma que el núcleo mínimo indisponible por el legislador –que ha de asegurarse a los entes locales– supone la intervención de los entes locales en el plano de la ejecución y gestión urbanística, de suerte que sean reconocibles por los ciudadanos como instancias autónomas e individualizadas de toma de decisiones (STC 159/01 y 51/04), pero no impide el ejercicio, por el Estado (como señala para Ceuta la STC 240/06) o por la Comunidad Autónoma, de las competencias de ordenación territorial que la legislación, estatal o autonómica, en la materia les confiera sobre espacios o aspectos declarados de interés supra-municipal.

Conjugar ambos criterios supone una coordinación entre las Administraciones autonómica y locales afectadas, sin que necesariamente la misma deba realizarse sólo mediante el instrumento del acto autorizatorio o de licencia municipal, ya que, como afirma el D. 34/09, la participación de los entes locales –garantizada por la autonomía local– puede asegurarse mediante diversas técnicas, como aprobaciones iniciales, informes preceptivos, participaciones orgánicas u otras formas de colaboración institucional.

En resumen, 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 delimitan 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 su ámbito territorial respectivo. Pero, esto dicho, una de las Leyes que, desde luego, pueden configurar y delimitar el alcance y contenido de la autonomía local en materia de urbanismo es la autonómica de ordenación del territorio y urbanismo.

B) El conflicto en defensa de la autonomía local: Requisitos y, en especial, el dictamen preceptivo del Consejo Consultivo

Como recuerda el D.34/09, el conflicto en defensa de la autonomía local es un tipo de proceso ante el TC que fue introducido en la LOTC por la LO 7/1999, de 21 de abril, para subsanar el déficit señalado en ésta última por el D.2484/98 del Consejo de Estado y abrir así un cauce para que las entidades locales puedan defender ante el TC su autonomía constitucionalmente garantizada.

El primer requisito exigido para su planteamiento y en el que insiste el D.34/09 es que la norma impugnada tenga rango de ley, ya que, si lo tiene de reglamento, puede ser impugnada en vía contencioso-administrativa. Ahora bien, dicha norma ha de lesionar la autonomía local, ya que no pueden alegarse en este conflicto otros motivos de inconstitucionalidad (STC 240/06). El conflicto que nos ocupa cumplía este primer requisito ya que se dirigía contra un precepto legal y no se alegaban otros motivos de inconstitucionalidad distintos a la pretendida lesión de la autonomía local.

Un segundo requisito –que la LOTC configura de manera muy limitada y que el TC ha interpretado de forma estricta– es la legitimación activa para plantearlo, ya que –como señala el D.34/09– es colectiva y debe ejercitarse en litisconsorcio activo necesario determinado por el art. 75 *ter* LOTC.⁷ A dife-

7 El art. 75 *ter* LOTC sólo permite plantear este conflicto: i) al municipio o provincia que sea destinatario único de la Ley (fue el caso de Ceuta resuelto por STC 240/06); ii) a un número de municipios que supongan al menos un séptimo de los existentes en el ámbito territorial de aplicación de la ley y que representen como mínimo un sexto de la población oficial de dicho ámbito (en este apartado se amparaba el conflicto que nos ocupa); y iii) a un número de provincias que supongan al menos la mitad de las existentes en el ámbito territorial de aplicación de la ley y que representen como mínimo la mitad de la población oficial.

rencia de lo sucedido en la mayoría de los conflictos en defensa de la autonomía local planteados hasta ahora ante el TC, en el que fue objeto del D.34/09 también se cumplía este requisito ya que tanto el número de los municipios impugnantes como el volumen de su población superaban los límites mínimos exigidos.

Se exige, en tercer lugar, como requisito formal el Acuerdo plenario aprobado por el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de cada una de las entidades consorciadas activamente para plantear el conflicto. El D.34/09, tras analizar el voluminoso expediente remitido, comprobó el escrupuloso cumplimiento de este requisito de forma.

Quizá la más importante novedad procedimental en la regulación del conflicto en defensa de la autonomía local estribe en la exigencia –como cuarto requisito– de un previo y preceptivo Dictamen del Consejo de Estado u Órgano Consultivo Superior de la Comunidad Autónoma respectiva. Siendo la primera vez en que se planteaba una consulta de este tipo, el D.34/09 sienta la doctrina sobre la intervención del Consejo Consultivo en este proceso y que se resume en los siguientes pronunciamientos sobre el carácter y contenido de dicho dictamen: i) que es un dictamen preceptivo, *ex art. 75 ter 3 LOTC*, en relación con los arts. 11, j), de la Ley 3/2001, reguladora del Consejo Consultivo de La Rioja; y 12,2, j), de su Reglamento, aprobado por Dto.8/02; ii) que dicho dictamen preceptivo no es vinculante; iii) que, en cuanto a su contenido, el dictamen ha de versar sobre si la disposición con rango de ley objeto del conflicto en defensa de la autonomía local lesiona dicha autonomía; y iv) que, con carácter previo, el Consejo ha de pronunciarse sobre si concurren todos los requisitos necesarios para plantear el conflicto.

En cuanto al importante aspecto –quinto requisito– de los plazos para consultar, dictaminar y presentar el conflicto ante el TC, el D. 34/09 aclara que: i) el plazo para consultar es, según el art. 75 *quater* 1 LOTC, el de tres meses desde el día de publicación de la ley impugnada; ii) el plazo para dictaminar es el ordinario que señala la normativa reguladora del Consejo; y iii) el plazo para plantear el conflicto ante el TC, es el de un mes a que se refiere el art. 75 *quater* LOTC y comienza a correr a partir de la recepción del dictamen consultivo por los promotores del conflicto.

En cuanto al contenido del dictamen consultivo, el D.34/09 realiza tres importante precisiones:

- 1ª. Que el único parámetro que el Consejo Consultivo y luego el TC tiene para resolver estos conflictos es el contenido del derecho constitucional a la autonomía local tal y como ha sido interpretado por el propio TC.
- 2ª. Que el contenido de la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL), al ser una Ley ordinaria del Estado, no puede actuar como parámetro de constitucionalidad con respecto de las leyes estatales cuando éstas sean las impugnadas en un conflicto en defensa de la autonomía local (STC 240/06).
- 3ª. Que, sin embargo, la LBRL –y en general la legislación estatal básica sobre régimen local– puede ser canon de validez de la legislación autonómica que afecte al régimen local, si bien limitada estrictamente a aquellos aspectos de dicha legislación básica que sean enraizables directamente en los arts. 137, 140 y 141 CE (STC 240/06).

C) Fondo del asunto: la posible inconstitucionalidad, por lesión de la autonomía local, del art. 40.2 de la Ley 5/2008, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para 2009, que modifica el art. 196.1 de la Ley 5/2006, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja (LOTUR).

Una vez sentada la doctrina general aplicable sobre los aspectos procedimentales, el D.34/09 se adentra en el fondo del conflicto planteado que no era sino la posible inconstitucionalidad, por lesión de la autonomía local, de un único precepto legal, concretamente del art. 196.1 LOTUR, en la redacción dada al mismo por la Ley 5/08. Como hemos adelantado, dicho precepto exceptúa de licencia municipal a las obras públicas de interés general de la CAR destinadas al desarrollo y ejecución de los instrumentos de ordenación del territorio.

El Consejo comienza advirtiendo que la exención de licencia municipal es un aspecto concreto de un problema más amplio cual es el suscitado por la *conurrencia de distintos títulos competenciales sobre un mismo espacio físico*. Dicha concurrencia es efecto de la distribución constitucional de competencias sobre el territorio, por lo que no es inhabitual en el Estado autonómico (STC 181/88) y debe solventarse mediante *fórmulas de cooperación* entre las Administraciones afectadas que, como han señalado varias SSTC (32/83; 77/84; 227/88 y 123/03, entre otras), pueden instrumentarse mediante inter-

cambios de información, emisión de informes previos, órganos de composición o participación y otras técnicas adecuadas.

Opta, pues, el Consejo, por la resolución convencional de estos conflictos; pero indica que, si los mecanismos de composición o cooperación voluntaria son insuficientes para resolverlos, la decisión final ha de corresponder al titular de la *competencia prevalente* (STC 77/84 y 56/86), lo que exige fijar cuál sea ésta.

Un caso paradigmático era el de las *competencias del Estado sobre bienes de dominio público estatal*, en el que, frente a la pretensión estatal de considerar al demanio como ámbito de *jurisdicción* estatal privativa, el Consejo de Estado (D.10-5-52) y la STS 24-1-74 determinaron que el ejercicio de estas competencias estatales no excluía el de las municipales.

Por eso, en materia urbanística, la legislación estatal ha previsto tradicionalmente la sujeción a licencia municipal de las obras previstas por el Estado, si bien mediante la técnica del *informe previo* por la entidad local sobre si la obra prevista afectaba al planeamiento, ya que, caso de disconformidad, decide en definitiva el Consejo de Ministros, cuya decisión obliga, en su caso, a modificar el planeamiento municipal (arts. 167 LS'56, 180 TRLS'76; 244 LS'92 y DA 10ª TRLS'08), formula esta que es respetuosa con la autonomía local según el criterio precitado del predominio final de la competencia prevalente, como expresamente recuerda el D.34/09.

Pero el Consejo Consultivo advierte que los excesos estatales en el empleo del mecanismo «*sustitutivo*» previsto en los citados preceptos de la normativa urbanística estatal han sido *corregidos* por la jurisprudencia (STS 24-4-92), distinguiendo las obras incluibles en la competencia de *ordenación del territorio* (que son de competencia estatal y no pueden quedar frustradas por la autonomía local) y las incluibles en la competencia sobre *urbanismo* (que deben quedar sujetas a licencia municipal), planteamiento este que las STC 36/94, 149/98 y 46/07 han extendido ahora a las competencias estatales y autonómicas «*con incidencia territorial*».

Por ello, al amparo de dicha doctrina constitucional, la legislación sectorial sobre diversos tipos de demanio (ferrocarriles, carreteras, puertos, aeropuertos, obras hidráulicas) ha adoptado diversas técnicas de coordinación entre las decisiones de las autoridades supralocales y las municipales. Estas técnicas están inspiradas muchas veces en el procedimiento sustitutivo de la legislación urbanística, dando lugar –como oportunamente señala

el D. 34/09– a diversos pronunciamientos jurisprudenciales y del TC, en general favorables a la primacía del planeamiento superior sobre el inferior, siempre que la obra esté justificada estrictamente por un interés público más alto y prevalente.

Concretamente, la legislación portuaria (art. 19.3 LPMM) ha sido examinada por la STC 40/98 que sienta el criterio de que las obras propiamente portuarias están exceptuadas de licencia municipal, pero no las *complementarias* a los puertos, como las recreativas, culturales o industriales, las cuales precisan licencia municipal; el mismo criterio ha sido aplicado a las obras en aeropuertos por la STC 204/02.

Pues bien, el Consejo Consultivo entiende en el D.34/09 que esta doctrina constitucional resulta extrapolable a las CC.AA. y a sus leyes urbanísticas, de suerte que son conformes a la CE y respetuosos con la autonomía local los preceptos de las mismas que eximen de licencia municipal, mediante la técnica de el sometimiento a informe previo municipal, la adecuación al planeamiento vigente de la obra autonómica prevista, siempre que la exclusión afecte exclusivamente a las obras de interés regional en sentido estricto y no a instalaciones complementarias.

Precisa el D.34/09 que estas técnicas de coordinación de competencias de Administraciones de distintos niveles han sido recogidas en el art. 84.3 LBRL al sujetar a licencia municipal las obras de otras Administraciones, pero respetando lo dispuesto en las leyes sectoriales; criterio éste seguido también por el art. 193.1 de la Ley 1/03, de Administración Local de la CAR.

En este sentido, concluye el D.34/09 que el art. 196 LOTUR es conforme a la CE en cuanto que reproduce los preceptos semejantes de la legislación estatal urbanística y sólo ha de examinarse la constitucionalidad de la *adición* operada por la Ley 5/08 al eximir de licencia municipal las obras de interés regional *en desarrollo y ejecución de instrumentos de ordenación del territorio*, si bien para ello el Consejo Consultivo entiende que hay que examinar cada uno de los cuatro previstos en la LOTUR.

- Los dos primeros instrumentos de ordenación territorial previstos en la LOTUR son la *Estrategia Territorial de La Rioja (ET)* y las *Directrices de Actuación territorial (DAT)*, pero su carácter estratégico y ordenador del territorio, mediante simples criterios y orientaciones para la localización de equipamientos y dotaciones regionales, hace que no sean lesivas de la autonomía local por sí mismas, aunque –advierte el D.34/09– puedan

serlo los proyectos concretos que se aprueben en su ejecución, si no están estrictamente vinculados al interés regional que los justifica.

- El tercer instrumento de ordenación territorial previsto por la LOTUR esta constituido por las *Zonas de Interés Regional (ZIR)*, que tienen una vocación más ordenadora al conllevar planes especiales, normas urbanísticas u ordenanzas y poder ser incluso independientes de las DAT, por lo que, en su procedimiento de aprobación, debe existir una intervención municipal al menos en vía de informe, como técnica necesaria para que sean respetuosas con la autonomía local. Por ello, el Consejo entiende que el art. 32.6 LOTUR –que sólo prevé la intervención de la COTUR y del Consejero–, es contrario a la autonomía local y podría ser cuestionado, no ampliando el conflicto en defensa de la autonomía local, al haber precluido el plazo para ello, pero sí mediante una cuestión de inconstitucionalidad planteada en el marco de un proceso contencioso-administrativo contra actos de aplicación. Por otra parte, entiende el D. 34/09 que es aplicable a las ZIR la doctrina constitucional en materia portuaria y aeroportuaria antes referida, de suerte que la exclusión de licencia municipal para las obras proyectadas en ejecución de las mismas no lesiona la autonomía local cuando las mismas estén amparadas estrictamente por el interés regional que las justifica, pero lesiona dicha autonomía cuando se trate de dotaciones, instalaciones, infraestructuras o edificaciones *complementarias*, las cuales deben quedar sujetas a licencia municipal.
- El cuarto instrumento de ordenación territorial previsto en la LOTUR son los *Planes de Interés Supramunicipal (PIS)*, los cuales –en criterio del D.34/09– no lesionan la autonomía local ya que, los *de iniciativa privada* requieren licencia municipal; y los *de iniciativa pública*, si bien quedan eximidos de ella, sin embargo, en su procedimiento de aprobación, se prevé la necesaria intervención de los municipios afectados mediante la técnica del informe previo y siempre requieren la declaración de interés regional, que es un acto motivado y no discrecional, susceptible de recurso contencioso-administrativo.

D) Conclusión

Por todo ello, concluye el Consejo Consultivo que el art. 196.1 LOTUR, en la redacción dada al mismo por el art. 40 de la Ley 5/08, no es lesivo de la autonomía local, en los términos razonados en el FJ 4 del D.34/09, si bien los actos que se dicten en su aplicación pueden ser impugnados en vía conten-

cioso-administrativa y, en el marco de la misma, mediante cuestión de inconstitucionalidad, si los instrumentos con virtualidad ordenadora se aprueban sin intervención de los municipios afectados; si no hay motivo para declarar el interés regional de la actuación, o si la exclusión de la licencia municipal no se limita a las obras estrictamente amparadas por la declaración de interés regional, sino que se extiende a infraestructuras, dotaciones, equipamientos o edificaciones no directamente conectadas con el interés regional que las justifica.

Hay que destacar que el conflicto que nos ocupa fue tramitado por el TC (asunto 5305/2009) y resuelto por su Pleno mediante Auto de 13 de octubre de 2009 por el que, conforme con los razonamientos del Consejo Consultivo de La Rioja, dicho conflicto ha sido inadmitido, no por falta de legitimación activa, sino por su planteamiento prematuro, ya que el precepto impugnado no es inconstitucional considerado en términos abstractos y generales, sin perjuicio de que pudieran no ser conformes a Derecho los actos dictados en su aplicación, los cuales pueden ser impugnados ante la jurisdicción ordinaria que es la sede a la que queda deferido el concreto asunto subyacente en el conflicto.

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

Durante 2009, el Consejo Consultivo ha emitido 20 Dictámenes sobre otros tantos Proyectos de disposiciones reglamentarias, generalmente con forma de Decreto.⁸ En los correspondientes Dictámenes, el Consejo, además de señalar cuestiones de fondo, ha continuando perfilando su conocida y didáctica doctrina sobre la potestad reglamentaria, el procedimiento admi-

⁸ Concretamente, tales Proyectos se referían a las siguientes materias: i) *Administración pública* (Funcionarios locales con habilitación estatal; Atención al ciudadano); ii) *Agricultura* (Órganos de gestión de figuras de calidad agroalimentaria y Consejo Regulador de la producción ecológica); iii) *Educación* (Régimen retributivo del personal de la UR; Primer Ciclo de Educación Infantil; Creación de centros de educación obligatoria; Inspección educativa); iv) *Cultura* (Instituto de Estudios Riojanos; Currículum de los Estudios Superiores de Diseño); v) *Deporte* (Reconocimiento empresarial deportivo); vi) *Industria* (Registro de artesanía); vii) *Juego* (Planificación de juegos y apuestas; Reglamento del bingo); viii) *Medio Ambiente* (Intervención administrativa en evolución de Planes y Programas; Reglamento de pesca); ix) *Trabajo* (Registro de Asociaciones Profesionales de Trabajadores Autónomos; Prevención de riesgos laborales); x) *Sanidad* (Registro de Profesionales Sanitarios; Registro de Centros, Servicios y Establecimientos sanitarios); y xi) *Servicios Sociales* (Prestaciones de inserción social).

nistrativo especial de elaboración de disposiciones generales y la técnica legislativa, insistiendo en los siguientes aspectos:

A) Trascendencia y régimen jurídico

En primer lugar, el Consejo ha continuado resaltando la *importancia* del cumplimiento de estos trámites, que, no sólo debe ser formal, sino con rigor, ya que se refiere a disposiciones que integrarán el ordenamiento jurídico y cuyo incumplimiento puede ser apreciado por la jurisdicción contencioso-administrativa, caso de recurso, como causa de invalidez de las normas reglamentarias aprobadas (DD 3, 6, 7, 23, 39, 40, 44, 52, 57, 65, 66, 68, 70, 76, 79, 81, 89, 91, 96, y 98/09).

En cuanto a *normativa aplicable*, el Consejo ha subrayado que este procedimiento se encuentra regulado, no sólo en la Ley 4/05, sino también en la normativa reguladora del Consejo Consultivo de La Rioja (D. 76/09); pero el de elaboración de Proyectos de Ley se regula en la Ley 8/03, de 28 de octubre, del Gobierno e Incompatibilidades de sus miembros, art. 45, relativo a la iniciativa legislativa del Gobierno (D.46/09). La normativa general de la Ley 4/05 debe ser integrada, armonizada e interpretada conjuntamente con las normas especiales previstas para la modificación de la normativa estatutaria de los organismos autónomos (D.3/09).

B) Iniciación

Respecto a la *Resolución de inicio*, el Consejo ha seguido insistiendo en la *competencia* para dictarla, reiterando su anterior doctrina de unificación de criterios⁹ apuntando únicamente como novedades:

- Que la atribución de la competencia para iniciar al Director General puede hacerse mediante *una norma de expresión genérica* (p.e. «normas sobre Asociaciones») que comprende las específicas, sin que pueda objetarse luego, pues sería una interpretación formalista, que la inclu-

⁹ Dicha doctrina (reiterada en los DD. 7, 39, 66, 91, 96/09) consiste en que compete dictarla: i) en los Proyectos tramitados bajo la Ley 3/95, al Consejero competente por razón de la materia, salvo que expresamente se atribuya a otro órgano (DD. 28, 33, 35, 38, 44, 52/07); y ii) tras el art. 33.1 Ley 4/05, al órgano competente por razón de la materia, de suerte que, una vez determinada la Consejería genéricamente competente, corresponde a su Consejero titular dictar esta Resolución de inicio, determinando en ella a qué órgano se asigna la tramitación, debiendo entender que lo será el Secretario General Técnico, salvo

sión posterior de una de ellas (p.e. «Asociaciones profesionales») signifique que ésta antes no estaba comprendida en la expresión genérica (D.40/09).

- Que, en el Organismo Autónomo *Instituto de Estudios Riojanos (IER)*, según sus normas estatutarias, la propuesta de modificación de su normativa debe ser aprobada inicialmente por 3/4 de los componentes de su Consejo de Administración y, a través de su Presidente (que es el Consejero de adscripción), elevada a la Consejería de adscripción, pero, dentro de ella, no corresponde al Consejero de adscripción, pese a ser el mismo Presidente del IER, dictar la Resolución de inicio, sino que la propuesta debe ser trasladada por dicho Consejero de adscripción (como tal y no como Presidente del IER) al órgano competente dentro de la misma para iniciar el procedimiento de elaboración (actualmente, el Director General de adscripción), sin perjuicio de que, una vez elaborado, con todos los informes precisos, incluido el de la Secretaria General Técnica, sea elevado, a través del Consejero de adscripción (como tal y no como Presidente del IER), al Consejo de Gobierno para su aprobación como Decreto; todo ello salvo que la propuesta no sea de modificación, sino de disolución del IER, en cuyo caso la iniciativa corresponde en exclusiva al Gobierno, a propuesta de la Consejería de adscripción (D.3/09).

En cuanto al *contenido*, esta Resolución debe expresar, según el art. 33.2 Ley 4/05: i) el objeto y finalidad de la norma proyectada; ii) las normas legales que, en su caso, deba desarrollar; y iii) el fundamento jurídico en el *bloque de la constitucionalidad* de la competencia ejercida por la CAR (DD. 6, 39, 44, 76, 91, 98/09).

Respecto a su *datación*, es obvio que esta Resolución no puede ser fechada después del borrador de la norma y su Memoria justificativa (D.6/09).

que se asigne a una Dirección General o a otro órgano, lo cual puede hacerse *ad casum* o mediante una disposición general reglamentaria (como así se ha hecho en los Decretos de estructura orgánica de las distintas Consejerías que suelen atribuir esta competencia a los Directores Generales); sin perjuicio de que el Consejero pueda avocar para sí esta competencia mediante acuerdo expreso *ex art. 14 LPAC*; y todo ello sin perjuicio, en su caso, de los efectos convalidantes de la precitada disposición general o de la eventual aprobación final por el Consejo de Gobierno (DD. 17/07 –ampliamente–, y 7, 8, 14, 31, 55, 66, 67,71, 73, 85, 86, 120, 121, 136, 158/08).

C) Integración

Por otra parte, el Consejo ha seguido insistiendo en la necesidad de que el expediente se le remita íntegro, habiendo declarado sobre la *integración del expediente* (DD. 3, 6, 7, 23,39, 44, 57, 76, 79, 81, 91 y 98/09): i) su necesidad, por razones de seguridad jurídica, para mostrar de forma ordenada, clara, completa, numerada, paginada y cronológica (comenzando por el primero y no en orden inverso), los documentos que lo integran; y ii) la observancia, a efectos de integración del expediente, del art. 40 Ley 4/2005. Obviamente, las fotocopias de documentos impresos por ambas caras deben recoger ambas y no sólo una de ellas, aunque luego aparezca en otra parte del expediente (D.76/09).

D) Memorias

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

- La *Memoria inicial*: i) debe ajustarse al contenido y estructura formal del art. 34.2 Ley 4/05 (D.23/09); ii) debe emitirse sobre el borrador inicial, no sobre el Anteproyecto, y, por tanto, debe emitirse antes de la emisión de otros informes que deban versar sobre el Anteproyecto (D.57/09). Excepcionalmente, puede tenerse por Memoria un Informe redactado por un Jefe de Servicio con el Vº Bº del Director General que tenía que elaborarla, siempre que cumpla con el contenido legal exigido (D.68/09).
- En cuanto a la *Memoria final*, debe referirse a todo el *iter* procedimental, dar cuenta sucinta de los antecedentes, trámites practicados y su resultado, así como de las modificaciones introducidas a consecuencia de las alegaciones e informes recaídos, con exposición motivada de las que hayan sido rechazadas. Debe aludir también a la adecuación al ordenamiento jurídico del texto del Anteproyecto. Su ausencia es defecto que debe subsanarse antes de la elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno (D.76/09).
- Finalmente, la *Memoria económica* tiene por objeto que luzca en los Proyectos normativos el eventual coste de la ejecución y puesta en prác-

tica de las medidas que en los mismos se prevean (DD.39 y 40/09). Debe acompañarse siempre, tanto si es negativa (o sea, cuando la norma proyectada no produce coste alguno) como positiva (D.7/09). *Es precisa*: si se trata de crear nuevos servicios, órganos o registros administrativos (DD. 40, 89 y 91/09) o la adaptación a sus disposiciones de centros existentes (D.39/09); y también si el expediente contiene una referencia a las partidas presupuestarias afectadas (D.39/09). Pero *no es precisa* si no se genera coste, aunque esto hay que indicarlo y motivarlo debidamente. En los demás casos, *es necesaria* como medida de previsión, programación, planificación y racionalización de actividad administrativa (DD. 3 y 23/09). Finalmente, esta memoria económica *es conveniente* cuando la disposición no genera directamente gastos, pero sí una norma que ha de desarrollarla en el siguiente ejercicio económico (D.70/09).

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

Sobre esta *Tabla*, el Consejo ha declarado en 2009 que es precisa pues afecta al principio de seguridad jurídica en cuanto a la certeza en el conocimiento y aplicación del Derecho; y que no debe condicionarse la entrada en vigor de una norma reglamentaria a la previa derogación de una norma con rango de ley que ya ha sido derogada (D.23/09).

Se ha ocupado, también en 2009, el Consejo Consultivo de los *Borradores* y del *Anteproyecto*.

A este respecto, ha declarado el Consejo que: i) no deben incorporarse al expediente en cascada todos los borradores que revelen la inmadurez de la norma proyectada, sino solo los que ya estén suficientemente depurados (D. 40/09); ii) basta con que existan dos borradores: uno *inicial*, en el que, tras un examen exhaustivo de la materia, se proceda a su articulación con visos de seriedad; y otro *final*, en el que se recojan las observaciones y sugerencias admitidas de entre las planteadas, se corrijan defectos materiales o formales que hayan sido advertidos durante la instrucción del procedimiento (D. 46/09); iii) si no hay alegaciones, el borrador inicial puede convertirse en final (D.39/09); iv) el borrador *inicial* debe estar fechado (D. 76/09); v) la Memoria inicial debe versar sobre el borrador inicial, antes de cualquier otro informe, no sobre el Anteproyecto y después de los informes recaídos sobre éste (D.57/09); vi) la declaración por la SGT de los trámites e informes necesarios para la tramitación del Anteproyecto debe ser concreta y no genérica (D.44/09).

F) Trámites de audiencia e información pública

Sobre estos trámites, el Consejo ha reiterado en 2009 su anterior doctrina.

Así, ha sentado en 2009 que: i) el *trámite de audiencia* es distinto del de información pública (DD. 3, 6, 7, 44, 57, 76, 79, 81, 91, 96, 98/09) como aclaran los arts 36 y 37 de la Ley 4/05 (DD. 3, 23, 44, 57, 76, 89, 98/09) y no son intercambiables (D.44/09); ii) el trámite de audiencia a los interesados –directamente o a través de las entidades reconocidas por la ley, que los agrupen o representen–, debe darse cuando lo exija una norma con rango de ley o disposición que afecte a los derechos o intereses legítimos de los ciudadanos (DD. 6, 39 y 91/09); y iii) debe darse audiencia a las entidades referidas en la norma proyectada (DD.6 y 81/09)..

Este trámite puede cumplirse consultando a órganos representativos generales, como el *Consejo Económico y Social* (CES; D.40/09); o sectoriales.

En 2009 el Consejo ha considerado incluidos en este segundo grupo a los siguientes órganos: el *Consejo Escolar de La Rioja* (CER; D.39/09); la *Federación Riojana de Municipios* (FRM, D.6/09); el *Colegio Oficial de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local de La Rioja* (D.6/09); el *Consejo Social de la Universidad* (D.7/09); y el *Consejo Riojano de Artesanía* (D. 52/09). También considera el Consejo que debe darse audiencia al *Colegio Oficial de Farmacéuticos*, en proyectos de disposiciones que incluyan o excluyan de su ámbito a Botiquines o Farmacias (D.89/09); y al *Consejo de Producción Agraria Ecológica de La Rioja*, en materia de agricultura ecológica (D. 76/09).

Por otra parte, el Consejo ha declarado a este respecto que: i) no es preceptiva la audiencia corporativa en *reglamentos meramente organizativos* e internos que no afecten a derechos o intereses legítimos de los ciudadanos, pero sí cuando les afecte (D.3/09); y ii) cuando *el proyecto procede de la entidad a la que debe darse audiencia*, puede darse por cumplido el trámite, pero siempre dejando constancia en el expediente de la intervención previa de la entidad afectada (D.7/09).

G) Negociación colectiva de la norma proyectada

El D.39/09, sobre un proyecto de reglamento referente a Centros de Educación Infantil, contempla un aspecto hasta ahora inédito en la doctrina consultiva riojana cual es el considerar como un trámite del procedimiento de elaboración de las disposiciones generales la negociación colectiva previa

de la norma proyectada, cuando así lo exija la legislación aplicable en materia de personal.

El precitado D. 39/09 considera que es necesaria la previa negociación de la norma proyectada con los representantes del personal cuando ésta aborde algún *asunto susceptible de negociación colectiva* según la legislación vigente en la materia, pero no en los demás asuntos. Concretamente, debe ser negociada la norma cuando *afecte a la relación de servicio* de los empleados públicos, pero no cuando afecta al personal como profesionales habilitados para el ejercicio de una profesión que coincide con una función administrativa, como es la educativa, pues ello obligaría a sectorizar la norma al ser distintos los sistemas de representación y determinación de las condiciones de trabajo.

A estos efectos, el D.39/09 considera que afectan a la relación de servicios las normas relativas a acceso a la función pública, carrera administrativa, provisión de puestos de trabajo, calendario laboral, horarios, jornadas y permisos y demás circunstancias propias del estatuto jurídico del personal de la Administración pública.

La distinción entre normas negociables y no negociables es importante pues el D.39/09 precisa que una norma ajena a cuestiones objeto de negociación colectiva puede, sin embargo, exigir en su ejecución adaptaciones que sí incidan en asuntos negociables.

Finalmente, el D.39/09 señala también la distinción entre negociación de un proyecto normativo y participación en su elaboración. En efecto, que una norma no deba ser negociada no significa que las organizaciones representativas del personal no deban participar en el proceso de elaboración de la norma participando en órganos a los que su proyecto sea consultado o emitiendo informes sobre el mismo.

H) Informes y dictámenes preceptivos, en especial el del Consejo Consultivo

En esta materia, el Consejo ha reiterado la necesidad de observar su regulación en el art. 39 Ley 4/05 (DD. 3, 6, 7, 57, 76, 79, 81, 91, 96, 98/09) añadiendo que deben recabarse de nuevo los informes de los órganos correspondientes cuando el texto que se les envió experimente cambios significativos o sustanciales (DD.40 y 46/09).

En este ámbito, el Consejo se ha ocupado en 2009 especialmente: i) del Informe de la *Secretaría General Técnica (SGT)*;¹⁰ ii) del Informe del *Servicio de Organización, Calidad y Evaluación (SOCE)*;¹¹ iii) del Informe de la *Asesoría Jurídica (Dirección General de Servicios Jurídicos)*;¹² y iv) por supuesto, del *dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja (CCR)*.

Sobre su propia intervención en el procedimiento que nos ocupa, el Consejo ha declarado que su dictamen es *preceptivo* en *disposiciones generales*, tal y como ha reiterado la normativa y jurisprudencia al respecto (DD. 23, 39, 44, 57, 65, 68, 70, 89, 91/09). Sobre esta preceptividad, el Consejo ha reiterado en 2009 que su dictamen es preceptivo: i) en reglamentos *ejecutivos* o que desarrollen una ley estatal o autonómica, aunque sean meramente organizativos y carentes de efectos externos, pues la excepción de dictamen a que alude la STS 5-6-01 solo afecta a los reglamentos independientes (que no desarrollen ninguna ley) y de puro ejercicio de la potestad doméstica de autoorganización (D.52/09); ii) en reglamentos que desarrollen Leyes Orgánicas (D.57/09); y iii) en Decretos que modifican otros, algunos de los cuales son meramente orgánicos, por lo que no fueron objeto de dictamen previo, y otros sustantivos, que desarrollan una Ley (D.76/09).

Y ha completado esta doctrina precisando: i) que revela una anomalía recabar dictamen del Consejo para la disposición modificadora cuando no se recabó para la modificada (D.57/09); ii) que la preceptividad no puede eludirse alegando que la disposición general no desarrolla una ley estatal, sino

¹⁰ Sobre el *informe de la Secretaría General Técnica*, ha declarado el Consejo que debe relatar el *iter* procedimental seguido para la redacción de la disposición proyectada, la valoración de las alegaciones efectuadas y justificar el borrador final de la misma (D.91/09).

¹¹ Sobre el *Informe del SOCE*, el Consejo ha declarado en 2009: i) que es preceptivo, *ex* Decretos. 58/97 (hasta 15-11-07) y 125/07 (desde 15-11-07), para la creación o modificación de órganos o procedimientos (DD. 3, 6, 23, 40, 44, 81/09); ii) que es previo y habilitante, *ex* art. 4 del Decreto 125/07, sobre toda normas por la que se cree, modifique o suprima un procedimiento administrativo (D.23/09); iii) que es preceptivo aunque la elaboración de la norma se regule por un procedimiento especial (D.3/09); y iv) que debe volver a pedirse el informe del SOCE cuando el Proyecto ha experimentado después del primer informe del SOCE cambios relevantes (D.40/09).

¹² Sobre el *Informe de Asesoría Jurídica*, el Consejo ha declarado: i) que es preceptivo pues resulta exigido por el art. 39.3 de la Ley 4/05 (D.23/09); ii) que es último, lo que significa que debe recaer en la fase final de la tramitación, inmediatamente antes de la redacción de la Memoria final y del Anteproyecto que se someterá a dictamen del Consejo Consultivo, en su caso (D.39/09); y iii) que debe recabarse de nuevo cuando el texto que se envió para emitir el primer informe jurídico haya experimentado cambios significativos o sustanciales (D.40/09).

un reglamento estatal que llamaba a las Administraciones autonómicas para un cierto complemento del mismo, pues cuando una ley estatal requiere primero un desarrollo reglamentario estatal y luego otro autonómico, la relación del reglamento autonómico con el estatal no es de jerarquía, sino que sólo se explica por el principio de competencia (normalmente, en virtud de la técnica bases-desarrollo, englobando en el reglamento estatal bases que la CA debe respetar), de suerte que, con independencia de la vinculación del Reglamento autonómico al estatal por razón de la competencia, el mismo se dicta en ejecución y desarrollo de la ley estatal, única a la que está sometida por razón de la jerarquía (D.57/09).

Por otro lado, el Consejo ha insistido en 2009 en que sus dictámenes en esta materia comprenden, en cuanto a su *contenido*, los juicios de *estatutoriedad*, *legalidad* y *jerarquía* normativa respecto al proyecto examinado (DD. 39, 65, 70, 76/09), así como el *juicio sobre la competencia* de la CAR para regular la materia. (D.108/08), y el examen de su ajuste al *bloque de la constitucionalidad* (DD.89 y 91/09).

I) Especialidades del procedimiento de elaboración de Anteproyectos de Ley

Cuando el texto elaborado no tiene rango reglamentario sino el carácter de Anteproyecto de Ley, el Consejo ha señalado en su D.46/09 algunas especialidades procedimentales: i) que el procedimiento de elaboración se regula en la Ley 8/03, de 28 de octubre, del Gobierno e Incompatibilidades de sus miembros, art. 45, relativo a la iniciativa legislativa del Gobierno; ii) que el trámite de audiencia corporativa no es preceptivo; y iii) que el contenido del dictamen del Consejo Consultivo, que es facultativo, se limita al *juicio de constitucionalidad y estatutoriedad*.

3. Doctrina sobre técnica normativa

En 2009 ha continuado el Consejo Consultivo sentando criterios sobre la mejora de la técnica legislativa de las disposiciones generales, entre los que destacan los siguientes:

A) Régimen

Pueden tomarse como referencia las Directrices de Técnica Normativa dadas para el Estado central mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de julio de 2005 (D.76/09).

B) Parte expositiva

El Consejo considera que la expresión *Preámbulo* debe ser reservada a las normas más fundamentales del sistema normativo, como la Constitución, y la de *Exposición de Motivos* a las Leyes, por lo que, en los Proyectos de reglamentos, la *parte expositiva* no debe recibir denominación específica alguna (D.76/09).

Pero, esto dicho, dicha parte expositiva: i) debe indicar los *títulos competenciales* que amparan la norma que se dicta (D.44/09); ii) debe indicar la *normativa estatal básica* que, en su caso, desarrolle (D.7/09); iii) debe justificar una regulación reglamentaria cuando antes se incluía en una con rango de Ley que ha sido derogada (D.23/09); iv) no debe incluir contradicción entre los propósitos manifestados en la misma y el contenido del texto aprobado, como ocurre, p.e., si refiere que se traspone una Directiva liberalizadora y luego el contenido normativo es intervencionista (D.46/09); v) no debe citar una ley estatal que fue básica y que ha dejado de serlo al ser derogada o desplazada por otra estatal básica posterior que es la única que desarrolla por la disposición autonómica en la que se contiene la parte expositiva (D.57/09); vi) no debe citar un reglamento estatal que fue básico pero ha dejado de serlo al dictarse una nueva ley estatal básica posterior que mantiene la vigencia de los reglamentos anteriores sólo en cuanto no se le opongan, lo que implica que los mismos siguen vigentes en parte, pero dejan de ser básicos; si bien pueden ser citados en la parte en que provisionalmente sigan vigentes como básicos (D. 57/09).

C) Intitulación

Sobre el *título* de las disposiciones generales, el Consejo ha declarado en 2009: i) que debe ser breve (D. 76/09) y claro (D.23/09), sin inducir a confusión (por ello el D. 44/09 considera que el título de una disposición por la que se crea un Registro administrativo no debe inducir a confusión con los Registros que lleven otras entidades o corporaciones, como los Colegios Profesionales); ii) que debe corresponder a contenido de la disposición (D.76/09); iii) que no debe contener la expresión «por el que se modifica» u otras que expresen modificación de una norma anterior cuando no la efectúen (D.40/09); y iv) que no debe aludir a un sólo Decreto que se modifica, pues, si se modifican otros varios, debe aludir a todos ellos (D.65/09).

D) Promulgación

En el D.7/09 se declara a este respecto que la potestad reglamentaria corresponde estatutariamente al Gobierno autonómico, por lo que un órgano

en que participen los Sindicatos puede *proponer* la modificación de un reglamento, pero no *acordarla*.

E) *Articulado*

Respecto al *articulado*, el Consejo ha declarado en 2009: 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 (D.3/09); ii) que los artículos largos han de numerarse en *párrafos* numerados, y los párrafos en *apartados* seriados alfabéticamente por letras (D.3/09); iii) que los párrafos no deben ser denominados «puntos» (D.3/09); y iv) que la división interior o en apartados de los distintos artículos de un mismo texto normativo debe ser coherente, evitando que unas veces se haga mediante números arábigos y otras mediante el sistema alfabético (D.39/09).

F) *Terminología jurídica y precisiones léxicas y gramaticales*

El Consejo Consultivo ha seguido preocupándose en 2009 por el adecuado empleo de la terminología jurídica precisa y así ha declarado: i) que debe emplearse la expresión genérica «*Consejería competente en materia de...*» o similares, para evitar la obsolescencia por cambios de denominaciones específicas en los órganos competentes (D.46/09); ii) que cuando un derecho subjetivo instaurado por el Proyecto que se dictamina quede integrado o limitado en su contenido y alcance por otros preceptos, es conveniente expresarlo mediante una alusión a los mismos, con expresiones como «en el marco de», «con arreglo a», «sin perjuicio de», «en el ámbito de», «en los términos establecidos en» u otras similares (D.46/09); iii) que no deben emplearse denominaciones genéricas (como p.e. «órgano ambiental») que no permitan identificar concretamente al órgano competente (D.23/09); iv) que no debe emplearse un concepto (como p.e. «*unidad básica de producción*») que no se define o precisa, pero al que se anudan luego consecuencias jurídicas, como, p.e., las. Electorales (D.76/09); v) que, si se establece un trámite de «*acuerdo previo*» en un procedimiento, debe indicarse su sentido y contenido (D.23/09); y vi) que debe dejarse claro si se establece un trámite procedimental como *preceptivo* o como *facultativo*, especialmente cuando se establece como preceptiva en ciertos casos la consulta a un órgano que tiene competencia para decidir al respecto (D.23/09).

En la misma línea de cuidado del lenguaje en las disposiciones generales, el Consejo Consultivo ha precisado en 2009: i) que deben evitarse las

expresiones confusas o imprecisas, como la categoría «mixta» tras referirse a otras varias antecedentes, de suerte que son se sabe de qué características ha de participar para poder ser calificada así (D.81/09); y ii) que deben sustituirse en los textos normativos los *acrónimos, siglas y abreviaturas* por sus expresiones completas (D.40/09).

G) Relaciones inter-normativas

La técnica normativa es peculiarmente relevante cuando se proyecta sobre las complejas relaciones internormativas 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 2009 la doctrina que se extracta sobre las siguientes relaciones entre normas:

- *Modificación de preceptos*

El órgano encargado de la tramitación del procedimiento de elaboración de la disposición general modificadora de otra ha de valorar, desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de la claridad en el conocimiento de las normas y según la entidad de la modificación, si debe reproducirse toda la disposición, sólo algún precepto de la misma que se modifique, o sólo el párrafo o párrafos afectados (D.52/09). Por eso, como antes se ha señalado, es importante que el título no aluda a un sólo Decreto que se modifica cuando se modifiquen varios (D.65/09). Desde luego, la norma modificativa de otra anterior debe contar al menos con el mismo rango que la modificada (D.91/09); y, si la norma modificadora elimina una precisión importante que se incluía en la modificada, debe indicarse expresamente cual es la voluntad de legislador al respecto expresamente pues afecta a la seguridad jurídica, p.e. si se suprime o no el anterior régimen funcional de dependencia orgánica y funcional, como indica el D.91/09. Por el mismo motivo, si la norma modificadora incluía la previsión de una prórroga automática del disfrute de un derecho hasta determinada fecha (prórroga especial), la norma modificadora que instaura una prórroga general del sistema en que dicho derecho se inserta debe pronunciarse expresamente sobre si afecta o no y, en su caso, cómo a la prórroga especial automática anterior (D. 98/09).

- *Reproducción de preceptos*

Es innecesaria la reproducción de preceptos estatales parcialmente básicos por la normativa autonómica de desarrollo y, si no obstante, se esti-

ma necesario reproducir en normas autonómicas preceptos estatales, debe advertirse esta circunstancia (D.89/09).

- *Refundiciones*

Debe publicarse un nuevo reglamento autonómico cuando se trate de modificar uno anterior que desarrollaba una ley estatal que ha dejado de ser básica al ser desplazada por otra estatal básica posterior que es la desarrollada ahora por el reglamento autonómico modificador (D.57/09).

- *Remisiones*

El criterio de la «economía de cita» a que se refiere la Directriz estatal núm 69 de técnica normativa, no ha de impedir la claridad y seguridad jurídica en esta materia (D.52/09), por ello, las remisiones normativas deben ser precisas, con cita, en su caso, del párrafo y apartado correspondiente con su numeración o letra (D. 3/09); y 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; y ii) si son internas (es decir, referidas la propia disposición), el precepto y, en su caso, el 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 (D.52/09). Además, la disposición remitente debe tener en cuenta, en su caso, la renumeración del articulado de la disposición remitida (D.40/09) y las remisiones genéricas a la normativa vigente deben especificar la materia concreta a la que se refieren, p.e. «*en materia de Centros de educación infantil*» (D.39/09).

- *Indicaciones informativas*

Deben evitarse en disposiciones reglamentarias indicaciones como direcciones postales, páginas web, etc, ya que su cambio obligaría a modificar el reglamento (D.40 y 96/09).

- *Inclusiones*

En materia de competencias administrativas, la atribución concebida a un órgano sobre una materia genérica, engloba todas sus especies, si no se excluyen expresamente, y la posterior adición de una de ellas no sig-

nifica (pues ello sería una interpretación muy formalista) que el órgano antes careciera de ellas (D.40/09).

También se ha advertido que la referencia a las altas y modificaciones en un sistema informático, no implica necesariamente que se incluyan en éstas últimas las bajas, por lo que, si así es, debe indicarse expresamente (D.91/09).

- *Exclusiones:*

El empleo del término «privadas» para referirse a determinadas entidades, excluye a las públicas, por lo que, si se quiere incluir a éstas, habrá que decirlo expresamente (D.81/09).

La norma debe guardar coherencia interna, de suerte que, p.e., no se incluyan en su ámbito órganos que luego no se incluyen en sus Anexos (D.89/09). Por eso, en la Administración institucional autonómica riojana, la referencia a «organismos públicos» según la Ley 4/05 no integra necesariamente a los demás entes integrantes del sector público según la Ley 3/03 (D.91/09).

- *Especialidades procedimentales:*

Salvo que sea imprescindible, se aconseja que las Leyes sectoriales se limiten a remitirse al procedimiento general (D.46/09).

- *Procedimientos complejos:*

Se aconseja acudir a la técnica del informe previo, preceptivo y vinculante de los distintos órganos sectoriales intervinientes, obviamente limitado a su sector competencial, con emisión de un único acto final por parte de la autoridad con competencia más específica (D.46/09).

H) Disposiciones finales

La autorización para dictar reglamentos de desarrollo es propia de las Disposiciones Finales de la Ley a desarrollar (D.91/09), así como la determinación de la entrada en vigor de una norma, que debe ser fijada con precisión y en forma objetiva, y no debe quedar pendiente de la decisión del titular de un órgano (D.40/09).

I) *Disposiciones derogatorias*

No procede derogar una disposición que ha sido previamente declarada nula por sentencia firme de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de advertir esta circunstancia en la parte expositiva (D.89/09).

4. Doctrina en materia de contratación administrativa

En 2009, el Consejo Consultivo ha emitido tres Dictámenes en materia de contratación administrativas (DD. 31, 61 y 80/09), todos ellos sujetos a la Ley 30/07, de Contratos del Sector Público (LCSP), procedentes de Administración local y relativos a resolución de contratos de obras municipales por incumplimiento imputado al contratista que manifiesta su oposición, por lo que el previo dictamen consultivo era 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 (Decreto 81/02), al haber optado la Administración contratante por resolver el contrato y mediar oposición del contratista.

Esta preceptividad ha permitido al Consejo reiterar su doctrina sobre los siguientes aspectos del ejercicio de la potestad administrativa de resolución contractual:

- En primer lugar, el Consejo ha insistido (DD.61 y 80/09) en la trascendencia de la ejecución de los contratos de obras en los *plazos* previstos, pues el plazo fijado para el cumplimiento de las prestaciones contractuales es elemento básico del contrato, por lo que su incumplimiento justifica la resolución (STS 17-11-00 y DD. Consejo de Estado 13-1-83, 25-11-93 y 27-6-07).
- Por otro lado, el Consejo ha entendido que *concorre* la causa de resolución consistente en el *incumplimiento imputable al contratista* en los casos de: i) abandono de obras de pavimentación municipal (D. 31/09); ii) razonable presunción de incumplimiento del plazo de ejecución, *ex arts.* 196, 197 y 206 LCSP, cuando, transcurrido el 55% del previsto, sólo se ha ejecutado el 1% de las obras (D. 61/09); y iii) retraso en el cumplimiento de plazos imputable al contratista y falta de prestación por éste de la garantía definitiva (D.80/09)
- El Consejo también ha destacado que, para poder acordar la resolución contractual por la Administración, han de concurrir *requisitos* como: i) la audiencia previa al contratista *ex art.* 197 LCSP (DD.61 y 80/09); ii) la

trascendencia o relevancia del incumplimiento (DD.61 y 80/09); iii) la motivación o justificación de la medida (DD. 61 y 80/09); y iv) la inexistencia de incumplimientos obstativos previos imputables a la Administración (D.31/09).

- Además, el Consejo ha advertido que a la causa de resolución por incumplimiento imputable al contratista, pueden unirse *otras causas concurrentes* como la *falta de formalización del contrato en plazo* (D.31/09) o la *falta de prestación de la garantía exigible* (DD.31 y 80/09). Sin embargo, la resolución por mutuo acuerdo no procede si concurre otra causa de resolución imputable al contratista (D.31/09) o hay razones de interés público que exigen la continuación del contrato (D.31/09).
- Finalmente, en cuando al *procedimiento y efectos*, el Consejo ha declarado que: i) que son trámites esenciales la audiencia previa al contratista y el dictamen del Consejo Consultivo (DD.61 y 80/09); y ii) que en los casos de resolución por incumplimiento imputable al contratista, procede la incautación de la garantía y la indemnización de daños y perjuicios (DD.61 y 80/09).

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

Como en el resto de Altos Órganos Consultivos de las CC.AA., las consultas sobre responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas en sus distintos sectores de actuación continúa siendo objeto de la mayor parte de los dictámenes del Consejo Consultivo de La Rioja. Como hemos adelantado, de los 98 dictámenes emitidos en 2009, 71 (es decir, el 72,4 %) son de responsabilidad patrimonial, en su mayoría del ámbito sanitario (48), 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 los dictámenes en materia de responsabilidad viaria (10), docente (2), y cinegética (2), materializando así la reducción del número de dictámenes que ya preveíamos en el repertorio de 2008.¹³

¹³ La limitación de cuantías fue objeto de reflexión amplia en el D.135/08, emitido preceptivamente por el Consejo (al afectar a su propio ámbito competencial) sobre el art. 36 del Proyecto que luego sería la Ley 5/08, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas («de Acompañamiento a la de PG de la CAR para 2008»), por el que se modifican los arts. 10, 11 g) y 12 d) de la Ley 3/01, reguladora del Consejo Consultivo, en el sentido de elevar a 6.000 Euros el límite de las consultas en materia de responsabilidad patrimonial.

Por lo demás, el Consejo Consultivo ha continuado durante 2009 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 *Repertorios* 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 2009 que nos ocupa. y sus principales novedades en los distintos sectores de actividad sobre los que se proyecta.

A) Responsabilidad de la Administración general

El Consejo ha insistido sobre la *naturaleza* y *requisitos* de la responsabilidad patrimonial de la Administración,¹⁴ sobre el concepto y régimen de la *causa*,¹⁵ así como sobre la carga de la *prueba*,¹⁶ el objeto ¹⁷ y los medios de la misma.¹⁸

14 La *doctrina general* ha sido expuesta, una vez más, en los DD. 4, 5, 8, 9, 12, 13, 14, 17, 18, 21, 22, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 33, 35, 36, 37, 38, 41, 42, 43, 47, 48, 49, 53, 56, 60, 62, 64, 67, 69, 71, 73, 74, 75, 82, 84, 85, 88, 90, 92, 93, 94, 95, 97/09. En ellos –como hace sobre todo el amplio, didáctico y paradigmático D.1/09–, se reproduce y actualiza la doctrina recopilada con todo detalle en los DD 29 y 134/07, con amplia cita de doctrina precedente del Consejo Consultivo. En cuanto a los *requisitos*, han sido reiterados en los DD. 4, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 32, 33, 36, 37, 38, 41, 42, 47, 48, 49, 53, 54, 56, 58, 59, 60, 62, 64, 67, 69, 71, 73, 74, 75, 77, 78, 82, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 92, 93, 94, 95 y 97/09.

15 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 (DD. 1, 32, 45, 51/09). En esta materia, rigen los principios de: i) *equivalencia de condiciones*, por el que, siendo varias las condiciones empíricas antecedentes que expliquen el resultado dañoso, ha de afirmarse, *prima facie*, la equivalencia de las mismas, pues no pueden ser jerarquizadas y cada una puede ser tan causa como las demás (DD. 1 y 55/09); ii) *condicio sine qua non*, por el que la fórmula que permite determinar cuál es la causa, de entre las distintas condiciones empíricas causantes del daño, es tener como tal al hecho que, suprimido mentalmente, hace que el resultado, en su configuración totalmente concreta, no se habría producido (DD. 1, 5, 10, 11, 18, 20, 30, 32, 36, 41, 47, 51, 54, 55, 63, 69, 73, 74, 77 y 84/09), por lo que este criterio exige examinar y decidir de cuáles, entre todos los hechos causantes que han concurrido en el caso concreto, y tal y como han concurrido, no se puede prescindir para explicar la producción del daño (D.45/09); y iii) *causalidad adecuada*, que se ha empleado en el D. 60/09 (daños por desprendimientos de una peña catastrada a favor del Ayuntamiento).

- 16 El criterio general es que, según el criterio *da mihi factum*, incumbe al reclamante la *carga de la prueba* de los hechos en que se funda (o sea, del hecho dañoso y de la causa del daño), ex arts. 1214 Cc y 74.4 y D.A. 6ª LJCA, salvo los *admitidos*, los *negativos* y los *notorios*, sin que sirvan al respecto las meras manifestaciones de parte (DD. 5, 18, 42 y 53/09). Tienen especial relevancia los hechos *declarados probados* por la jurisdicción penal en actuaciones judiciales previas, debido a las garantías máximas de contradicción del proceso penal (D. 49/09), así como los hechos probados y las calificaciones jurídicas realizadas en la jurisdicción contencioso-administrativa al enjuiciar el mismo caso u otros similares (D.53/09), aunque el Consejo Consultivo esta constreñido a dictaminar en vista exclusivamente de los *que se desprenden del expediente* administrativo tramitado (D.8/09). En todo caso, es condenable la total *ausencia de actividad probatoria* del reclamante, de suerte que, en ausencia de la misma, no cabe *amabilizar* la doctrina de la carga de la prueba, la cual exige que el reclamante aporte al menos un *principio de prueba* del daño y de que éste derive de un servicio público (D.42/08). En este sentido, hay *rechazo a probar* cuando el reclamante no aporta pruebas, se niega a aportar las que la Administración razonablemente le requiere y tampoco se somete al examen médico que la misma le ofrece para determinar el daño y las secuelas alegadas (D.42/09).
- 17 Respecto al *objeto* de la prueba, el Consejo ha declarado en 2009 que: i) lo primero que debe probarse es que la *titularidad* de la cosa dañada pertenece al reclamante, pues, por mucho que los daños existan no pueden ser indemnizados sino a quien realmente los ha sufrido, que es, tratándose de daños materiales, quien acredite ser propietario de la cosa dañada (D.43/09); ii) también debe quedar acreditada la *real existencia del daño* y que el mismo reúne los requisitos legales para ser indemnizable; y luego *la causa o causas*, es decir, el hecho o hechos que explican que el resultado dañoso haya tenido lugar (D.43/09); vii) finalmente, hay que tener en cuenta que, en las *cadena de causas*, hay que probar la primera desencadenante (D.53/09, se trataba de un árbol cuya caída provoca la de otro que es el que causa los daños).
- 18 Respecto a los *medios de prueba*, el Consejo ha señalado en 2009 la relevancia de la *documental* mediante: i) las *fotografías* realizadas en el lugar (D.25/09); ii) las *facturas* de gastos sanitarios en daños personales (D.86/09) y de reparación en caso de daños materiales, señalando la necesidad de examinar si son *pro forma* (D.60/09), y, en todo caso, su contenido, pero también la inexistencia de una obligación de *peritación* administrativa y relatividad de los informes de peritación sobre las mismas (DD.18 y 60/09); iii) el *Atestado de la Guardia Civil* en accidentes de tráfico, por su neutralidad, objetividad, oficialidad e intermediación al hecho, goza de presunción de certeza, aunque no es imprescindible para acreditarlo, ya que puede probarse de otras formas, pues la Guardia Civil solo interviene en función de acreditación de posibles hechos punibles (D. 32 y 43/09); y iv) por supuesto, de las manifestaciones obrantes en un documento público, puesto que las mismas gozan de presunción *iuris tantum* de veracidad: (D.56/09). En cuanto a la prueba *pericial*, el Consejo ha señalado en 2009: i) la relevancia de los *informes técnicos oficiales* de valoración no contradichos por el reclamante en trámite de audiencia, siendo parte, además de lego en Medicina, como lo es el propio Consejo (DD. 54 y 85/09) y ii) que no tienen valor probatorio las afirmaciones de parte pues, además de ser subjetivas, proceden de quien carece de la cualificación científica necesaria para enjuiciar un proceso médico y especialmente cuando son inexactas e inciertas (D.85/09).
- 19 En sus Dictámenes de 2009, ha seguido repitiendo que la Administración pública no es una especie de *Aseguradora universal* de todos los riesgos, obligada a garantizar siempre

El Consejo sigue rechazando la consideración de la responsabilidad patrimonial como una especie de *aseguramiento universal*¹⁹ e insiste en el criterio de *imputación objetiva por funcionamiento* de los servicios públicos,²⁰ que está abierto a un amplio casuismo de imputación²¹ y exoneración.²² Destaca en este ámbito el D. 53/09 al señalar que uno de los criterios

la indemnidad de todo supuesto, pues nuestro sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración no es *providencialista* ni constituye una especie de *seguro social a todo riesgo* para cubrir cualquier eventualidad dañosa para los particulares (DD. 1; 8, 13, 14, 24, 25, 27, 28, 36, 37, 41, 42, 48, 54, 56, 58, 62, 69, 73, 74, 75, 77, 78, 90, 92 y 93/09).

- 20 El *concepto de servicios públicos* a estos efectos es amplio, ya que comprende cualquier esfera bajo el control de la Administración, como, entre otros: i) los autonómicos de pavimentación y conservación de carreteras y travesías: (D. 28/09); ii) los municipales de conservación de caminos y vías rurales *ex art. 25.2.d) LBRL* que, además son demaniales *ex art. 3 Reglamento de Bienes* aprobado por RD 1372/86 (D. 25/09); iii) los municipales de pavimentación, alumbrado, limpieza, alcantarillado y protección civil, *ex arts. 25 y 26 LBRL* (D. 29/09); y iv) la titularidad municipal en el Catastro de una peña que provoca desprendimientos por erosión, filtración o gelificación (D. 60/09).
- 21 Se ha *imputado* el daño a la Administración por funcionamiento de los siguientes Servicios públicos: i) *Servicios de aguas (tuberías)*: D.60/09 (choque de vehículo contra una tubería desprendida de una peña municipal cuya ladera no esta consolidada, ni señalizada); ii) *Servicios eléctricos*: DD.29 y 82/09 (daños por tropiezo con una chapa metálica municipal, levantada para la toma de cableado eléctrico con destino a una unidad móvil de atención médica situada en el exterior de un Centro público de Salud); iii) *Servicios de pavimentación*: D.28/09 (daños personales por esguince al tropezar con un pivote que sobresalía en una acera); iv) *Servicios municipales de mantenimiento de caminos rurales*: D.25/09 (daños por escorrentías procedentes de fincas superiores que anegan las inferiores al no ser recogidas por un adecuado sistema de cunetas de drenaje en el camino rural público que las separa); y D.43/09 (daños por no prohibir o limitar el tráfico pesado en un camino rural trazado sobre una mota de defensa del río Ebro que se desmorona con las lluvias ordinarias y produce el vuelco de un camión, con culpa concurrente de la víctima). El caso del D.60/09 (peña cuya titularidad catastral ostenta el Municipio y que provoca desprendimientos habituales y previsibles por filtración, erosión o gelificación que no pueden ser reputados de fuerza mayor al no ser excepcionales ni imprevisibles, sin que el Municipio haya adoptado medidas preventivas para garantizar la seguridad de personas y cosas) resulta especial ya que el Consejo imputa la responsabilidad objetiva al Ayuntamiento en base al criterio *causalidad adecuada* con titularidad catastral del bien dañoso, sin concurrencia de fuerza mayor e inactividad administrativa en orden a adoptar medidas preventivas de daños.
- 22 Se ha *exonerado* a la Administración por razón de: i) *fuerza mayor*: D.43/09 (lo son unas lluvias extraordinarias, torrenciales o de intensidad fuera de lo común, pero no las ordinarias y previsibles); D.53/09 (daños en un camping por caída de árboles, provocada por otros arrancados por los fuertes vientos durante una tormenta); ii) *falta de prueba*: D.20/09 (falta de prueba de que la causa de los desprendimientos de rocas que dañan la finca sean las obras realizadas en una carretera); iii) *falta de efectividad e individualización del daño*: D.35/09 (Colegio Oficial que, al no poder ejercer la profesión individual de sus colegia-

de imputación objetiva que ha de aplicarse es el de la *protección civil mínima* por el que la Administración no puede responder menos cuando actúa en régimen de Derecho público que cuando lo hace con sujeción al Derecho privado, ya que éste último se comporta como un mínimo de garantía frente al perjudicado.

En 2009, el Consejo ha incidido en algunos casos de *responsabilidad concurrente de varias Administraciones*, como los contemplados en los DD. 29 y 43/09 (Ayuntamiento y Confederación Hidrográfica).²³

El citado D.43/09 es remarcable ya que analiza un caso de aparente concurrencia de responsabilidad objetiva de la Administración y culpa de la víc-

dos, no puede alegar daños generales por la anulación judicial de la cláusula de un Pliego contractual que impedía la contratación de dichos profesionales, los cuales no los han reclamado en ningún caso concreto); iv) *deber de soportar el daño*: D.38/09 (existe caso de cierre de una Residencia de Ancianos como medida cautelar legalmente procedente y proporcionalmente ejecutada, ex arts. 72 y 136 LPAC y 15 RD 1398/93, durante la tramitación de un expediente administrativo sancionador que se sobreesee tras el auto de archivo de las Diligencias penales abiertas para depurar posibles responsabilidades punibles por maltrato a ancianos acogidos) y D.45/09 (existe caso de reclamación por una pretendida inactividad municipal frente a los alegados daños psíquicos producidos por el ruido de apertura de la puerta de un garaje, que no superan los límites de tolerancia establecidos por la Ordenanza municipal y la sensibilidad de una persona media –la *doctrina del ruido medio* ya había sido establecida en el D.47/04–, cuando el Ayuntamiento ha adoptado las medidas racionalmente exigibles para su corrección); v) *riesgo general de la vida*: D.14/09 (Subalterna que se produce daños al resbalar y caer en la puerta del IES donde presta servicios); vi) *culpa exclusiva de la víctima*: D.55/09 (daños producidos a una persona afectada de minusvalía del 67% que padece osteoporosis, hipoacusia y dolencias respiratorias, al cruzar, imprudentemente y sin necesidad alguna, la calzada fuera de un paso de peatones perfectamente señalizado y tropezar con una alcantarilla); y D.56/09 (paciente que se suicida tras haber solicitado su alta voluntaria, habiendo sobreesido la causa la jurisdicción penal por entender que la atención sanitaria prestada al mismo había sido correcta).

- 23 Sobre *responsabilidad concurrente de varias Administraciones públicas*, el Consejo ha sentado como doctrina en 2009: i) que es un caso de *concurso de causas* que se produce cuando el daño es consecuencia conjunta del funcionamiento normal o anormal de servicios públicos a cargo de dos o más Administraciones (D.29/09), por lo que el reclamante ha de probar la concurrencia de causas (D.82/09); ii) que se requiere previa audiencia de la otra Administración concurrente (D. 43/09); iii) que cuando uno de los servicios públicos concurrentes es la causa *sine qua non* del daño, la Administración titular debe responder íntegramente, sin perjuicio de repetir contra la otra Administración concurrente (DD.29 y 82/09); y iv) que este concurso produce una responsabilidad solidaria ex art. 140.2 LPAC, cuando no sea posible determinar la parte correspondiente a cada Administración, de suerte que la Administración reclamada ha de pagar toda la indemnización, sin perjuicio de repetir luego *pro parte* en la otra Administración concurrente ex art. 1138 Cc (D.43/09).

tima pero que el Consejo entiende que es de imputación subjetiva con *unicidad de dañante* no siendo éste la Administración sino el particular dañado en el que procede apreciar una responsabilidad por culpa o negligencia (es bien sabido que, como advierte el D.1/09, si el dañante fuere un particular, por regla general se requiere que su conducta pueda ser calificada de culposa o negligente *ex art.* 1.902 Cc.). Pues bien, en el referido D. 43/09 se trataba de un transporte contratado en que los daños por vuelco del camión no se debían al mal estado del camino municipal, como pretendía la empresa de transportes reclamante, sino que habían sido producidos únicamente por el conductor, de suerte que el Consejo estima que no deben ser exigidos al Ayuntamiento titular de la vía, sino a la empresa para la que dicho conductor trabajaba, de la que, eventualmente, pueden derivar a la empresa para la que se realiza el transporte, si el conductor siguió sus instrucciones o realizó la conducta que exigía el contrato firmado por aquélla con la empresa de la que sea empleado o dependiente. Este caso de *concurso aparente* de responsabilidades es distinto al de *concurso real* contemplado en el D.49/09, en el que la culpa de la víctima concurre con una responsabilidad también concurrente de varias Administraciones públicas, pues el Consejo estima que, a la conducción imprudente de un camión, se unía la mala conservación del camino y la mala conservación de cauce de un río.

También es de destacar la doctrina reiterada por el Consejo en 2009 sobre los criterios de distinción entre hechos calificables como *caso fortuito* (responsabilizante para la Administración, a diferencia de lo que sucede en Derecho civil)²⁴ y *fuerza mayor* (exonerante en todo caso).²⁵

24 Sobre el concepto de *caso fortuito*, el Consejo ha declarado en 2009: i) que en el mismo hay indeterminación e interioridad; *indeterminación* porque la causa productora del daño es desconocida, o, por decirlo en palabras de la doctrina francesa “falta de servicio que se ignora”; *interioridad*, además, del evento en relación con la organización en cuyo seno se produjo el daño, y ello porque esté directamente conectado al funcionamiento mismo de la organización (D.53/09); ii) que, por tanto, consiste en un evento interno e intrínseco, inscrito en el funcionamiento de los servicios públicos, producido por la misma naturaleza, por la misma consistencia de sus elementos, con causa desconocida (D.53/09); y iii) de ahí que haya caso fortuito y no fuerza mayor en una tormenta de verano, previsible en La Rioja Alta, aunque sea de cierta intensidad (D.53/09); en la caída de árboles sitos en fincas privadas o patrimoniales de la Administración, pues son imputables a los dueños *ex art.* 1908.3 Cc (D.53/09); y en la existencia de lluvia o viento, que son fenómenos atmosféricos habituales en los meses de invierno (D.60/09).

25 Sobre el concepto de *fuerza mayor*, el Consejo ha declarado en 2009: i) que ella hay determinación irresistible y exterioridad; *indeterminación* absolutamente irresistible, en primer lugar, es decir, aun en el supuesto de que hubiera podido ser prevista; *exterioridad*, en segundo lugar, lo que es tanto como decir que la causa productora de la lesión ha de ser

En materia de *indemnización*, el Consejo ha desmenuzado los criterios ²⁶ y partidas indemnizables y *no indemnizables* y ha fijado pautas para su actualización y el pago de intereses.²⁷

Especial interés reviste la doctrina sentada por el Consejo en 2009 sobre el *procedimiento* administrativo en esta materia.

El Consejo se ha pronunciado sobre los siguientes aspectos procedimentales: i) *iniciación*: Se inicia con la presentación del escrito inicial por el interesado; si dicho escrito no cumple los requisitos legales exigidos por los arts. 70 LPAC y art. 6.1 del Reglamento (RD 429/93), procede requerir de subsanación *ex art.* 71 LPAC, pero no cabe declarar la inadmisibilidad de la reclamación; ahora bien, una vez presentada la reclamación en forma o subsanados los defectos de que adoleciera (D.71/09); ii) *impulsión*: el procedimiento ha de ser impulsado de oficio en todos sus trámites (D.71/09); iii) *ordenación*: el expediente debe estar completo, ser instruido diligentemente y estar *ordenado* cronológicamente (D.28/09); iv) *distinción*: No deben confundirse los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial, que dan lugar a una indemnización por daños, con: a) los *de queja* por mala

ajena al servicio y al riesgo que le es propio (D.53/09); ii) que fuerza mayor son aquellos hechos que, aun siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables o irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado (D.53/09); y iii) que, por tanto, hay fuerza mayor en unas lluvias torrenciales extraordinarias (D.43/09); y en una tormenta con viento impetuoso que provoca arranque de árboles (D.53/09).

²⁶ En cuanto a *criterios*, el Consejo ha seguido los siguientes: i) el de la *aplicación analógica* orientativa y no vinculante del baremo de accidentes de tráfico vigente al resolver, que incluye también los daños morales, pero que debe modularse para acomodarlo al caso concreto (DD. 9, 29, 48, 51y 69/09); ii) el de la *valoración global* en caso de daños complejos (D.29/09); iii) el de la valoración aceptada por la entidad dañante o por su Aseguradora (D.29/09); iii) el de que los *días impeditivos* requieren acreditación de la baja laboral del afectado durante los mismos (D.29/09); iv) el de que los *daños morales* no pueden ponderarse cuando son de mínima entidad –criterio *de minimis*–, pues no es indemnizable por este concepto cualquier perturbación de ánimo, sino sólo aquellas que, por su intensidad o persistente afectación psíquica, no quedan cubiertas por la razonable tolerancia ante las adversidades que la sociedad presume en el hombre medio –criterio del *riesgo general de la vida*– (D.25/09).

²⁷ Respecto a la *actualización*, el D.25/09 precisa que, en caso de retraso en la tramitación del expediente, procede la actualización de la indemnización con arreglo al art. 141.3 LPAC, tomando como día inicial el de producción del daño y como final el de la resolución del procedimiento. En cuanto a los *intereses*, el D. 24/09 señala que proceden siempre que, *ex arts.* 141.3 LPAC y 45 LGP, haya demora de más de 3 meses en el pago de la indemnización desde su notificación.

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 (DD.17 y 26/09); y b) los procedimientos por infracción de la legislación en materia de *protección de datos* ya que ésta es sancionadora y tiene por objeto la sanción de las infracciones, mientras que la responsabilidad patrimonial no es sancionadora y tiene por objeto reparar daños irrogados (D.30/09); v) **dictamen consultivo**: es preceptivo el *dictamen previo del Consejo Consultivo*, desde 7-9-2005, sólo en daños superiores a 600 €, y, desde 1-1-2009, para los superiores a 6000 €, cuyo *contenido* versa sobre: **a)** la existencia o no de relación de causalidad entre funcionamiento del servicio público y el daño causado; **b)** la valoración, en su caso, de éste; y **c)** el modo de indemnizarlo, considerando los criterios establecidos en la LPAC (cfr. el FJ 1 de todos los DD.sobre responsabilidad patrimonial de 2009); vi) **diligencia**: existe un deber administrativo de evitar el retraso injustificado en la tramitación, sin que su falta de complejidad justifique la dilación o tardanza (DD. 25, 42 y 71/09) vii) **acción de regreso**: **a)** cabe contra la Administración co-responsable del daño causado en caso de responsabilidad concurrente de Administraciones públicas, ex 140.2 LPAC y 1138 Cc por la parte correspondiente a la otra Administración si no se ha podido probar la solidaridad (DD. 29 y 43/09); y **b)** cabe la acción de regreso del conductor culpable contra la empresa de transportes para la que trabaja y de ésta contra la empresa que contrató el transporte si ésta indicó en el contrato el itinerario o dio instrucciones sobre como ejecutar el contrato (D. 43/09); y viii) **prescripción**: **a)** es de aplicación el principio general de la *actio nata* por el que el cómputo del plazo no puede comenzar hasta que el posible el ejercicio de la acción para reclamar, lo que sucede cuando concurren los dos requisitos de la lesión y la comprobación de su ilegitimidad (D.59/09); **b)** no hay prescripción en caso de *daños continuados* que no cesan ni provocan secuelas estabilizadas, sino que son derivados de una dolencia que sigue su curso, que es evolutiva o de consecuencias impredecibles o que sigue requiriendo tratamiento quirúrgico o farmacológico o cuya curación depende de un logro o descubrimiento científico aún no producido (D.47/09); **c)** cuando la acción ejercitada no es la *aquiliana* (por la que se reclama un daño extracontractual), sino la de *accesión* ex art. 361 Cc, (que faculta al propietario invadido el derecho a optar por hacerse con lo edificado en su terreno previa indemnización del valor de la edificación, o a obligar al constructor extralimitado a pagarle el precio del terreno), la prescripción no es de un

año, sino de 30 *ex arts* 1959 y 1963 CC, pues la acción de accesión solo decae caso de usucapión extraordinaria en contra, que, además, será *contra tábulas* si el invadido tenía inscrito su terreno (D.59/09); y **d**). opera en materia de prescripción la *presunción de conocimiento anterior del daño*: D.37/09 (si el paciente fue operado el 18-7-07 y reclama el 18-7-08, ya ha pasado un año desde que conoció el alcance de las secuelas, pues, obviamente, tuvo que ser informado de ello antes de la operación).

B) Responsabilidad de la Administración viaria

Pese a que la Administración de carreteras de la CAR sigue siendo muy refractaria a reconocer su propia responsabilidad patrimonial por *funcionamiento normal o anormal del servicio público* de mantenimiento de la red viaria en condiciones normales de utilización, el Consejo Consultivo continúa insistiendo en que, sin escudarse en la señalización adecuada o en los genéricos deberes de prudencia en la conducción impuestos por la normativa de tráfico rodado, incumbe a la Administración viaria el deber de conservar las vías públicas en un estado que permita a los usuarios circular por ellas con seguridad, adoptando las medidas precisas de vigilancia, prevención y, en su caso, limpieza y retirada de los obstáculos existentes, sin que la presencia de éstos suponga necesariamente un funcionamiento *anormal* del servicio cuando se han respetado los estándares del servicio y no haya habido tiempo material para conocerlos y limpiarlos o retirarlos, pero existiendo entonces imputación objetiva por funcionamiento *normal* del servicio público, aunque no concurra culpa alguna del personal, por tratarse, en nuestro sistema constitucional y legal, de una responsabilidad puramente objetiva (DD. 1 y 39/09).

Si en 2008 señalábamos como paradigmático a estos efectos el D. 37/08, que reiteró la doctrina de los DDD 41, 119 y 129 /07, entre otros, en 2009 hemos de atribuir la misma condición al D.1/09 que sostiene: i) que la prueba de la existencia de una culpa de la víctima que interrumpa el nexo causal incumbe a la Administración; ii) que si la Administración no prueba la culpa de la víctima, el criterio de la *conditio sine qua non* hace que deba responder por obstáculos existentes en la calzada; iii) que en tal caso no bastan presunciones y afirmaciones genéricas de imprudencia o inadecuación de la conducción a las circunstancias; y iv) que la diligencia exigida al conductor es la que corresponda a la señalización y características de la vía, no la superior necesaria para sortear obstáculos no señalizados e imprevisibles cuya inexistencia en la calzada está obligada a garantizar el servicio público de carreteras.

En base a este criterio, el Consejo ha imputado²⁸ o exonerado²⁹ a la Administración viaria de los daños reclamados.

En cuando a la *indemnización*, el Consejo ha declarado que: i) debe ser *mancomunada*, caso de *concurso de causas*, si, habiendo diversos sujetos imputables, no es posible determinar su respectivo porcentaje de participación en la causación del daño (D.32/09); ii) el importe de la indemnización por reparación de un vehículo dañado no puede superar el *valor venal* del mismo pues ello supondría un enriquecimiento injusto, pero teniendo en cuenta que el particular no tiene obligación de repararlo, aunque la Administración sí deba pagar sus defectos con el expresado límite, si el vehículo puede seguir en funcionamiento (D.32/09); y iii) el pago de la indemnización al asegurado requiere que éste presente la factura del taller donde se reparó el vehículo siniestrado y que su importe no exceda de la franquicia contratada con su Compañía de Seguros, cuando el resto haya sido satisfecho por las misma (D.60/09).

C) Responsabilidad de la Administración cinegética

La elevación legal a 6.000 € de la cuantía para recabar dictamen preceptivo del Consejo Consultivo en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, ha reducido drásticamente en 2009 el número de consultas sobre reclamaciones de daños y perjuicios producidos por accidentes de tráfico provocados por la fauna silvestre.

En efecto, sólo se han contabilizado dos dictámenes en esta materia (DD. 2 y 19/09), por lo que prácticamente se ha truncado la posibilidad de

28 El Consejo ha *imputado* responsabilidad objetiva en los casos de: i) pavimento obstaculizado por *alcantarillas* (D.55/09: lesiones por tropiezo con tapa de alcantarillado mal colocada); *pedras y rocas* procedentes de desprendimientos laterales (DD.1 y 22/09); *vallados* (D.93/09: daños por enganche de vestido en la malla o tropiezo con la base de cemento de un vallado de obras en la acera; y ii) pavimento deslizante por *gravilla* (D.32/09, aunque en concurrencia con culpa de la víctima por conducción inadecuada).

29 En 2009, los casos de *exoneración* de responsabilidad han sido debidos a: i) *falta de prueba* (D.20/09: desprendimientos de rocas que dañan una finca sin probar que se deban a las obras de la carretera); ii) *culpa de la víctima* (D.18/09: conductor de motocicleta que, infringiendo el Reglamento General de Circulación, toma una curva por la izquierda y derrapa en la gravilla del arcén izquierdo; y iii) *riesgo general de la vida* (D.93/09: enganche del vestido con la malla o tropiezo con los bloques de basamento de un vallado de obras en la acera patente a simple vista y que deja espacio de 1,30 mts, suficiente para que pasen simultáneamente hasta dos viandantes).

que el Consejo Consultivo siga fijando el cuadro de doctrina sobre responsabilidad cinegética del que hemos dado cuenta en anteriores *Repertorios* y que tanto ha contribuido, no sólo a clarificar esta materia –aparentemente simple, pero de casuismo muy complejo–, sino también a facilitar la gestión de este tipo de reclamaciones por la Administración cinegética de la Comunidad Autónoma.

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

Siguiendo así la última doctrina consultiva, que había sido establecido en los D. 139, 144 (especialmente) y 155/08, los DD. 2 y 19/09 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.19/09).

Por tanto –advierten los DD 2 y 19/09–, hay que tener en cuenta que: i) en la expresión «*terreno acotado*» de la Ley estatal de Caza, se comprenden tanto los terrenos que la Ley riojana de Caza considera *cinegéticos* (cotos y reservas) como los *no cinegéticos* (vedados, cercados y zonas no cinegéticas); y ii) en la expresión «*titulares de aprovechamientos cinegéticos*» de la Ley estatal de Caza, se comprenden tanto los propietarios como los titulares de cualquier derecho real o personal que conlleve el uso y disfrute del aprovechamiento de la caza, y ello sobre cualquiera terrenos aunque no sean cinegéticos.

Además, la nueva normativa confiere aplicabilidad a la precitada DA 9ª de la Ley estatal 17/05, que limita la responsabilidad de los titulares de aprovechamientos cinegéticos y la subsidiaria de los propietarios con un criterio de tipo subjetivista: que el accidente sea consecuencia directa: i) de la acción de cazar o ii) de una falta de diligencia en la conservación del acotado. Pero la aplicación de la referida DA 9ª debe entenderse con dos importantes precisiones que realizan los DD. 2 y 19/09: i) **la posible existencia de otras imputaciones** (pues en modo alguno pueden interpretarse los dos casos previstos

en la DA 9ª como un *numerus clausus* de hipótesis posibles de responsabilidad, ya que no impiden la posible concurrencia de culpa de la víctima, aunque no haya infringido normas de circulación, de un tercero o de la Administración titular de la vía pública –p.e, si la Administración cinegética estima que el lugar del accidente es «*punto de especial concentración de accidentes con animales silvestres*»– o de la Administración cinegética por adopción u omisión de medidas administrativas específicas ínsitas en los Planes Técnicos de Caza o documentos complementarios); y ii) la *conveniente instrucción del expediente por la Administración cinegética, pero con informe, en su caso, de la Administración viaria* (con objeto de evitar dudas sobre la Administración competente para instruir y resolver estos procedimientos, el Consejo entiende que la competente en principio debe ser la Administración cinegética, que es la que tiene la información relevante sobre los Planes de Caza y otros documentos complementarios; pero, en previsión de que la responsabilidad pueda ser imputada a la Administración viaria, debe recabarse informe de la misma).

Las consecuencias que se derivan de esta doctrina se cifran en que la Administración autonómica queda exonerada de responder, según expresa el D. 2/09: i) cuando el animal proceda de un *terreno acotado*,³⁰ pues entonces responde de sus daños el titular del aprovechamiento cinegético³¹ 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*; y ii) 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*. Pero, en estos casos, ni la CAR ni el Consejo pueden pronunciarse ya que constituyen cuestión privada que compete, en su caso, a la jurisdicción ordinaria,³² sin perjuicio de que la Administra-

³⁰ Por *terreno acotado* a estos efectos se entiende los terrenos *cinegéticos* (cotos y reservas) y los no *cinegéticos* (vedados, cercados y zonas no *cinegéticas*, como las urbanas o las de seguridad (D.2/09).

³¹ Por *titular del aprovechamiento* se entiende, *ex art. 20.4 Ley 9/98 de Caza de la CAR*, la persona física o jurídica que sea declarada como tal por la Administración en el proceso de constitución del acotado por ser propietario del mismo o titular de un derecho real que conlleve el aprovechamiento de la caza en dicho terreno, salvo caso de discrepancia al respecto, en cuyo caso, la responsabilidad patrimonial se dilucidará por las reglas del Derecho civil, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que corresponderá al titular administrativamente declarado (D.2/09).

³² Eventualmente, la jurisdicción competente habrá de tener en cuenta lo dispuesto en la DA 9ª de la Ley 17/05, de 19 de julio, que establece los requisitos adicionales de que el acci-

ción deba facilitar al damnificado la identidad del titular del terreno del que procedió el animal (D.2/09).

D) Responsabilidad de la Administración sanitaria

La elevación de la cuantía consultiva ha determinado que en 2009 el Consejo Consultivo haya emitido 48 Dictámenes (es decir, casi el 50% del total) sobre reclamaciones de daños y perjuicios formuladas frente a la Administración prestadora de asistencia sanitaria. Esta circunstancia ha permitido que el Consejo haya continuado insistiendo en los grandes parámetros para la imputación del daño que conforman su doctrina general sobre esta materia. Nos limitamos a exponer seguidamente los criterios que han sido objeto de pronunciamientos en 2009:

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

La obligación de la Administración sanitaria es de *medios y no de resultados*, en Medicina *curativa* (no en la *satisfactiva*, que es de resultados, y no de medios: D.12/09), debido: i) a la condición perecedera y enfermable del ser humano;³³ ii) a la inexistencia de un pretendido derecho a la curación, pues no puede exigirse a la Administración que garantice siempre la curación de los pacientes como una Aseguradora universal;³⁴ iii) al estado de los conocimientos científicos; iv) a la extensión del servicio sanitario; y v) a los *recursos*

dente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno, pero sin que ello signifique un *numerus clausus* pues no puede interpretarse que dicha DA 9ª permita excluir en estos casos las reglas generales de nuestro sistema de responsabilidad civil (D.2/09).

33 El Consejo ha seguido insistiendo en 2009 en que la protección constitucional de la salud y el derecho de asistencia sanitaria reconocido en la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, así como en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, desarrolladas por el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, no son derechos absolutos, pues, por muy ambiciosas y amplias que sean las prestaciones reconocidas por el sistema sanitario público, no podemos soslayar nuestra condición perecedera como seres vivos (DD.56, 64, 67, 86, 88, 94 y 97/09).

34 El Consejo continúa en 2009 insistiendo, especialmente en materia sanitaria, en la idea de que el sistema de responsabilidad administrativa no es una especie de *seguro a todo riesgo* pues no convierte a la Administración pública en una especie de *Aseguradora universal* de todos los riesgos obligada a garantizar siempre la curación de todos los pacientes frente al carácter enfermable y mortal del ser humano, por lo que no existe un pretendido derecho a la curación (DD. 5, 8, 11, 15, 21, 24, 27, 36, 37, 41,42, 47, 48, 49, 73, 74, 75, 84, 85, 87, 90, 92 y 94/09).

limitados asignados por los poderes públicos. Por ello, los servicios médicos están obligados a prestar una asistencia pronta, adecuada y acorde al *estado de la Ciencia*, pero en ningún caso se les puede exigir un resultado concreto, ni sobrepasar el *standard normal de los servicios* disponibles en el sistema sanitario (DD. 4, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 21, 27, 30, 33, 36, 37, 41, 42, 47, 49, 54, 56, 63, 64, 67, 69, 72, 73, 74, 84, 85, 86, 87, 88, 90, 92, 94, 95 y 97/09).

Ahora bien, la normativa vigente no determina cuáles son esos *medios*, pues eso es precisamente objeto del Ciencia y arte de la Medicina que la concreta en los parámetros o criterios de la *lex artis ad hoc*, a cuya aplicación tiene derecho el paciente; y del *consentimiento informado*, que se debe prestar suficientemente y obtener voluntariamente del mismo (DD. 5, 8, 12, 13, 24, 37, 42, 48, 58, 62, 63, 75, 78 y 90/09).

Por ello, en materia sanitaria, la responsabilidad no surge sin más de la existencia de un daño, sino del incumplimiento de un deber preexistente por parte de la Administración de prestar la debida asistencia sanitaria a un concreto paciente (DD. 4, 13, 12, 37, 49, 51, 58, 62, 78, 85 y 90/09).

La principal consecuencia de este criterio es que la Administración sólo responde por funcionamiento **anormal** del servicio sanitario, de lo que es plenamente consciente el Consejo, aunque no hemos detectado ningún pronunciamiento expreso al respecto en 2009, a diferencia de años anteriores.

2º. Criterio de la *lex artis ad hoc*

La observancia de la *lex artis ad hoc* es el parámetro de imputación objetiva de responsabilidad a la Administración sanitaria, consistente en la exigencia de que ésta actúe conforme a los conocimientos y técnicas requeridas por el caso concreto, empleando los medios más adecuados, en sustancia, tiempo y forma, para diagnosticar, tratar y sanar a un determinado paciente, según el estado de los conocimientos científicos y los protocolos profesionales de actuación (DD. 56 y 88/09). Este criterio exige, pues, la concurrencia de un doble requisito según el Consejo de Estado: una impericia probada y que la misma sea causante de un daño indemnizable (D.27/09): pero *pericia* no equivale a la *mejor pericia* posible (D.10/09),³⁵ y, además, puede concurrir *pericia* y exigencia de responsabilidad por otro concepto.³⁶

³⁵ Sólo la inobservancia de la *lex artis* (impericia) es responsabilizante, por ello la observancia de la *lex artis* implica *pericia*, pero no la *mejor pericia*, y de ahí que la *mejor pericia posterior* no sea título de imputación. En otras palabras: el hecho de que una intervención posterior en la sanidad privada mejore la situación del paciente, aunque sin eliminar por

El parámetro de la *lex artis ad hoc*, frente a lo que pudiera parecer, no supone introducir un criterio subjetivo y culpabilístico en el sistema, sino que toma en consideración los *protocolos* y *estándares* de actuación objetivos, reconocidos y practicados por el conjunto de la profesión médica en el ejercicio de su actividad de asistencia sanitaria, para cuya comprobación resulta imprescindible la constancia escrita en la historia clínica del paciente (D.49/09).

Se añade que esta *lex artis* es «*ad hoc*» porque no atiende a criterios generales sino a las peculiaridades del caso concreto y a la asistencia individualizada que el mismo requiere, según su idiosincrasia y la sintomatología y semiología que el paciente presentaba en el momento de ser atendido (D.88/09).

El Consejo ha **imputado** responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria por mala praxis *ad hoc* en 2009 en los siguientes casos: i) D.51/09 (estenosis del conducto hepatocolédoco por sutura iatrogénica al cerrar una fístula biliar producida como riesgo típico tras una colecistectomía laparoscópica); y ii) D.69/09 (lesión inflamatoria abdominal que la Administración sanitaria no ha probado que no haya sido causada por la migración de uno de los clips empleados para la extirpación laparoscópica de la vesícula biliar, sin advertencia de riesgo típico en el consentimiento informado).

Por el contrario, el Consejo ha **exonerado** a la Administración sanitaria en 2009 en los siguientes casos en que se alegaba mala praxis médica: i) **Cardiología**: D.85/09 (paciente que fallece de un aneurisma de aorta que debutó con molestias abdominales vagas y escasas manifestaciones clínicas); ii) **Ginecología, Obstetricia y Neonatología**: D. 47/09 (falta de prueba de mala praxis médica en el diagnóstico y tratamiento pre y post-natal de una niña nacida con importantes deficiencias congénitas); D. 72/09 (rotura vesical tras histerectomía avisada en el consentimiento informado como riesgo típico); D.90/09 (paciente a la que se le practica correctamente un legrado para eliminar en el fondo uterino restos puerperales que ecográficamente no pudie-

completo su patología, acaso demuestre una mejor pericia en quien la realizó, pero no revela impericia en quienes llevaron a cabo las intervenciones precedentes, y sólo esto último es capaz de determinar la imputación de responsabilidad a la Administración sanitaria (D.10/09).

- 36 Puede existir observancia de la *lex artis ad hoc* y, sin embargo, imputación de la responsabilidad administrativa por funcionamiento anormal del servicio público sanitario no asistencial, como es el caso del servicio de vigilancia y seguridad en un Hospital psiquiátrico (DD.13 y 56/09).

ron detectarse hasta un mes después de un parto con forceps); iii) **Medicina Interna y del Aparato Digestivo**: D.4/09 (paciente que muere tras una colostomía por peritonitis iatrogénica subsiguiente a colonoscopia); D.63/09 (paciente que fallece por sepsis incoercible tras grave peritonitis con la que ingresó); D.73/09 (paciente con plurimorbilidad al que adviene un nuevo ictus parcial estando ingresado y correctamente atendido); y D.84/09 (paciente con adenocarcinoma gástrico que debutó con dolor abdominal inespecífico); iv) **Neurología**: D.74/09 (paciente con epilepsia mioclónica juvenil que presenta efectos secundarios debido a su idiosincrasia y al periodo de adecuación de las dosis de la medicación adecuada); y D.87/09 (paciente con astrocitoma quístico –tumor cerebral– que debuta con intensas migrañas); v) **Oftalmología**: D.27/09 (paciente con endoftalmitis aguda incoercible, de procedencia endógena, manifestada, como riesgo típico objeto de consentimiento informado, tras una operación de cataratas realizada con toda asepsia, y que exige evisceración de la masa ocular); vi) **Otorrinolaringología**: D.88/09 (paciente con antecedentes carcinomatosos, derivado por su Oncólogo al ORL para valorar una biopsia que no se realiza al presentar, primero, adenopatías de sintomatología aparentemente inflamatoria y, luego, afonía que radiológicamente sugería una afección del nervio recurrente, si bien un TAC y biopsia posteriores revelan que todo ello es consecuencia de un carcinoma pulmonar metastático incoercible aunque se hubiera dispuesto de un diagnóstico precoz); vii) **Psiquiatría**: D.58/09 (paciente con delirio paranoide de perjuicio internada involuntariamente por orden judicial y adecuadamente diagnosticada y tratada que reclama infundadamente por presunta retención indebida en el hospital y tratamiento inadecuado); viii) **Traumatología**: D.10/09 (paciente correctamente diagnosticado de artrofibrosis de la rodilla derecha y correctamente tratado con artrotomía y colocación de prótesis, aunque solo mejora cuando ésta se le cambia con *mejor praxis* en la sanidad privada, sin implicar que la efectuada en la pública fuera *mala praxis*); D.49/09 (paciente con secuela de paraplejía tras una laminectomía y disectomía por hernia discal); D.64/09 (paciente con fracturas a consecuencia del «síndrome del pie de diabético» correctamente tratado); D.67/08 (paciente con secuelas tras una menisectomía interna y externa y regularización artroscópica de la rodilla derecha); D.92/09 (paciente de edad avanzada con fractura de muñeca por caída, que, tras su reducción y escayolamiento de consolidación lenta, presenta como secuelas típicas distrofia simpático-refleja (Südeck) y limitación del 45% en la torsión palmar y dorsal); D.94/09 (paciente con secuela de síndrome de cola de caballo tras operación de hernia discal); D.95/09 (paciente con algodistrofia simpático-refleja en la mano, reputada por el Consejo como secuela de una fractura casual del radio ante la falta de prueba de que posiblemente se deba a com-

presión producida por un mal escayolamiento de la misma); D.97/09 (paciente con artrofibrosis tras reducción de fractura osteocondral del cóndilo femoral externo con tornillo reabsorbible cuya cabeza es expulsada espontáneamente por rechazo orgánico y extraída tras dos artrotesis artroscópicas al provocar protusión del referido cóndilo); y ix) **Urología**: D.86/09 (paciente con carcinoma vesical recidivante en cuyo proceso asistencial se aprecian ciertas disfunciones de comunicación del tratamiento a la familia pero insuficientes para fundar una indemnización por daños).

3°. Criterio de la exigencia del *consentimiento informado*

Sobre este criterio fundamental (el derecho del paciente a la protección de su salud incluye el de prestar su consentimiento a las intervenciones médicas, una vez informado debidamente de sus características y consecuencias), el Consejo se ha pronunciado con amplitud en 2009.

En primer lugar, el Consejo ha analizado la *autonomía de este parámetro de imputación*, declarando que adecuada prestación asistencia incluye tanto la observancia de la *lex artis ad hoc* como del *consentimiento informado* cuya falta o insuficiencia constituye mala praxis *ad hoc*, aunque no implique un acto médico posterior lesivo (D.5/09). Con esta declaración el Consejo adopta el criterio sentado por las SSTS 26-3-02 –de unificación de doctrina–, 26-2-04 y 4-4-06 en el sentido de que la *lex artis* no sólo comprende las actuaciones que sean conformes con las reglas de la profesión médica, sino también el deber de informar al paciente de los riesgos derivados de la mismas (D.157/08), con lo que considera al consentimiento informado como parte del contenido de la *lex artis ad hoc*, abandonando así la doctrina mantenida en algunos DD. anteriores en los que el Consejo parecía seguir considerándolo un parámetro de imputación distinto (cfr. D.128/08 donde, en *obiter dictum*, se aludía a la mala praxis como «otro parámetro de imputación»).

Por otro lado, el Consejo ha estudiado el *fundamento* de la exigencia del consentimiento informado que, para el Alto Órgano Consultivo, se encuentra en el derecho del paciente a su propia autonomía, pues no pueden ser soslayadas, en su caso, las consecuencias del ejercicio de la *autonomía personal* del paciente reconocido en el art. 2.1. de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (D.56/09). Ahora bien, dicha *autonomía personal* del paciente ampara también la renuncia, consciente e informada, a seguir el tratamiento prescrito, especialmente si éste es contrario a la dignidad humana (D.56/09). En este sentido, es crucial el *docu-*

mento de alta hospitalaria, pues constituye un trámite para dejar constancia de que el paciente no acepta el tratamiento que se le propone, si bien no requiere necesariamente ser firmado por éste, pues el personal sanitario no puede obligarle a permanecer ingresado contra su voluntad y, si el paciente se niega a firmarla, la firmará la dirección del Centro, a propuesta del Médico correspondiente, disponiendo así el alta forzosa del paciente *ex art. art. 21.1 Ley 41/02 (D.56/09)*.³⁷

También ha preocupado al Consejo la *forma de manifestación* del consentimiento informado, declarando que el mismo debe: i) ser expresado por *escrito*, salvo casos de urgencia vital, incapacidad del paciente o en que se infiera de actos concluyentes del paciente (D.17/09);³⁸ ii) estar *firmado* por el paciente y no sólo por el Facultativo (D.24/09); iii) estar *fechado* (D.24/09).

Además, el consentimiento informado debe ser *específico* para la intervención concreta que se vaya a practicar, no pudiendo aplicarse a la misma el consentimiento firmado el mismo día para otra o para la inclusión de la operación en el sistema de programación quirúrgica del Centro sanitario (DD.5 y 24/09). Por igual razón: i) el consentimiento informado para una segunda operación sobre la misma dolencia no suple la falta del mismo en la primera (D.97/09); y ii) si el consentimiento informado se presta en documento *normalizado*, deben rellenarse las líneas en blanco para que sea específicamente referido al caso ya que no valen expresiones meramente genéricas (D.24/09). En efecto, si el consentimiento informado es *genérico*, se desplaza sobre la Administración la carga de probar que el paciente fue *verbal y suficientemente* informado de los riesgos y alternativas de la intervención propuesta (D.24/09).

37 El D.56/09 plantea un *caso de alta voluntaria*; se refiere a un paciente (en tratamiento con metadona, pero cuyos antecedentes de toxicomanía, enfermedad psíquica y parientes suicidas no fueron revelados a los servicios sanitarios) que ingresa por ingestión de productos cáusticos y, contra el criterio médico, aunque su estado no imponía el internamiento forzoso, exige su alta voluntaria y, poco después, aparece muerto –sin pruebas de si fue por accidente o por suicidio–, al precipitarse al vacío en el acceso a un aparcamiento subterráneo.

38 El D. 17/09 admite que el consentimiento informado puede ser *implícito* cuando, las circunstancias del caso concreto revelen que se dio de forma verbal y suficiente sin afectar al derecho de autodeterminación del paciente. Se trataba del caso de un paciente con artrosis en ambas manos que, habiendo consentido por escrito la intervención en una, consiente –verbalmente y en la mesa de operaciones– ser intervenido antes de la otra, que le molesta más, resultando, a la postre, ambas intervenciones satisfactorias.

En cuanto al *ámbito objetivo* del consentimiento informado, el Consejo ha declarado que es preciso para una *intervención quirúrgica* o tratamiento arriesgado o agresivo (DD. 58 y 75/09), así como para intervenciones de *cirugía menor* (D.5/09), pero no para informar al paciente sobre su estado de salud y para la propuesta terapéutica planteada, sobre todo cuando se trata de una medicación ordinaria por vía oral que es aceptada por el paciente (DD.58 y 75/09).

Respecto a su *contenido*, el Consejo ha declarado en 2009 que el consentimiento debe incluir los *riesgos típicos* (DD, 51 y 90/09) incluir la *finalidad* y *naturaleza* de cada intervención, sus posibles *consecuencias* y demás contenidos establecidos en la Ley 41/02, de Autonomía del paciente; además, los *beneficios* que se esperan de la actuación médica propuesta y las *alternativas* a la misma, incluyendo las eventuales consecuencias de su rechazo (STS 1ª de 16-12-97), junto con los *riesgos especiales* relacionados con el estado del paciente concreto; y también las *contraindicaciones* (D.24/09). En esta misma línea, el Consejo ha declarado que el consentimiento informado debe comprender la explicación de por qué no se realizan conjuntamente dos intervenciones que parecen relacionadas (D.5/09, en el caso, un dedo en martillo y otro con *halus valgus*).

Por supuesto, la *carga de la prueba* de haber efectuado bien la información al recabar el consentimiento del paciente recae sobre la Administración sanitaria; por eso, no se puede obligar al paciente a probar el hecho negativo consistente en ignorar el riesgo de una complicación post-operatoria, pues es la Administración quien debe probar que le ha proporcionado información suficiente de los riesgos para que el consentimiento prestado tenga plena eficacia (D.24/09).

Todos estos requisitos son importantes ya que, si el consentimiento informado es *insuficiente*, se priva al paciente de la posibilidad de ponderar los riesgos y de sustraerse al tratamiento ofrecido, impidiéndole ejercer su derecho de autodeterminación (D.24/09). Por eso, la ausencia de consentimiento informado es *indemnizable*, pero no como daño material sino *moral*, según la jurisprudencia (D.97/09), lo que conlleva como consecuencia que el importe de la indemnización procedente por falta o defecto de consentimiento informado es de fijación prudencial (D.5/09).

El 2009, el Consejo ha **imputado** a la Administración sanitaria responsabilidad patrimonial *por inexistencia o insuficiencia del consentimiento informado prestado* en los siguientes casos: D.5/09 (paciente con dedo en

martillo al que no se le informa de las razones por las que no se le interviene simultáneamente en el dedo contiguo afectado de *halus valgus* pues, aunque son afecciones distintas, están relacionadas); D.24/09 (paciente con metatarso en garra al que no se le informa suficientemente de los riesgos típicos inherentes a una intervención de realineación y, cuando éstos se actualizan en secuelas, no es objeto de un pronto tratamiento reductor, rehabilitador o paliativo); y D.97/09 (paciente al que se reduce una fractura osteocondral del cóndilo femoral externo con tornillo reabsorbible sin consentimiento informado, aunque recae en ulteriores intervenciones semejantes).

Los casos de *exoneración* en 2009 *por riesgo típico inherente al adecuado tratamiento dispensado, habiéndose observado la lex artis ad hoc y recaído al respecto el consentimiento informado* han sido los siguientes: D.12/09 (paciente al que se le practica una artroplastia total de la rodilla izquierda que lesiona el nervio ciático poplíteo externo izquierdo con resultado de debilidad para la dorsiflexión y eversión del pie izquierdo); D. 16/09 (paciente que se somete a una interrupción voluntaria de embarazo acogida al supuesto exonerador penal de posibles malformaciones fetales, mediante un legrado incompleto (riesgo típico, que exige uno nuevo posteriormente) practicado, por pérdida de líquido amniótico (sugere también de daños fetales) tras una amniocentesis realizada para comprobar los resultados de una prueba de *triple screening* que sugería posibles cromosomopatías fetales, las cuales, una vez practicado el aborto, no resultan corroboradas); y D.37/09 (paciente correctamente diagnosticado y operado de *halus valgus* con secuelas iatrogénicas de limitaciones de flexibilidad articular y motora en el pie).

4º. Criterio de la relevancia de la *historia clínica*

Parte el Consejo de que, para ponderar la responsabilidad patrimonial, hay que atender a los datos resultantes de la historia clínica (DD.88 y 94/09). No se ha pronunciado el Consejo sobre la protección de los datos contenidos en ella más que de una forma colateral en el D. 30/09 al contemplar el caso de una Psiquiatra que entrega a familiares de una paciente (que está presente en el acto, aunque no asume su grave enfermedad psíquica) los partes de baja de la misma e información sobre su estado de salud para entregar al Juez, con objeto de que éste pueda acordar su internamiento involuntario (D.30/09). En este caso, el Consejo entiende que no existe infracción de la legislación de protección de datos ni hay título de imputación de responsabilidad patrimonial, aunque pudiera ser una eventual infracción (no probada en el caso) de la deontología profesional colegial.

5°. Criterios de la *individualización y efectividad del daño*

Respecto a la *individualización*, el daño reclamable ha de ser el material, físico o moral padecido personalmente por el paciente reclamante; o el daño moral parecido por sus familiares; por eso existe falta de legitimación activa si el paciente muere sin reclamar sus propios daños o sin ratificar la reclamación interpuesta en su nombre por su familia, y, después de fallecido, ésta no alega tampoco daños morales irrogados a la misma (D.78/09).

En cuanto a la *efectividad* del daño, el Consejo ha declarado en 2009: i) que el daño ha de ser efectivo (aunque luego pueda no ser imputable a la Administración) y lo es el consistente en molestias, dolores, incomodidad y angustia ante un sangrado abundante que obliga a practicar un legrado un mes después de un parto asistido con forceps; pero, realizado el mismo con éxito, no pueden ser considerados daños efectivos los, alegados pero no producidos, de riesgo de haber tenido que someterse a dicha cirugía y deterioro de la salud y la integridad física (D.90/09); y ii) que sólo pueden ser indemnizados los daños físicos efectivamente producidos, no los que hipotéticamente puedan derivarse de la previsible evolución del paciente, pues a los tales se aplica la doctrina jurisprudencia de la *actio non nata* (D.69/09).

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

La *idiosincrasia* o situación previa del paciente, especialmente su patología anterior, es siempre una *concausa* a estimar, que puede incluso ser la única relevante (DD. 10, 17, 63 y 88/09).

En 2009, el Consejo ha **exonerado** a la Administración sanitaria de responsabilidad *por ser debidos los daños a la idiosincrasia, configuración psico-física o enfermedad previa del paciente* en los siguientes casos: D.74/09 (paciente con epilepsia mioclónica juvenil que presenta efectos secundarios debido a su idiosincrasia y al periodo de adecuación de las dosis de la medicación adecuada); y D.88/09 (paciente con antecedentes oncológicos que termina falleciendo por carcinoma pulmonar incoercible).

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

El *error de diagnóstico o de tratamiento* sólo es título de imputación si causa daño y deriva de una infracción de la *lex artis ad hoc* (D.56/08). Este tipo de error ha de ser apreciado: i) en el momento en que se produce; ii) con arre-

glo al contexto y a las circunstancias entonces concurrentes y manifestadas; iii) atendiendo a la sintomatología y semilogía que se manifieste en el paciente en el momento de la asistencia; iv) integrando la misma con el resto de actuaciones realizadas por la sanidad pública; v) a la vista de cuanto esté documentado clínicamente; vi) no «*ex post facto*», especialmente mediante necropsia, autopsia o inspección *post mortem*; y vii) sin dejarse llevar por fáciles evidencias, solo confirmables «*a posteriori*» desde la certeza de los hechos ocurridos, pero de difícil constatación mediante las pruebas realizadas con anterioridad (DD.21 y 88/09).

Este criterio ha provocado varias *exoneraciones e imputaciones* de responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria en 2009 relativas a casos en que se alegó *error de diagnóstico o de tratamiento* o diversas variantes de los mismos.

Los casos de **imputación** por apreciación de este tipo de errores han sido en 2009 los siguientes: *i) por error de diagnóstico que conlleva retraso en el tratamiento correcto*: D.9/09 (paciente con herida rotuliana por agresión violenta, al que sólo seis meses después se le detecta y extrae un cuerpo extraño –cristal– incrustado); *ii) por error de tratamiento*: D.48/09 (paciente cuyas múltiples adherencias intestinales post-histerectomía, exigían justificar porqué una posterior anexectomía se realizó en forma abierta (laparotomía) y no por la vía laparoscópica provocadora de una perforación intestinal que debió solucionarse tras un periodo de *ano contra natura*); *iii) por denegación indebida de pruebas de control de la evolución del tratamiento*: D.36/09 (paciente con dolor tras fractura subcapital del quinto metacarpiano de la mano derecha reducida con escayola en la sanidad pública, que no accede a comprobar radiográficamente si debe mejorarse el ángulo de reducción, como finalmente se hace en la privada hasta la curación del enfermo, habiendo alegado, pero no probado, la sanidad pública que la radiografía y la mejora angular no eran necesarias); *iv) por retraso indebido en la asistencia*: D.24/09 (tardanza en reconocer y tratar las secuelas postquirúrgicas); D.33/09 (retraso en hospitalizar a una paciente pluripatológica, bien diagnosticada por los Facultativos y bien tratada a domicilio por el Servicio de Enfermería mediante curas, de una úlcera que vira a gangrena y provoca la muerte por sepsis antes de que se emita la segunda opinión médica pedida por dichos familiares sobre la procedencia de una amputación de la pierna ulcerada, aunque lo indemnizable no es un daño por pérdida de oportunidades terapéuticas ni por mala praxis en la atención, sino exclusivamente el moral de los familiares por la zozobra causada por el retraso inicial en hospitalizar); D.41/09 (retraso en aplicar tratamiento rehabilitador por dificult-

tad administrativa en nombrar un sustituto al Médico enfermo que debía pautarlo y haber tenido el paciente que acudir al efecto a la sanidad privada); D.54/09 (retraso en diagnosticar y tratar un condroblastoma de la meseta tibial izquierda a un menor, pues, aunque el diagnóstico temprano era difícil y el diagnóstico y tratamiento posterior fue correcto, se ocasionaron daños morales por la zozobra de la espera con molestias).

El Consejo ha **exonerado** a la Administración en los siguientes casos en que los que se habían alegado este tipo de errores: *i) por inexistencia de error de diagnóstico*: D.21/09 (paciente con obesidad mórbida correctamente diagnosticada y tratada de quistes hepáticos, que presenta inopinadamente una neoplasia de colon de la que fallece); *ii) por inexistencia de retraso en el diagnóstico*: D.88/09 (paciente con antecedentes carcinomatosos, derivado por su Oncólogo al ORL para valorar una biopsia que no se realiza hasta 3 meses después, al presentar, primero, adenopatías de sintomatología aparentemente inflamatoria y, luego, afonía que radiológicamente sugería una afección del nervio recurrente, si bien un TAC y biopsia posteriores revelan que todo ello es consecuencia de un carcinoma pulmonar metastático incoercible aunque se hubiera dispuesto de un diagnóstico precoz); *iii) por irrelevancia práctica en el caso de la prueba diagnóstica omitida*: D 88/09 (paciente que hubiera fallecido igualmente aunque la prueba omitida se hubiera realizado); D.49/09 (paciente fallecida de infarto de miocardio -IAM- sin habersele podido practicar una resonancia magnética -RNM- por su obesidad mórbida, sin nexo causal entre ambos eventos); D.8/09 (paciente bien diagnosticado y tratado de contractura en la sanidad pública, al que una innecesaria RNM practicada en la sanidad privada descubre un liposarcoma); *iv) por inexistencia de retraso en el tratamiento*: D.4/09 (alegado retraso en la práctica de colostomía por peritonitis iatrogénica tras colonoscopia a paciente que muere después); *iv) por inexistencia de error en el tratamiento*: D.17/09 (paciente con artrosis en ambas manos que, citado para eliminar un osteofito en la izquierda, consiente verbalmente que se le intervenga antes un dedo en gatillo en la derecha que le molesta más y, subsanado el error administrativo consistente en habersele notificado que la intervención practicada había sido de síndrome del túnel del metacarpiano, se le interviene posteriormente la mano izquierda, si bien para la desbridación previa de una vaina tendinosa que era necesaria para, en una tercera intervención, eliminar, finalmente, el osteofito, todo ello con arreglo a la *lex artis* y sanación final del paciente); D.30/09 (paciente tratada adecuadamente en diversas crisis de un síndrome psiquiátrico maniforme evolutivo); D.74/09 (paciente con epilepsia mioclónica juvenil que presenta efectos secundarios debido a su idiosincrasia y al periodo de adecuación de las dosis de la medicación adecuada); D.75/09 (paciente dia-

bético al que se prescribe metformina y pregabalina sin que se pruebe que hayan desencadenado una acidosis láctica ni muerte súbita); D.88/09 (paciente tratado adecuadamente según la sintomatología que presentaba al ser atendido en cada momento, aunque luego se comprueba que padecía un carcinoma irreversible); *v) por inexistencia de daño tras un error en el tratamiento*: D.26/09 (alegados posibles daños por sobredosis de un fármaco que no se materializaron ni probaron); *vi) por inexistencia de daño tras un retraso en la comunicación de pruebas diagnósticas que no conllevó pérdida de oportunidades terapéuticas*: D.62/09 (paciente a la que se comunica con retraso de dos meses el resultado de una biopsia con neoplasia mamaria cuyo diagnóstico no empeoró ni tampoco cambió su tratamiento consistente en una mastectomía que resultó satisfactoria; y no existiendo daño moral ya que el choque emocional se hubiera producido cualquiera que hubiera sido el momento de comunicación de la dolencia); y *vii) por inexistencia de retraso en la asistencia sanitaria a domicilio (servicio de ambulancias)*: D.75/09 (paciente cuya extrema gravedad no es transmitida adecuadamente por la familia al Servicio telefónico 061 de Urgencias que llega en tiempo razonable cuando dicha gravedad es correctamente transmitida).

8°. 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 2009 que consentimiento informado debe incluir los *riesgos típicos* asociados a la intervención o tratamiento (DD.16 y 90/09) y ha considerado diversos riesgos típicos en las distintas intervenciones.

Así, el Consejo ha considerado en 2009 que *son riesgos típicos* las siguientes complicaciones: i) la pérdida fetal tras una amniocentesis (D.16/09); ii) la persistencia de restos puerperales tras un parto asistido con fórceps (D.90/09); iii) la persistencia de restos fetales tras un legrado (D.16/09); iv) la persistencia de dolor y la recurrencia de la patología tras una realineación de Lelieve para corregir una metatarsalgia (D.24/09); v) la endoftalmítis aguda tras una operación de cataratas (D.27/09); vi) la rotura vesical tras una histerectomía (D.72/09); vii) la secuela de paraplejia tras una laminectomía y disectomía por hernia discal (D.49/09); viii) la recanalización espontánea tras una vasectomía (D.90/09); ix) una fístula biliar tras una colecistectomía laparoscópica, pero *no lo es* la estenosis del conducto hepatocolédoco por sutura quirúrgica al cerrar dicha fístula (D.51/09); x) el retardo en la consolidación de las fracturas de muñeca escayoladas según la edad del paciente (D.92/09);

xi) en pacientes de edad avanzada, la distrofia simpático refleja (Südeck), residual a la reducción con escayola de una fractura de muñeca (D.92/09); xii) una limitación del 45% en la flexión palmar y dorsal tras una reducción con escayola de una fractura de muñeca en paciente de edad avanzada (D.92/09); xiii) la aparición de un síndrome de cola de caballo tras una intervención de discos intervertebrales (D.94/09); y xiv) la aparición de edemas tras las fracturas que obligan a abrir la escayola de inmovilización para evitar la compresión del yeso (D.95/09).

9º. Criterio del derecho a una *segunda opinión médica* en la sanidad pública

El paciente tiene derecho a pedir y obtener gratuitamente una segunda opinión médica en el servicio sanitario público (no en la sanidad privada), normalmente en una Administración sanitaria distinta a la que le atiende; por eso, no son indemnizables los gastos de una segunda opinión médica pedida voluntariamente por el paciente a la sanidad privada sin ejercer ese derecho en la pública (D.5/09).

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* (DD. 5, 8 y 42/09).

Esta inversión está apoyada por doctrinas de *amabilización* de la prueba, tales como las de la *culpa virtual*, la del *daño desproporcionado*, el criterio de *facilidad* (la mayor facilidad probatoria para una de las partes, cfr. art. 217.5 LEC) o el criterio *res ipsa alloquitur* (DD. 48 y 54/09).

Por eso, no puede darse valor exonerante a informes de la Administración sanitaria que aludan a los daños producidos por mala praxis con frases evasivas como riesgos típicos, complicaciones, accidentes, aunque estén previstos en el documento de consentimiento informado (D.48/09).

Pero, en todo caso, la carga de la prueba del daño (DD. 8 y 42/09) y de la causa (D.42/09), así como de la impericia médica, y, en su caso, la de contrarrestar o desvirtuar la presentada de contrario por la Administración, recae sobre el reclamante (DD. 5 y 42/09). De ahí que siempre se le requiera

al menos un *principio de prueba*, de suerte que las doctrinas de *amabilización* probatoria antes citadas no pueden aplicarse en caso de *ausencia total* de actividad probatoria del reclamante (D.42/09). Lo que ha de probar el reclamante es la existencia del daño y que éste es consecuencia de un servicio público (DD. 42, 48, 54, 69 y 85/09).

En cuanto a la *prueba del daño*, hay daños que definen el hecho por el resultado, como las lesiones que se produce un paciente psiquiátrico que escapa del Hospital en que estaba internado, demostrando así un funcionamiento anormal del servicio de vigilancia y control de salida de los internados (DD. 48/01 y 13/09). Pero no hay que confundir la efectividad del daño, cuya prueba incumbe probar al reclamante, con las facturas sanitarias privadas que justifican el pago efectuado por el mismo, las cuales pueden y deben ser requeridas por la Administración reclamada cuando los daños se presuman o se haya probado que son reales y efectivos (D.86/09).

Para probar la *causa del daño* y que ésta es imputable a una impericia en la asistencia sanitaria prestada, es básica la *prueba pericial* en cada caso concreto, ya que carecen de eficacia enervante las manifestaciones de parte carente de la cualificación científica precisa para enjuiciar un proceso médico (D.94/09) y el Consejo Consultivo es lego en Medicina, aunque puede sugerir a la Administración y a las partes las disfunciones que aparentemente observe en la praxis médica para que sean valoradas oportunamente mediante los oportunos dictámenes periciales (D.95/09).

El Consejo ha propuesto en 2009 la *desestimación* de reclamaciones por falta de prueba de la realidad del daño (DD. 8 y 16/09); por falta de prueba de una infracción de la *lex artis ad hoc* (DD.5, 47, 94 y 95/09); pero también por falta de toda actividad probatoria, aun de principio, sobre el daño, la causa y la inobservancia de la *lex artis* alegados (DD.42 y 75/09).

11^a. Criterios indemnizatorios

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

- *Valoración*

A este respecto, el Consejo ha reiterado en 2009 el carácter meramente *orientativo* y no vinculante de los *baremos* de valoración de los accidentes de

tráfico (DD. 9, 47, 51, 69/09.) y la consiguiente necesidad de ponderar todas las circunstancias concurrentes (DD.3 13, 24/09.), de suerte que ha de optarse por una valoración *global*, racional y no matemática, que evalúe todas las circunstancias concurrentes cuando se trata de casos complejos o de secuelas transitorias pero de gran incomodidad (D.48/09, en un caso de ano *contra natura*). Igualmente debe ponderarse si concurren varios títulos de imputación (D.24/09). En todo caso, rige en esta materia el criterio de de *reparación integral*, por el que también se incluyen las *secuelas*, especialmente las irreversibles y degenerativas (D.24/09).

- *Daños morales*

El Consejo ha declarado a este respecto que la fijación del daño moral ha de hacerse *a tanto alzado*, teniendo en cuenta las distintas circunstancias concurrentes en el caso (D.69/09).

Con este criterio, el Consejo ha estimado que *hay daño moral indemnizable* en: i) la zozobra por portar un cuerpo extraño de origen iatrogénico (clip) en el organismo, cuya evolución se desconoce (D.69/09); ii) los dolores que un menor se vio obligado a soportar y el desasosiego que él y sus padres sufrieron durante un periodo de retraso en el diagnóstico y tratamiento, aunque estos fueron correctos (D.54/09); iii) la intervención quirúrgica practicada sin consentimiento informado (D.97/09); y iv) en la zozobra de los familiares por el retraso de hospitalización de una paciente pluri-patológica, bien diagnosticada por los Facultativos y bien tratada a domicilio por el Servicio de Enfermería mediante curas, de una úlcera que vira a gangrena y provoca la muerte por sepsis antes de que se emita la segunda opinión médica pedida por dichos familiares sobre la procedencia de una amputación de la pierna ulcerada, aunque dicho daño no es por pérdida de oportunidades terapéuticas ni por mala praxis en la atención, sino exclusivamente por la zozobra causada por el retraso inicial en hospitalizar al paciente (D.33/09).

Respecto a la *distribución* de la indemnización por daño moral entre los familiares, el Consejo ha declarado que, en caso de fallecimiento de la madre, es acreedor a la eventual indemnización por daño moral su hijo, pero no el padre de éste cuando no se ha probado en el expediente la relación del mismo con la fallecida (D.63/09).

El Consejo, por el contrario, ha entendido que *no hay daño moral indemnizable* en: i) el embarazo ni en el nacimiento de un hijo, aunque la madre sea una menor tutelada en un piso autónomico de acogida, debido al

bien precioso que supone la vida humana (D.77/09);³⁹ ii) el supuesto riesgo innecesario de una intervención quirúrgica procedente que evita otra innecesaria que el paciente suponía que era la procedente (D.47/08); y iii) la incertidumbre sobre si una fractura metacarpiana bien diagnosticada, sanará definitivamente, como así sucedió, tras haber sido reducida con escayola por segunda vez para corregir el ángulo de reducción (D.36/09).

- *Gastos en sanidad privada*

El Consejo parte del principio de que no son indemnizables los gastos producidos por el traslado voluntario del paciente a otro Centro distinto del sanitario público donde podía haber sido atendido (DD. 15, 37, 86/09), ya que si bien existe el obvio derecho de opción que tiene el paciente para elegir entre ser atendido en la sanidad pública gratuitamente o la privada a su costa; lo que no existe (cfr. SAN 25-2-04) es un derecho del paciente a optar por ser atendido en la sanidad pública o en la privada, pero siempre a cargo de la pública (DD, 8, 37, 51, 97/09). Así pues, sólo indemnizables los gastos en sanidad privada directamente relacionados o motivados por un error de diagnóstico o una denegación injustificada de tratamiento en la pública (D.15/09), pero cuando concurren diversas intervenciones quirúrgicas, unas efectuadas en la sanidad pública y otras en la privada, sólo son indemnizables los daños que sean imputables a una mala praxis médica en la sanidad pública, pero no los ocasionados por traslado voluntario a la privada para solucionarlos, cuando aquéllos podían haber sido resueltos en la pública (D.51/09). En estos casos de gastos indemnizables en la sanidad privada, es preciso aportar las correspondientes *facturas* acreditativas de su pago (D.86/09).⁴⁰

Esto sentado, el Consejo ha seguido declarando reiteradamente en 2009 que el *procedimiento de responsabilidad patrimonial* de la Administración sanitaria no debe ser confundido con el *procedimiento de reclamación de gastos ex*

³⁹ No obstante, el D. 77/09 precisa que, si bien el nacimiento de un hijo, y más si es deseado, como era el caso, no es daño indemnizable, sí lo puede ser la carga psicológica y familiar que entrañe cuando la madre es menor.

⁴⁰ El D.36/09 hace coincidir el daño indemnizable con la factura pagada en un caso en los gastos en la sanidad privada consisten en atenciones que hubieran sido innecesarias si el paciente hubiera sido tratado adecuadamente en la sanidad pública. Otro tanto hace el D.41/09 al declarar que el importe de la indemnización debe coincidir con los gastos efectuados en la sanidad privada por un paciente al que se le retrasó en la pública la rehabilitación que precisaba, por dificultad en designar un sustituto al Médico que debía pautarla.

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), y 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 (DD. 8, 37, 51 y 97/09).

Así pues, el Consejo considera que la exclusión del sistema de la Seguridad Social del reintegro de gastos en la sanidad privada (salvo casos de urgencia vital) es tan perfectamente coherente con el sistema de la Seguridad Social como lo es la inclusión de los mismos en el Sistema de responsabilidad general de la Administración, cuando concurren los requisitos necesarios para ello (D.10/09).⁴¹

E) *Responsabilidad de la Administración docente*

La vigente limitación legal de la cuantía mínima exigida para consultar al Consejo en materia de responsabilidad patrimonial ha eliminado también en la práctica las consultas sobre reclamaciones de daños y perjuicios sufridos por escolares en Centros docentes públicos. En 2009, el Consejo sólo ha emitido dos Dictámenes sobre esta materia, ambos sobre caídas y de sentido

⁴¹ Según este criterio, las pretensiones de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria han de dilucidarse por los trámites de los arts. 139 ss. LPAC, precepto que forma parte del régimen jurídico administrativo, por lo que la resolución que recaiga es recurrible en vía contencioso-administrativa; mientras que los del procedimiento de reintegro de gastos en sanidad privada han de sustanciarse con arreglo al art. 4 del RD 1030/06, sobre *Cartera de Servicios Comunes* del Sistema de la Seguridad Social, precepto encuadrado en el régimen jurídico de la Seguridad Social, por lo que la resolución final que recaiga es recurrible ante la jurisdicción social (D.10/09). El mismo D.10/09 recoge la jurisprudencia contencioso administrativa en el sentido de que pueden dilucidarse, si concurren los requisitos necesarios para ello, como reclamaciones de responsabilidad patrimonial supuestos excluidos del procedimiento de reclamación de reintegro de gastos en la sanidad privada. como los de error de diagnóstico y denegación de asistencia (SAN 12-4-00, 27-9-00 y 18-9-02, y STS, 4ª, de 11-6-90; y 3ª, de 25-2-04, 29-3-99, 7-7-99 y 18-10-98 y STS, 4ª, de 4-11-88).

distinto: i) el D.14/09, en aplicación de la doctrina del *riesgo general de la vida*, exonera a la Administración docente de responsabilidad en los daños materiales producidos a un alumno al resbalar en las escaleras de acceso a un Centro educativo, ya que las mismas carecían de obstáculos y estaban bien protegidas; y ii) el D.71/09, por el contrario, imputa a dicha Administración los daños físicos producidos a un alumno al caer por un hueco de escalera de emergencias de un Centro educativo, ya que estaba desprotegido y sin señalización.

F) *Responsabilidad de la Administración como tutora de menores*

El D.77/09 analiza un caso de especial interés y que resulta novedoso en la doctrina consultiva del Consejo, cual es la responsabilidad patrimonial de la *Administración como tutora de los menores en situación de desamparo*. El supuesto de hecho es peculiar ya que los daños alegados consistían en el embarazo y posterior parto de una menor tutelada que mantuvo relaciones sexuales voluntarias durante sus ratos de ocio y fuera del piso de acogida con un varón sobre el que pesaba orden judicial de alejamiento.

El Consejo comienza aclarando que la *declaración en situación de desamparo* supone la asunción por la Administración autonómica de la tutela del menor, y, por lo tanto, además de ser su representante (art. 267 Cc), dicha Administración está obligada, *ex art. 269 Cc*, a procurarle alimentos, educarle y facilitarle una educación integral; a promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad.

Continúa el Consejo señalando los *principios que rigen la tutela administrativa ex art. 5 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja*, a cuyo tenor, la actuación administrativa en esta materia debe estar orientada por los principios de: subsidiariedad respecto a los deberes que impone la Ley a los padres y tutores; integración de los menores en su medio familiar y social; y respeto, defensa y garantía de los derechos de los menores, reconocidos en la CE, en su legislación específica y en el resto del ordenamiento jurídico.

Esto dicho, el Consejo determina que la *naturaleza jurídica de la tutela administrativa de menores desamparados* es jurídico-privada, pero sometida al régimen jurídico público. Por ello, la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración por los daños sufridos por una menor de edad sometida a la tutela de aquélla como consecuencia de haber sido declarada la misma, por vía de urgencia, en situación de desamparo (art.53 de la Ley

1/2006, de Protección de Menores de La Rioja), presenta unas características muy singulares. De hecho, como ya se apuntó en el D. 9/96, la Ley estatal 21/1987, de 11 de noviembre, confirmada luego por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, supuso la consideración como una relación de Derecho privado –concretamente como una modalidad de tutela civil– la nacida entre el menor y la Administración a consecuencia de la declaración de aquél por ésta, a través del dictado del correspondiente acto administrativo, en situación de desamparo (cfr. art. 172.1 Cc.).

De ahí resulta que la eventual responsabilidad de la Administración derivada de su condición de tutora, esto es, por daños sufridos por el menor tutelado, no puede sino considerarse como una responsabilidad nacida en el marco de una relación de Derecho privado, y eso es precisamente lo que expresamente señala el párrafo segundo del artículo 64 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, a cuyo tenor *«la responsabilidad por los daños causados o sufridos por los menores sometidos a la guarda de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja corresponde a ésta, y será exigible conforme a lo dispuesto por las leyes para la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas cuando actúen en relaciones de Derecho privado»*.

Observa, pues, el Consejo que esta naturaleza jurídico-privada de la responsabilidad de la Administración en casos de daños sufridos por menores acogidos habría conducido, en su momento, a enjuiciar la misma conforme a la regla general del art. 1.902 Cc., ya que se trataría de una responsabilidad por hecho propio, y exigiría la concurrencia del criterio de imputación que usa ese precepto, que no es otro que el de la concurrencia en la propia Administración, a través de sus funcionarios o agentes, de culpa o negligencia, en este caso *in vigilando*; y vigente el antiguo art. 41 LJRAE, esta responsabilidad era exigible ante los Tribunales ordinarios. Ocurre, sin embargo, que tras la entrada en vigor de la LPAC (Ley 30/92), y en particular de la reforma de su art. 144 por la Ley 4/99, el régimen general (jurídico-administrativo) de la responsabilidad patrimonial es igualmente aplicable cuando actúe la Administración pública en relaciones de Derecho privado, pues entonces *«la responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley»*, lo que es tanto como decir que también entonces la responsabilidad es objetiva y actúa el genérico criterio de imputación del *«funcionamiento normal o anormal»* del servicio público (art. 139.1 LPAC), en este caso el de protección de menores, y son aplicables las demás normas de la citada Ley relativas a la responsabilidad de la Administración; siendo, por lo demás, la resolución que ponga fin al correspondiente expediente, recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En definitiva –concluye el D.77/09– la eventual concurrencia de responsabilidad de la Administración en el caso de daños sufridos por menores acogidos a su tutela, ha de ser afrontada aplicando las normas generales jurídico-administrativas que rigen aquélla, a pesar de haberse producido el daño actuando dicha Administración como tutora, esto es, en una relación de Derecho privado.

Ahora bien, esta conclusión exige al Consejo determinar el ámbito de la responsabilidad de la Administración tutora y, a tal efecto, el D.77/09 declara: i) que la existencia de una relación de tutela entre la Administración y un menor no significa que todos los actos realizados por éste en uso de su derecho de legítima autonomía personal puedan ser imputados a la Administración tutora; ii) que el acogimiento de menores tutelados en pisos de acogida puede ser una medida restrictiva de su libertad si se dicta en aplicación de la Ley Penal del menor, pero, si deriva de la declaración de desamparo, es una simple medida protectora que no supone una limitación de los derechos de autonomía personal del menor según su edad, por lo que no puede sujetarse al mismo a una situación de vigilancia y control contraria a sus derechos fundamentales a la libertad de movimientos durante los momentos de ocio previstos; y iii) que la vigilancia del cumplimiento de las medidas de alejamiento impuestas a una persona mayor de edad con respecto a una menor tutelada residente en un piso autonómico de acogida compete a la Administración tutora mientras la menor se encuentre en dicho piso, y a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuando la misma sale de dicho piso en uso de su libertad de deambulación durante los tiempos de ocio previstos.

Sentados estos criterios, el D.77/09 resuelve el complejo caso objeto de consulta concluyendo: i) que el embarazo de una menor acogida en un piso tutelado, a consecuencia de relaciones sexuales mantenidas libremente por la misma fuera de dicho piso y en sus ratos reglamentarios de ocio no es un daño inferido a terceros de los que deba responder la Administración tutora *ex art. 1903 Cc*; ni tampoco es un daño indemnizable, ya que no puede serlo la generación de una vida humana, aunque sí pudiera serlo la carga psicológica y asistencial que suponga para la menor y sus familiares, si hubiere alguna falta en la vigilancia de la menor; ; ii) pero la relación sexual, libremente mantenida y consentida por una menor de 14 años, fuera del piso de acogida y en horas de ocio o en infracción consciente de las mismas, y con un sujeto que quebranta conscientemente la orden de alejamiento de la misma, son circunstancias voluntarias que interrumpen el nexo de causalidad y exoneran a la Administración tutora.

G) Responsabilidad de la Administración por daños producidos por sus concesionarios y contratistas

La doctrina general en esta materia 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 ha sido reiterada en 2009 en el D.12/09, ampliamente y con cita de jurisprudencia a favor y en contra al respecto. Insiste el Consejo en la interpretación de la legislación vigente en el sentido de imputar, en su caso, el daño a la Administración concedente, con repetición posterior de ésta al contratista. El citado D.12/08 versa sobre unos alegados daños producidos en una intervención quirúrgica en la rodilla realizada en una Clínica concertada.

6. Doctrina sobre revisión de actos administrativos

En 2009 el Consejo ha emitido dos Dictámenes sobre revisión de actos administrativos, uno sobre revisión de oficio (D.83/09) y otro sobre un recurso extraordinario de revisión (D.50/09); en ambos casos, como es sabido, resultaba preceptiva la consulta, siendo el dictamen emitido *habilitante* de la revisión pretendida por la Administración, en el sentido de que ésta sólo puede revisar el acto si el dictamen consultivo es favorable a ello.

El D. 83/09 versa sobre la pretendida anulación de un acuerdo municipal de aprobación del Plan General de Urbanismo por posible concurrencia en una concejala de causa legal de abstención. Se pedía, en suma, la aplicación de la causa de nulidad del art. 62.1,e) LPAC (actos en los que se ha prescindido total o absolutamente del procedimiento establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados).

El Consejo dictamina en contra de la revisión pretendida aduciendo que los casos de abstención y recusación del art. 28 LPAC, como el parentesco, no implican necesariamente la invalidez de los actos colegiados en los que haya intervenido el afectado (art. 28.3. LPAC) pues, para declarar la nulidad, es preciso: i) que el afectado haya tenido una *intervención decisiva* en el acto adoptado por el órgano colegiado; ii) que el acto no supere la llamada *prueba de resistencia* de los actos colegiados, por la que el acto cuestionado hubiera seguido siendo el mismo, una vez suprimida mentalmente la intervención del afectado; y iii) que la infracción tenga cierta relevancia (criterio de *minimis*); y, en el caso contemplado en el D.83/09 no concurría ninguna de esas tres circunstancias.

En cuanto al D.50/09, declara que el recurso extraordinario de revisión *ex arts* 118 y 119 LPAC se da sólo contra actos firmes y por los motivos tasados del art. 118 LPAC en función de los cuales aparece la posibilidad de que se hubiera dictado una resolución errónea o injusta. En el caso concreto, se alegaba la concurrencia de la causa del art. 118.1.2 LPAC (aparición de nuevos documentos esenciales) y el Consejo estima que la misma no concurre en un acto de denegación de una ayuda de estudios fuera de la localidad de residencia por superar los umbrales patrimoniales, al valorar una vivienda familiar cuya valoración catastral es posterior y no tener en cuenta la hipoteca que versa sobre la misma, ya que: i) la valoración ha de referirse no al momento de la solicitud sino al de la denegación de la ayuda; y ii) dicha vivienda está sita precisamente en la localidad de destino, por lo que el acto de concesión hubiera sido nulo por carecer de los requisitos necesarios para la concesión de ayuda, como era el de carecer de una vivienda en la localidad de destino.

7. Doctrina sobre materias concretas: Servicios Sociales

Por último, conviene destacar en 2009 el D.46/09 sobre el Proyecto de Ley de Servicios Sociales de la CAR, que ha permitido al Consejo aclarar que la licencia autonómica para la prestación de Servicios Sociales es independiente de las municipales de obra y apertura, pero debería incluirse en el procedimiento de otorgamiento de éstas con la técnica del *informe previo preceptivo y vinculante*, obviamente limitado al cumplimiento de la normativa sobre Servicios Sociales.

8. Conclusión

En resumen, el Consejo Consultivo de La Rioja ha continuado mostrándose en 2009 como una institución estatutaria consolidada y en pleno rendimiento que presta su refuerzo consultivo a todos los sectores y ámbitos de la Administración consultante.

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

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

Y ha mantenido su penetración en cuestiones estatutarias y de constitucionalidad, n línea con la función constitucional de los Altos Órganos Consultivos, dictaminando uno de los escasos recursos en defensa de la autonomía local planteados en España y que ha sido resuelto por el Tribunal Constitucional de conformidad con el dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja.