

Expediente Núm. 206/2017
Dictamen Núm. 215/2017

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 27 de julio de 2017, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen. Votaron en contra los Vocales doña Rosa María Zapico del Fueyo, que formuló voto particular, que se adjunta como anexo, y don José María García Gutiérrez:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 21 de junio de 2017 -registrada de entrada el día 23 del mismo mes-, examina el expediente relativo al proyecto de Decreto “por el que se establece el régimen de participación económica en el coste del servicio de atención residencial de las personas mayores cuya dependencia fue reconocida con anterioridad al 1 de enero de 2011”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Contenido del proyecto

El proyecto sometido a consulta se inicia con un preámbulo en el que se señalan los presupuestos normativos de la regulación que aborda. En primer lugar alude al marco general competencial, con cita de la competencia exclusiva *ex* artículo 10.1.24 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias en materia de "Asistencia y bienestar social"; del artículo 48 de la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales, y de la "normativa básica recogida en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia".

Se refiere a continuación a la "Ley del Principado de Asturias 4/2016, de 4 de noviembre, de suspensión de liquidaciones de las deudas reclamadas a herederos de los usuarios fallecidos de los servicios residenciales públicos del Organismo Autónomo "Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias", publicada en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias* núm. 264 de 14 de noviembre de 2016, y en vigor desde el día 15 de noviembre de 2016. Señala que esta ley impone tres mandatos: i) "Suspender", con las salvaguardas que en derecho procedan, las liquidaciones de deudas que se vienen realizando a los herederos de usuarios del organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias (en adelante ERA); ii) auditar las liquidaciones practicadas, y iii) "Revisar de oficio (...) todos los expedientes de reclamación de deuda ya abonados para la devolución en su caso de los ingresos indebidos".

Por lo que se refiere a la auditoria, ya practicada, se afirma que según su conclusión final "las liquidaciones por estancias de personas que tuvieran reconocida la situación de dependencia han de responder en todo caso a la aplicación de un régimen de participación económica en el coste del servicio que tenga en cuenta la capacidad económica de la persona, de un modo conforme a Derecho y a los principios de igualdad y seguridad jurídica". En este sentido, destaca que "A partir de la entrada en vigor del Decreto 144/2010, de

24 de noviembre, por el que se regulan los precios públicos de determinados servicios sociales especializados (...), comenzó a diferenciarse entre dos regímenes económicos distintos (...): el de participación económica (...) en función de la capacidad económica personal (...) y el aplicable a las personas no dependientes"; sin embargo, la disposición transitoria primera de dicho Decreto posibilitó que las personas dependientes que a 1 de enero de 2011 ya eran usuarias del servicio pudieran optar entre ambos regímenes, y de "no ejercer ese derecho de opción de manera expresa sería aplicable el régimen vigente a la fecha de entrada en vigor del decreto, esto es, el derivado del Decreto del Principado de Asturias 10/1998, de 19 de febrero, salvo que la nueva regulación le fuera más favorable". En consecuencia, quienes optaron expresamente, y aquellas que no lo hicieron, "prosiguieron sujetas" al régimen de facturación provisional que fijó la Resolución de 19 de marzo de 2008 del Director Gerente del ERA, con la obligación de "abonar íntegramente el precio público vigente, y no el aplicable a las personas dependientes según la Ley 39/2006, de 14 de marzo, el de participación económica en el coste (del servicio) en función de su renta y patrimonio, recogido en el artículo 33 (y) desarrollado en el Decreto 144/2010". Además, la disposición transitoria "no contenía indicación alguna sobre el régimen económico aplicable a las personas dependientes que hubieran fallecido a la entrada en vigor del Decreto 144/2010 (...) y que, sin embargo, tenían reconocido el derecho a la prestación con efectos retroactivos".

En consecuencia, teniendo en cuenta "lo dispuesto en la (...) Ley del Principado de Asturias 4/2016, de 4 de noviembre, y el resultado del proceso de verificación reflejado en el informe de auditoría de 31 de octubre de 2016, para que la Administración (...) proceda a revisar los expedientes afectados resulta indispensable regular el modo en que dicha revisión se ha de llevar a cabo, así como el régimen económico aplicable a las personas mayores usuarias del servicio de atención residencial cuya dependencia fue reconocida con anterioridad al 1 de enero de 2011, conforme al principio de participación

económica en el coste del servicio en función de la renta y patrimonio de las personas dependientes de la Ley 39/2006”.

Finaliza señalando que el Decreto “se dicta en aras de dar cumplimiento a los principios de legalidad, respeto a la normativa básica, igualdad, impidiendo la configuración de supuestos de hecho en la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables se encuentran en la misma situación, y de seguridad jurídica, procurando dotar de una mayor certeza a la normativa aplicable y haciendo previsible su aplicación, mediante la regulación expresa e indubitada del régimen económico aplicable a las personas usuarias del servicio de atención residencial para personas mayores cuya situación de dependencia hubiese sido reconocida con anterioridad a la entrada en vigor del (...) Decreto del Principado de Asturias 144/2010”.

La parte dispositiva del proyecto de Decreto está integrada por cuatro artículos, una disposición adicional, una derogatoria y una final.

Todos los artículos están titulados y regulan, respectivamente, los siguientes aspectos: “Objeto”, “Régimen de participación económica aplicable”, “Efectividad de la participación económica” y “Procedimiento para la revisión”.

La disposición adicional única establece el plazo de un mes para el inicio del procedimiento de determinación de la participación económica en el coste del servicio de atención residencial para personas cuya dependencia hubiese sido reconocida con anterioridad al 1 de enero de 2011; la derogatoria única deroga la disposición transitoria primera del Decreto del Principado de Asturias 144/2010, de 24 de noviembre, por el que se regulan los precios públicos de determinados servicios sociales especializados y las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo previsto en la presente norma, y la disposición final única, “Entrada en vigor”, prevé que esta se producirá “a los veinte días de su publicación en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias*”.

2. Contenido del expediente

Mediante Resolución de la titular de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales de 10 de noviembre de 2016, se dispone el inicio, a propuesta de la Dirección General de Gestión de Prestaciones y Recursos -propuesta que no obra en el expediente remitido-, del correspondiente procedimiento para la elaboración de la norma.

Con fecha 1 de febrero de 2017, la Directora General de Gestión de Prestaciones y Recursos suscribe un "informe propuesta" sobre el "Decreto por el que se establece el régimen de participación económica en el coste del servicio de atención residencial de las personas mayores cuya dependencia fue reconocida con anterioridad al 1 de enero de 2011", al que acompaña un texto del proyecto de norma.

Como antecedentes, señala la publicación en el *Boletín Oficial del Principado de Asturias* de 14 de noviembre de 2016 de la Ley del Principado de Asturias 4/2016, de 4 de noviembre, "de suspensión de liquidaciones de las deudas reclama(das) a herederos de los usuarios fallecidos de los servicios residenciales públicos del Organismo Autónomo `Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias´", que "reproduce íntegramente el contenido de la Moción adoptada con fecha 4 de marzo por la Junta General del Principado de Asturias 29/X".

Añade que en cumplimiento de tal moción la Consejería instó a la Directora General de Finanzas y Economía para que procediera a la "suspensión de la tramitación de una serie de expedientes de recaudación en vía de apremio" como consecuencia de las deudas generadas por la prestación del servicio público residencial de atención a personas mayores.

Precisa que, también en cumplimiento de dicha moción, se constituyó una "Comisión interdepartamental formada por las personas titulares" de la Secretaría General Técnica, la Dirección General de Gestión de Prestaciones y Recursos y la Gerencia del ERA, a la que se encomiendan las tareas de "planificar, coordinar y dirigir los trabajos encaminados a dar una respuesta

operativa a los requerimientos planteados en la moción”, así como “realizar la auditoría interna a que se refiere el artículo primero de la actual Ley 4/2016, entendiéndose por tal la revisión sistemática de las liquidaciones que son reclamadas a los herederos de los usuarios fallecidos de los servicios residenciales públicos del (...) ERA, con el objeto de verificar que el cálculo de la misma se adecua al principio de aplicación del régimen más beneficioso para el usuario”.

Refiere a continuación los antecedentes que concluyeron en la solicitud de una consulta facultativa a este Consejo Consultivo sobre el “Modo de dar cumplimiento a la Moción de la Junta General del Principado de Asturias 29/X, de 4 de marzo de 2016”, y afirma que “tanto el informe de auditoría como el dictamen del Consejo Consultivo” justifican la aprobación de un Decreto como el que se propone.

Por lo que se refiere al informe de la auditoría interna, este refleja que se han analizado 2.338 expedientes, y que de ellos 1.287 corresponden a liquidaciones de “usuarios dependientes que fallecieron con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto 144/2010”, 585 a “usuarios dependientes que fallecieron con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto 144/2010 (...) que optaron expresamente por permanecer sujetos al régimen económico que se les venía aplicando hasta la fecha al reportarles este una mayor liquidez y 466 a “usuarios dependientes que fallecieron con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto 144/2010 (...) por los que optó la Administración por permanecer sujetos al régimen económico que se les venía aplicando hasta la fecha, al reportarles una mayor liquidez”.

Como consecuencia de ese proceso, los auditores efectuaron un cálculo “de la liquidación resultante de aplicar la participación económica en el coste del servicio de atención residencial conforme al régimen económico de dependencia”, comparándola con “la liquidación resultante de aplicar el Decreto 144/2010”. Como resultado de esa comparación, el informe de auditoría interna destaca las siguientes conclusiones: “Que, una vez estimada la capacidad

económica y la participación económica resultante de aplicar el (...) Decreto 144/2010 y (...) la normativa de la dependencia (...), se ha demostrado que el importe de la liquidación final resultante por la estancia es inferior al de la emitida conforme al Decreto 10/1998 y reclamada hasta la fecha en todos los supuestos (...). Que (...), entendiendo por `régimen económico más beneficioso para el usuario´ aquel del que se deriva una liquidación por la estancia del importe inferior, este sería el derivado del Decreto 144/2010 en todos los casos analizados (...). Que la máxima anterior se vio distorsionada por el modo erróneo en que se llevó a cabo el derecho de opción previsto en la disposición transitoria primera del Decreto 144/2010, en la medida en que fue contrario a lo dispuesto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, y al Acuerdo del Consejo Territorial de 27 de noviembre de 2008, ya que en la declaración de opción expresa (que) las alternativas no eran homogéneas: el Decreto 10/1998 no regula un régimen de determinación de la capacidad económica y de participación en el coste del servicio en función de la misma, sino que implica el abono del precio público íntegro (...). Que, teniendo en cuenta que el régimen económico derivado del Decreto 10/1998 no resulta una alternativa homogénea al régimen derivado del Decreto 144/2010, ni acorde con la normativa en materia de dependencia, así como la existencia de un vacío legal respecto a las personas dependientes que fallecieron con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto 144/2010, lo único acorde con la Ley 39/2006 -norma básica-, (el) Acuerdo del Consejo Territorial de 27 de noviembre de 2008 y las resoluciones transitorias de 7 de noviembre de 2007 y de 19 de marzo de 2008 es que todas las liquidaciones por estancias de personas que tuvieran reconocida la situación de dependencia (...) respondan a la aplicación de un régimen de participación económica en el coste del servicio que tenga en cuenta la capacidad económica de la persona de un modo conforme a derecho y a los principios de igualdad y seguridad jurídica”.

Tras resumir los antecedentes y las conclusiones del dictamen facultativo emitido por este Consejo Consultivo el 31 de octubre de 2016, afirma la autora

de la propuesta que “para proceder a la revisión de los tres tipos de liquidaciones afectadas (esto es, las relativas a personas fallecidas antes de la entrada en vigor del Decreto 144/2010, personas que optaron expresamente por mantenerse en el régimen económico derivado del Decreto del Principado de Asturias 10/1998 -que, sin embargo ha quedado probado que no es de participación económica- y personas por las que optó la Administración) resulta indispensable regular mediante Decreto” ese régimen de participación en el coste de las personas “cuya dependencia fue reconocida con anterioridad al 1 de enero de 2011, de acuerdo con lo establecido en la Ley 39/2006” y la normativa posterior, “sin que ello suponga una dispensa o un trato diferenciado respecto al resto de personas dependientes”, por lo que el Decreto cuya aprobación se pretende “se dicta en aras de dar cumplimiento a los principios de:/ 1) Legalidad (respeto a la normativa básica)”, dado que la “disposición transitoria primera del Decreto 144/2010 (...) resultaría contraria en parte (apartados 2 y 3) a la Ley 39/2006, que tiene carácter básico; por ello, según el sistema de relación entre normas estatales y autonómicas, se entiende desplazada en su aplicación, con lo que resulta conveniente derogar la misma mediante la aprobación de un Decreto que respete sin ambages lo dispuesto en el artículo 33 de la precitada ley estatal (...). 2) Igualdad (impidiendo la configuración de supuestos de hecho en la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación) (...). 3) Seguridad jurídica (procurando dotar de una mayor certeza a la normativa aplicable y haciendo previsible su aplicación)”.

Finalmente procede a fundamentar cada uno de los artículos del texto propuesto.

Con fecha 3 de febrero de 2017, la Secretaria General Técnica de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales -órgano instructor- remite a las Secretarías Generales Técnicas de las restantes Consejerías que integran la Administración del Principado de Asturias el texto del proyecto, “con carácter

previo a la consulta pública a efectuar (...), al objeto de su valoración (...) y la formulación de observaciones previas que se consideren oportunas en función de las competencias respectivas". No consta que se hayan planteado observaciones por ninguno de los destinatarios.

El día 3 de abril 2017, la Directora General de Gestión de Prestaciones y Recursos suscribe una "memoria económica" en la que, como antecedentes, reitera el contenido íntegro de la propuesta anterior, y, por lo que se refiere propiamente al impacto presupuestario, señala que la aprobación del Decreto "tendrá dos consecuencias (...): supondrá en todos los casos una disminución de los derechos reconocidos y reclamados" y "habrá casos en que exista obligación de devolver cantidades indebidamente percibidas".

En el primer caso, distingue entre "personas dependientes usuarias vivas" y "personas dependientes usuarias ya fallecidas", y afirma, respecto de aquellas, que en el "periodo que va desde el 1 de enero de 2007 hasta el 30 de junio de 2013" el cálculo efectuado refleja que "el promedio de la reducción del coste de la estancia es del 55,47 %", y en el "que va desde el 1 de julio de 2013 hasta la actualidad (...) el promedio de la reducción del coste de la estancia es del 51,83 %".

Por lo que se refiere a las personas fallecidas, expone que "de los 2.338 expedientes afectados (...), existen un total de 327 a los que, o bien por no tener derecho a las prestaciones del sistema de dependencia (...), por no haber autorizado la consulta telemática de sus datos en su día o por cualquier otra deficiencia no subsanable por el momento, no ha sido posible estimar su participación económica". Sobre el resto de los revisados (2.011), indica que "la reducción media del coste de la estancia (...) sería de alrededor del 60 % respecto al precio público".

A la vista de estos datos, estima que, si por aplicación del Decreto del Principado de Asturias 10/1998 se liquidaron un total de "65,1 millones de euros, una vez finalizado el procedimiento de revisión la cuantía total a reclamar estaría en torno a 29,3 millones de euros (un 55 % menos)".

Finalmente, en cuanto a la “devolución de las cantidades abonadas en exceso”, entiende que han de devolverse “alrededor de 5,8 millones de euros”; cantidad que “se corresponde con la de aquellos expedientes en que las personas herederas o causahabientes de la persona fallecida abonaron el importe íntegro de la deuda reclamada”.

Acompaña un cuadro resumen de estos datos.

Asimismo, figura incorporada el expediente una “tabla de vigencias” que refiere la derogación expresa de la disposición adicional primera del Decreto 144/2010.

El 12 de mayo de 2017, el Secretario General Técnico de la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana certifica la publicación del proyecto en el Portal de Transparencia durante el periodo comprendido entre el 16 de febrero y el 16 de marzo de 2017, y el 17 de mayo de 2017 expide certificación en la que consta que “en la Sede Electrónica del Principado de Asturias” se ha publicado el proyecto entre el 18 de marzo y el 7 de abril de 2017. No consta en el expediente remitido la presentación de alegaciones ni de sugerencia alguna.

Con fecha 12 de mayo de 2017, y “a efectos presupuestarios (...), informa favorablemente” el proyecto la Dirección General de Presupuestos. Sobre la base de los datos que obtiene de la memoria económica, afirma que “la reducción media del coste de la estancia (...) sería alrededor del 60 % respecto al precio público. La mayor parte de los expedientes a liquidar corresponden a dependientes de grado III, y el copago medio sería de 546,15 euros frente a un precio público de 1.400 euros. Esto afecta a los futuros ingresos del ERA al liquidar las estancias de los usuarios afectados (...). Estiman la devolución de ingresos (...) en torno a los 5,8 millones de euros (...). El órgano gestor entiende que el impacto presupuestario de la aplicación de dicha regulación dependerá de cuándo se resuelva cada uno de los expedientes de manera individualizada, y afectará a los ejercicios 2017 y 2018. Respecto a la disminución de ingresos del presente ejercicio (...), se hace referencia (a) que

podría no dar lugar a problemas de tesorería en el organismo debido a que existe remanente de tesorería del ejercicio anterior”.

El día 16 de mayo de 2017, la Consejera de Servicios y Derechos Sociales solicita al Presidente del Consejo Económico y Social del Principado de Asturias que informe el proyecto de Decreto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley del Principado de Asturias 2/2001, de 27 de marzo, del Consejo Económico y Social.

El 12 de junio de 2017, el Consejo Económico y Social del Principado de Asturias emite dictamen en el que concluye que “la norma (...) busca solventar una situación anómala en las liquidaciones efectuadas por el organismo autónomo ERA, dando cumplimiento al mandato contenido en la Ley 4/2016, de 4 de noviembre (...), considerando que es preciso y adecuado dotar de una mayor seguridad jurídica al procedimiento a seguir para subsanar la situación generada por el desarrollo reglamentario de la norma básica reguladora de la dependencia./ El (Consejo Económico y Social) entiende necesario, y consecuencia debida de la aplicación de la anteriormente mencionada Ley (...), proceder a revisar los expedientes, reintegrando en los casos en que así proceda (...) el dinero referente a los usuarios que, teniendo reconocida la condición de dependientes, no se les aplicó en su día el sistema de copago de la Ley de Dependencia y hacerlo además con la mayor precisión legal y material posible”.

El Consejo Económico y Social “comparte que se siga el criterio que en su día puso de manifiesto el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en su Dictamen 247/2016 (...), y que entre otras apreciaciones indica que no debiera resultar aplicable el Decreto 10/1998 (...) al no contemplar la capacidad de pago como criterio de ponderación del coste del servicio, y por ello no era el sistema que debió aplicarse a las personas dependientes en el momento de la entrada en vigor del Decreto 144/2010 (...). Posteriormente a este dictamen se publica la Ley 4/2016 con un claro mandato revisor de todos los expedientes de reclamación de deuda, y en ese sentido el proyecto de Decreto (...) clarifica el

procedimiento y los plazos para acometer tal mandato (...). En todo caso (...), considera la situación como de una especial complejidad jurídica (...), por lo que su aplicación supone un desafío importante (...). Considera que la normativa, la determinación expresa de la participación económica (...) en el coste del servicio (...), así como la concreción de cuál es la capacidad económica de la persona beneficiaria (...), no son conceptos de fácil comprensión./ Por este motivo, la información que imprescindiblemente debe facilitarse a los beneficiarios debe ser comprensible, completa, accesible y obtenerse con puntualidad y regularidad, sin que quepa confusión alguna (...), por lo que el (Consejo Económico y Social) recomienda (que a los beneficiarios o a sus representantes se les asegure) el conocimiento, entre otros, del estado de situación en cuanto al régimen de participación en el coste de los servicios, evitando problemas futuros generados en el momento de la liquidación de los costes ocasionados a lo largo del tiempo./ En ningún caso puede obviarse que, si bien el sistema de dependencia (...) debe atender de forma equitativa a todos los ciudadanos en dicha situación, y que ciertamente nadie puede quedar fuera de la cobertura por no disponer de recursos económicos, sus beneficiarios deben contribuir económicamente a la financiación de los servicios de forma progresiva en función de su capacidad económica, teniendo en cuenta para ello el tipo de servicio que se presta y el coste del mismo, y ello atendiendo a los principios de sostenibilidad del sistema y de igualdad”.

Finalmente, realiza dos consideraciones puntuales a los artículos 1 y 4 del proyecto. Respecto al primero, plantea que se realice una “mención expresa de su condición de desarrollo del mandato contenido en la Ley del Principado de Asturias 4/2016, de 4 de noviembre”. Y en relación con el artículo 4, entiende el Consejo Económico y Social que “deberá aclararse si la normativa procedimental a aplicar para la revisión que se iniciará de oficio por parte de la Administración (...) se acogerá al procedimiento establecido en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas”.

El día 12 de junio de 2017, la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora remite a las Secretarías Generales Técnicas de las restantes Consejerías que integran la Administración del Principado de Asturias el texto de la norma en elaboración.

Con fecha 16 de junio de 2017, el Secretario General Técnico de la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana informa el texto propuesto planteando varias observaciones formales y dos materiales. Desde el punto de vista material, señala, "sobre el carácter retroactivo", que "la norma nace con una clara vocación retroactiva (...) que se proyecta sobre actuaciones administrativas pasadas (...). Si bien es cierto que no estamos ante ingresos tributarios *strictu sensu*, sí lo estamos ante ingresos de derecho público", y entiende que en este caso resultan de aplicación los principios de "seguridad jurídica y capacidad económica". Afirma que el Tribunal Constitucional en la Sentencia 126/1987 indica que "una norma tributaria retroactiva resulta constitucionalmente ilegítima si vulnera el principio de capacidad contributiva. Y que tal vulneración puede producirse si la ley establece como presupuesto un hecho o una situación pasada que no persisten en el momento de su entrada en vigor", añadiendo, "respecto al principio de seguridad jurídica, que "las normas tributarias retroactivas pueden estimarse constitucionalmente ilegítimas cuando atentan a tal principio y a la confianza de los ciudadanos". Precisa dicha sentencia, además, que "el grado de retroactividad de la norma cuestionada, así como las circunstancias específicas que concurren en cada caso, se convierten en elemento clave en el enjuiciamiento de su presunta inconstitucionalidad". Por ello, sostiene que "no cabe retroactividad de grado máximo (la que afecta a situaciones pasadas y agotadas -claro en el caso de fallecidos-), salvo que se aposte la norma en basamentos de salvaguarda del `bien común´". En todo caso, concluye que "no estamos ante una norma tributaria, con lo que es posible que la interpretación pueda atemperarse, siempre y cuando exista un escrupuloso respeto a los principios límite, que si operan para lo más, con más justificación operarán para lo menos".

Sobre “el procedimiento de revisión”, afirma que “la norma propuesta no reconduce el procedimiento de revisión a ninguno de los propios del procedimiento administrativo común (revisión oficio, lesividad o revocación) (...). Solo justificando la excepcionalidad y ser una norma propia, *ad hoc*, que puede inferirse por la difícil acomodación jurídica en el marco constitucional de la Ley del Principado de Asturias 4/2016 (...) de la que trae causa esta disposición, podría ampararse el soporte del procedimiento que ahora se diseña”.

El día 19 de junio de 2017, la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora emite informe sobre las observaciones formuladas, justificando en cada caso la aceptación o el rechazo de las de carácter formal por las razones que esgrime.

En cuanto a las materiales, señala que la primera “debe rechazarse totalmente, ya que en ningún caso este Decreto regula ingresos de derecho público, tributarios o no, sino que está regulando, para las personas mayores cuya dependencia fue reconocida con anterioridad al 1 de enero de 2011, el régimen de participación económica en el coste del servicio de atención residencial. No se hace más que regular una situación que en su día no se reguló, y conforme a los tiempos en los (que) resulta efectivo el derecho subjetivo a la dependencia, establecidos en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia./ El carácter retroactivo de las normas reglamentarias con carácter general también ha sido discutido, pero la jurisprudencia más reciente la acepta siempre que no sean restrictivos de derechos (véanse las Sentencias de 11 de junio de 1996, de 23 de abril y 25 de noviembre de 1997), así como la doctrina del Consejo de Estado que la admite incluso para normas de carácter tributario (Dictamen 286/1999, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta (...); o el Dictamen 1364/2008, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley 36/2006, de 26 de noviembre, de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal

(...); o el Dictamen 1502/2005, sobre la modificación del Reglamento de Ayudas a las Víctimas de Delitos Violentos (...). Por tanto, en todo caso, resulta posible dotar de eficacia retroactiva a las normas reglamentarias siempre, claro está, dentro de las exigencias del artículo 9.3 de la Constitución; es decir, que se trate de normas favorables a los interesados, que no afecte desfavorablemente a terceros y siempre que el supuesto de hecho exista en el momento al que pretenden retrotraerse los efectos de la norma, requisitos todos ellos que se cumplen en el Decreto que se pretende./ En este caso se calculará (la) capacidad económica de personas dependientes que no tuvo regulación en su día (...), siendo precisamente la ausencia de regulación en el pasado (...) la situación que trata de solventarse para dar cumplimiento a la Ley./ En todo caso, y por si quedase alguna duda acerca de la posibilidad de aplicación retroactiva del derecho, esta quedaría resuelta con la entrada en vigor de la Ley (del Principado de Asturias) 4/2016, de 4 de noviembre, y el mandato que recoge”.

Por lo que se refiere al procedimiento de revisión, manifiesta que el artículo 4 del proyecto “no regula, ni trata de aplicar, ningún procedimiento de los previstos en la Ley 39/2015, sino que solo pretende establecer los trámites a realizar para determinar el régimen de participación de las personas mayores usuarias del servicio de atención residencial (conforme a los requisitos y procedimiento de la Ley 39/2006) (...), y que traerá como consecuencia la regularización de situaciones preexistentes y, por tanto, de las liquidaciones, que se emitirán y ejecutarán conforme a la normativa aplicable en materia de gestión, liquidación y recaudación de ingresos de derecho público, tal como señala el propio artículo en su apartado 5./ Si bien se ha valorado la confusión inicial que (...) puede acarrear la denominación del artículo, se (ha) optado por mantenerlo a fin de seguir literalmente el mandato de la Ley 4/2016, que ordena en el último apartado de su artículo 1 `revisar de oficio todos los expedientes de reclamación de deuda ya abonados para la devolución en su caso de los ingresos indebidos´ (...). Se efectuará de oficio el procedimiento

tendente a la determinación de la capacidad económica de las personas incluidas en su ámbito de aplicación, y a partir de ahí, conforme a la normativa aplicable con carácter general, se efectuarán las liquidaciones oportunas, positivas o negativas”.

Con fecha 12 de junio de 2017 emite informe la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora en el que resume la tramitación efectuada y justifica la propuesta normativa.

Por último, el texto es examinado e informado favorablemente por la Comisión de Secretarios Generales Técnicos el día 19 de junio de 2017, según certifica la Secretaria de la citada Comisión, añadiendo que el proyecto de Decreto “debe ser remitido al Consejo Consultivo con objeto de recabar el preceptivo dictamen”.

3. En este estado de tramitación, mediante escrito de 21 de junio de 2017, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al proyecto de “Decreto por el que se establece el régimen de participación económica en el coste del servicio de atención residencial de las personas mayores cuya dependencia fue reconocida con anterioridad al 1 de enero de 2011”, adjuntando a tal fin copia autenticada del expediente.

El día 14 de julio de 2017, el Presidente del Consejo Consultivo solicita a esa Presidencia que se complete aquel con la documentación relativa a los trámites de sometimiento del borrador de la norma a informe del Consejo Asesor de Bienestar Social del Principado de Asturias y del Consejo de Personas Mayores del Principado de Asturias, dispuestos, respectivamente, en el artículo 36.a) de la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales, y 2.1.d) del Decreto 56/2001, de 24 de mayo, por el que se crea y regula el Consejo de Personas Mayores del Principado de Asturias. También requiere, para mejor proveer, un informe de la Secretaría General

Técnica de la Consejería instructora “en relación con la forma de dar cumplimiento” a la Ley 4/2016, de 4 de noviembre.

El día 18 de julio de 2017, esa Presidencia remite la documentación que acredita el sometimiento del borrador a informe del Consejo Asesor de Bienestar Social del Principado de Asturias y del Consejo de Personas Mayores del Principado de Asturias, y acompaña el informe evacuado por la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora el día 1 de febrero de 2017.

El Consejo Asesor de Bienestar Social del Principado de Asturias, en su reunión extraordinaria de 5 de abril de 2017, analizó el texto del proyecto de Decreto, y según certifica su Secretario, “no se formula alegación alguna”.

A su vez, el Consejo de Personas Mayores del Principado de Asturias, en la reunión celebrada el 6 de abril de 2017, examinó el proyecto de Decreto sometido a nuestra consideración, y a tenor de la certificación que emite su Secretario, “no se formula alegación alguna”.

Por otra parte, el informe elaborado el día 1 de febrero de 2017 por la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora “en relación con la forma de dar cumplimiento” a la Ley del Principado de Asturias 4/2016, de 4 de noviembre, describe pormenorizadamente todas las actividades realizadas (informes jurídicos evacuados, resultado de la auditoría interna y refuerzo del equipo de gestión de ingresos del ERA) y considera que “debe iniciarse procedimiento de elaboración de disposición de carácter general de manera que, por un lado, se regule el vacío normativo existente en cuanto al régimen económico aplicable a las personas beneficiarias del sistema de dependencia, usuarias del servicio de atención residencial que hubieran fallecido antes de la entrada en vigor del Decreto 144/2010, y, en segundo lugar, para regular el régimen económico aplicable a todas (las) personas usuarias del servicio de atención residencial del ERA a las que (se) hubiera reconocido la dependencia con anterioridad a la entrada en vigor de la citada norma./ Las dudas que pudieran suscitarse (...) acerca de la retroactividad de esta modificación se entiende quedarían resueltas al amparo del mandato de la Ley 4/2016”.

Concluye que “todas las actuaciones que se vienen realizando por la Consejería (...) y el organismo autónomo ERA desde la aprobación por el Pleno de la Junta General de la moción (10/0183/0034/05351) han supuesto el cumplimiento progresivo del mandato de la Ley del Principado de Asturias 4/2016 (...), que debe culminarse con la aprobación de un Decreto en ejecución de la Ley que determine el régimen de participación económica en el coste del servicio de atención residencial de las personas mayores cuya dependencia fue reconocida con anterioridad al 1 de enero de 2011, revisando las liquidaciones efectuadas por las estancias de estas personas conforme a otros regímenes”.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- Objeto del dictamen y competencia

El expediente remitido se refiere a un proyecto de Decreto por el que se establece el régimen de participación económica en el coste del servicio de atención residencial de las personas mayores cuya dependencia fue reconocida con anterioridad al 1 de enero de 2011. El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra e), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra e), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Tramitación del procedimiento y contenido del expediente

El procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general se encuentra regulado en los artículos 32 a 34 de la Ley del Principado de Asturias

2/1995, de 13 de marzo, sobre Régimen Jurídico de la Administración del Principado de Asturias (en adelante Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias). El proyecto ha sido objeto de valoración por el Consejo Asesor de Bienestar Social del Principado de Asturias, en su reunión de 5 de abril de 2017, y por el Consejo de Personas Mayores del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 6 del mismo mes, sin que se formularan alegaciones al texto analizado. También fue sometido al dictamen del Consejo Económico y Social del Principado de Asturias el 12 de junio de 2017, que plantea modificaciones puntuales a los artículos 1 y 4. Igualmente, constan en el expediente las observaciones efectuadas por el Secretario General Técnico de la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana, así como la respuesta razonada a las mismas que realiza la Secretaria General Técnica de la Consejería instructora.

La iniciativa reglamentaria se ha sometido al trámite de consulta previa dispuesto en el artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y el texto del proyecto al de información pública, según disponen los artículos 33 de la Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias y 133 de la referida Ley 39/2015. Finalmente, la norma en elaboración fue informada favorablemente por la Dirección General de Presupuestos y por la Comisión de Secretarios Generales Técnicos, por lo que hemos de concluir que su tramitación ha sido, en lo esencial, correcta, aunque -como ya hemos dejado expuesto- el expediente remitido no incorpora algunos documentos que formalizan todos los trámites del procedimiento efectivamente cumplidos.

TERCERA.- Base jurídica y rango legal

La norma que analizamos tiene por objeto el establecimiento del régimen económico aplicable a los usuarios del servicio de atención residencial cuya declaración de dependencia fue reconocida con anterioridad al 1 de enero de 2011 (fecha de entrada en vigor del Decreto 144/2010, de 24 de noviembre). Previamente, en aplicación de un sistema de liquidación provisional en tanto se

determinaba con carácter definitivo el sistema de contribución en el coste del servicio dispuesto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, de carácter básico, y en algunos casos incluso después, dada la opción que posibilitó la disposición transitoria primera del Decreto 144/2010, un considerable número de usuarios del servicio de atención residencial, con dependencia reconocida, quedaron al margen de lo dispuesto en la normativa básica del sistema de la dependencia, y por tanto sus aportaciones se fijaron sin tener en cuenta su capacidad económica, lo que desencadenó un gran número de conflictos frente a las liquidaciones por deudas giradas a los herederos de aquellos usuarios.

Este Consejo ya analizó de modo pormenorizado el origen de esta situación y sus posibles soluciones en el Dictamen Núm. 247/2016, adoptado por unanimidad el 25 de octubre de 2016, y solicitado con carácter facultativo a iniciativa de la Consejera de Servicios y Derechos Sociales. En él, tras el examen, entre otros aspectos, del “origen y evolución del sistema de acceso y estancia en los establecimientos residenciales para ancianos del Principado de Asturias” y de la “naturaleza jurídica de la participación del beneficiario en el coste de la prestación y régimen jurídico aplicable a su revisión”, nos pronunciamos sobre la posibilidad de elaborar una norma reglamentaria que garantizara la aplicación del sistema de la dependencia en todos los casos, eliminando la disparidad de trato que se dispensó a algunos usuarios del sistema residencial. Coincidimos en ello con la Defensora del Pueblo, que, si bien es cierto que en casos puntuales como consecuencia de quejas concretas, ya había efectuado algún recordatorio a la Comunidad Autónoma sobre sus “deberes legales”, con cita concreta de la doctrina constitucional (Sentencia 185/1995, de 14 de diciembre) que afirma que el acceso a este tipo de prestaciones no es una manifestación de voluntad de los interesados, sino que “deberán considerarse coactivamente impuestas”, e instaba a la Administración autonómica a “actuar conforme al mandato contenido en el artículo 33 de la

Ley 39/2006” en los casos de personas “usuarias de una plaza de atención residencial del Organismo Autónomo ERA que fueron declaradas en situación de dependencia” y que “permanecieron recibiendo el servicio, falleciendo antes de la entrada en vigor del Decreto 144/2010, de 24 de noviembre”, aludiendo a la “retroactividad en el copago de la financiación de plazas de atención residencial de personas en situación de dependencia” (Queja núm. 14022982, de fecha 20-08-2015).

Con posterioridad a nuestro dictamen, una iniciativa legislativa ante la Junta General del Principado de Asturias, que tuvimos ocasión de valorar en esa fase de tramitación, dio lugar a la promulgación y publicación de la Ley del Principado de Asturias 4/2016, de 4 de noviembre, de Suspensión de Liquidaciones de las Deudas Reclamadas a Herederos de los Usuarios Fallecidos de los Servicios Residenciales Públicos del Organismo Autónomo ‘Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias’, cuyo artículo 1 impone a la Administración del Principado de Asturias, entre otros mandatos, la “revisión de oficio de todos los expedientes de reclamación de deuda ya abonados para la devolución en su caso de los ingresos indebidos”. La iniciativa sometida a consulta pretende ejecutar normativamente el mandato legal.

El Principado de Asturias tiene competencia exclusiva en materia de “Asistencia y bienestar social. Desarrollo comunitario. Actuaciones de reinserción social”, según dispone el artículo 10.1.24 de su Estatuto de Autonomía. En su desarrollo, la Ley del Principado de Asturias 1/2003, de 24 de febrero, de Servicios Sociales, determina en su artículo 48, “Aportaciones de las personas usuarias”, que la Administración autonómica resulta competente para “establecer la participación de las personas usuarias en la financiación de los servicios y prestaciones del sistema público de servicios sociales. Dicha participación se basará en los principios de solidaridad y redistribución de acuerdo con los criterios generales que se establecen en la presente Ley y en las normas que la desarrollen (...). La participación de las personas usuarias en la financiación del sistema público de servicios sociales vendrá determinada por

la ponderación de los siguientes criterios:/ a) El coste del servicio./ b) El grado de utilización por la persona usuaria de los servicios o prestaciones./ c) Los ingresos y el patrimonio de la persona usuaria en los términos que reglamentariamente se determinen". Por ello resulta competente para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, de carácter básico, que regula en su artículo 33 la participación de los beneficiarios en el coste de las prestaciones, según los criterios fijados por Acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en su reunión de 27 de noviembre de 2008.

En definitiva, debemos considerar con carácter general que el Principado de Asturias tiene competencia para dictar la norma proyectada, que pretende ejecutar normativamente lo dispuesto en la citada Ley del Principado de Asturias 4/2016, de 4 de noviembre, y que su rango -decreto- es el adecuado, a tenor de lo establecido en el artículo 25.h) de la Ley 6/1984, de 5 de julio, del Presidente y del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, y en el artículo 21.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Principado de Asturias.

CUARTA.- Observaciones de carácter general al proyecto

De una primera comparación entre el título competencial y el contenido concreto del proyecto de Decreto, debemos concluir que no se aprecia objeción en cuanto a la competencia de la Comunidad Autónoma, que encuentra su apoyo en las asumidas en nuestro Estatuto de Autonomía.

Ahora bien, por lo que se refiere al título de la disposición, se aconseja, tal y como indica la Real Academia Española en el Diccionario Panhispánico de Dudas, el empleo de la primera letra mayúscula en todos los sustantivos y adjetivos del mismo.

QUINTA.- Observaciones de carácter singular al proyecto

I. Sobre la parte expositiva.

En la parte final del preámbulo (antepenúltimo párrafo), se afirma que a la vista “del proceso de verificación reflejado en el informe de auditoría de 31 de octubre de 2016, para que la Administración Pública proceda a revisar los expedientes afectados, resulta indispensable regular el modo en que dicha revisión se ha de llevar a cabo”. Sin embargo, la Ley del Principado de Asturias 4/2016 hace referencia a la revisión de las liquidaciones practicadas y, en su caso, a la devolución de los ingresos indebidos. Y ese es el mandato que se ejecuta en el artículo 4 del proyecto, puesto que, una vez establecido el procedimiento para determinar la participación económica en el coste del servicio, en el apartado 5 se aclara que “la devolución, en su caso, de cantidades indebidamente percibidas” se regirá “por la normativa común aplicable en materia de gestión, liquidación y recaudación de ingresos de derecho público”. En consecuencia, consideramos que debe matizarse el párrafo en cuestión, poniendo de manifiesto que la Ley del Principado de Asturias 4/2016 habilita para realizar una revisión de las liquidaciones practicadas (que habrán de sujetarse a la normativa de la dependencia), remitiendo la devolución de ingresos indebidos a la normativa común en materia de “gestión, liquidación y recaudación de ingresos de derecho público”.

II. Sobre la parte dispositiva.

El artículo 2 del proyecto se dirige a regular el “Régimen de participación económica aplicable”. De su lectura pudiera deducirse, *prima facie*, que trata de normar *ex novo* el régimen de participación de determinados usuarios en el coste del servicio de atención residencial. Sin embargo, lo que objetivamente dispone el proyecto es la aplicación del régimen de participación vigente en cada momento a aquellas personas, fallecidas o no, que a la entrada en vigor

del Decreto 144/2010 ya eran usuarias del servicio residencial con situación de dependencia reconocida y que resultaron excluidas de su aplicación.

Por tanto, lo que en realidad pretende la norma que analizamos es reiterar en este artículo 2 el marco legal aplicable a las liquidaciones del coste del servicio residencial prestado a las personas dependientes; es decir, el régimen general que resultaba de aplicación en cada momento, efectuando una labor de síntesis de aquella normativa que, por su claridad, consideramos adecuada a la finalidad que persigue.

Pero ello lleva a oscurecer un dato esencial que juzgamos ha de ser destacado, y es que los regímenes de participación que se recogen en este artículo 2 no suponen un trato diferenciado o una dispensa para el grupo de usuarios al que ahora se pretende aplicar; al contrario, repara, en términos de igualdad de trato ante situaciones idénticas, la falta de aplicación del régimen de la dependencia a determinados grupos de usuarios, como se explica con detalle en la exposición de motivos. En consecuencia, y para evitar tal posible confusión, consideramos que ha de señalarse expresamente la norma que resultaba de aplicación en cada periodo, poniendo de manifiesto que la actual solo pretende la aplicación efectiva de las normas que regulaban la participación económica en el servicio de atención residencial a personas dependientes a los grupos de usuarios que en su momento resultaron excluidos de la misma.

A modo de ejemplo, podría decirse en el apartado 1, letra a), que *Desde el 1 de enero de 2007 al 30 de junio de 2013, "conforme a lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto 144/2010, de 24 de noviembre", el sistema aplicable (...).* Del mismo modo, en el apartado b) cabría añadir que *A partir del 1 de julio de 2013, "según determina el artículo 9.4 de la Resolución de 28 de junio de 2013 (Boletín Oficial del Principado de Asturias de 1 de julio), y reitera la Resolución de 30 de junio de 2015 (Boletín Oficial del Principado de Asturias de 2 de julio), de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda", el sistema para determinar (...).*

Por lo que se refiere al artículo 3 hemos de realizar idéntica objeción, puesto que la norma actual solo reproduce la fecha de aplicación de los efectos en relación con la fecha de solicitud de la dependencia, según la norma vigente en cada momento. En consecuencia, estimamos que debería iniciarse cada uno de los párrafos con la cita concreta de la normativa que estableció en su momento el régimen temporal de aplicación de los beneficios de la dependencia en función de la fecha de presentación de la solicitud por los interesados.

Sobre el título del artículo 4, con la finalidad de evitar la posible confusión a la que hemos aludido, y pese a que se entendió en la respuesta a las alegaciones de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia y Participación Ciudadana que el título debía mantenerse dados los términos literales de la Ley del Principado de Asturias 4/2016, este Consejo considera que debe modificarse el mismo para recoger el verdadero sentido de la norma cuya aprobación se pretende, que no es otro que el establecimiento del *Procedimiento para la determinación de la participación económica*.

III. Sobre la parte final.

Por lo que se refiere a la disposición derogatoria, es evidente que la disposición transitoria primera del Decreto 144/2010, de 24 de noviembre, ha desplegado ya su eficacia y agotado sus efectos, sin que resulte posible concebir una hipotética ultraactividad. Desde este punto de vista, como ya manifestamos en nuestro Dictamen Núm. 199/2015, no resultaría necesaria su derogación expresa y la disposición transitoria podría mantenerse como un vestigio histórico. Sin embargo, cabe también su derogación por una simple exigencia lógica de considerar agotados sus efectos, lo que implica un sacrificio del testimonio histórico. En este caso concreto, y dado que el régimen de opción previsto en la disposición transitoria primera del Decreto 144/2010 posibilitó la aplicación de un régimen jurídico que desconocía los beneficios del

sistema de la dependencia ignorando el régimen singular de participación económica en el coste del servicio de los usuarios “dependientes”, consideramos más adecuada la opción que se adopta de proceder a su derogación expresa.

Finalmente, sugerimos a la autoridad consultante que revise el empleo en el proyecto de algunos tiempos verbales que estimamos inadecuados; por ejemplo, la expresión “fuese reconocida” (artículos 1 y 4) debe ser sustituida por “hubiera” o “hubiese sido reconocida”.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que el Principado de Asturias ostenta competencia para dictar la norma proyectada y que, una vez consideradas observaciones contenidas en el cuerpo de este dictamen, puede someterse a la aprobación del órgano competente.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.

ANEXO

“VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA CONSEJERA - VOCAL DEL CONSEJO CONSULTIVO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS DOÑA ROSA ZAPICO FUEYO AL DICTAMEN MAYORITARIO RECAIDO EN EL EXPEDIENTE NÚMERO 206/2017.

La Consejera que suscribe disiente del texto del dictamen mayoritario aprobado por el Pleno del Consejo Consultivo el día 27 de Julio de 2017, por las razones que se exponen a continuación:

1.- El primero de los motivos de la discrepancia estriba en el hecho de que el dictamen aprobado, guarda silencio acerca de la interpretación que ha de darse a la expresión **“revisión de oficio”**, contenida en el art. 1 de la Ley del Principado de Asturias 4/2016, de 4 de noviembre, de suspensión de liquidaciones de las deudas reclamadas a herederos de los usuarios fallecidos de los servicios residenciales públicos del Organismo Autónomo “Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias. La interpretación del citado artículo, constituye a mi juicio, cuestión previa y esencial, para el ulterior examen y análisis de la disposición reglamentaria sometida a consulta, y más concretamente para verificar su adecuación al contenido y límites de la ley.

Como se sabe el art. 1 dispone:

*Artículo 1. La Administración suspenderá, con las salvaguardas que en derecho procedan, todas las liquidaciones de las deudas que son reclamadas a los herederos de los usuarios fallecidos de los servicios residenciales públicos del organismo autónomo Establecimientos Residenciales para Ancianos de Asturias, hasta que se lleve a cabo una auditoría que verifique que el cálculo de la misma se adecua al principio de aplicación del régimen más beneficioso para el usuario, **así como la***

revisión de oficio de todos los expedientes de reclamación de deuda ya abonados para la devolución en su caso de los ingresos indebidos.

La misma redacción que ahora se incorpora al artículo 1 de la ley, ya figuraba en la Moción precedente, aprobada por el Pleno de la Junta General del Principado, y fue objeto de análisis por el Consejo Consultivo, con ocasión de la consulta facultativa que le fue formulada, centrada en la posibilidad de acudir a la técnica de la revocación de los actos, para dar cumplimiento a tal moción. El dictamen emitido, Núm. 247/2016, señalaba:

“Pues bien, cuando el Letrado Mayor de la Junta General elabora su informe de técnica legislativa en relación con la Proposición de Ley a la que nos hemos referido, de contenido idéntico al de la Moción, entiende que los autores de la Proposición pretenden que se proceda a la revisión de oficio de actos nulos, lo que le lleva a concluir que “la revisión de oficio viene preordenada, en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (...), para depurar los supuestos de nulidad de pleno derecho de su artículo 62.1, con los que nada tiene que ver el motivo por el que habría de llevarse a cabo la que la Proposición ordena”, explicando a continuación, con cita de jurisprudencia constitucional, que es el Estado el titular de la competencia exclusiva en lo atinente a “los modos de revisión” de los actos administrativos”.

Frente a la posición del Letrado Mayor, sosteníamos “Sin embargo, cabe entender -como hace la Secretaria General Técnica de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales- que la Moción se refiere a cualquier modalidad posible de revisión de oficio, entre las dispuestas en el ordenamiento jurídico (las tres que hemos mencionado), y por tanto, dejando al margen el juicio que nos merezca la pretensión de regularlas en sede autonómica, procede al análisis de cuál podría resultar de aplicación al caso concreto. Y añadíamos que por su parte, la Administración mantenía: “ Respecto al primero (nulidad de pleno derecho), concluye -al igual que el Letrado Mayor de la Junta- que no cabe incardinar los actos liquidatorios en ninguno “de los supuestos del artículo

62” de la LRJPAC. Y que tampoco “cabría la revisión de oficio de actos anulables porque esta solo procede sobre los actos favorables para los interesados”. Descartadas las dos primeras posibilidades, plantea como “más adecuada (...) la revocación de acto administrativo desfavorable o de gravamen conforme al apartado 1 del artículo 105” de la LRJPAC.”

La posición del Consejo Consultivo fue entonces la siguiente: “Consecuencia de lo razonado hasta el momento es que la pretensión de la Administración de dar cumplimiento a la Moción de la Junta General mediante la revocación de las liquidaciones practicadas a los herederos de los ingresados en los establecimientos del ERA se enfrentaría, además de a los límites generales que establece la normativa vigente, a dos límites concretos: de una parte, no cabría revocar con carácter general aquellas liquidaciones en las que la opción por uno u otro sistema (continuar con el contrato de hospedaje o copago de la dependencia) fue realizada por el propio anciano, porque sería tanto como sustituir su voluntad, que hemos de presumir *iuris tantum* que se manifestó de forma libre y consciente; de otra, tampoco cabría revocar, por respeto al principio básico de intangibilidad de la cosa juzgada, las liquidaciones confirmadas por sentencia judicial.”

Y finalizamos diciendo “ La vía consistiría en modificar el Decreto 144/2010, de 24 de noviembre, por el que se establecen los Precios Públicos correspondientes a determinados Servicios Sociales Especializados, en lo que concierne a la prestación del de residencia, y en especial al coste del de manutención y hotelería, otorgándole eficacia retroactiva, evitando así la disfuncionalidad de un sistema que, en algunos supuestos, aplicó a los ancianos dependientes un régimen jurídico que no les era propio, el contrato de hospedaje. No obstante, la modificación no puede afectar a los importes que se deriven del contrato de hospedaje vigente hasta el momento de reconocimiento de la situación de dependencia, que han de abonarse conforme a sus previsiones propias y que no se ven alterados por el posterior reconocimiento de la situación de dependencia.”

Pues bien, nuestra sugerencia acertada o no, ha perdido toda virtualidad por mor de la posterior aprobación de la ley 4/2016, que mantiene en sus propios términos el texto de la Moción, sin que la ley aprobada permita atribuir a la expresión “revisión de oficio” algún significado distinto del legalmente acuñado en las nuestras leyes administrativas. Por tanto, en tal tesitura, el dictamen ahora aprobado, debió a mi juicio afrontar como cuestión previa el significado del artículo 1, ya que la expresión “revisión de oficio” que la ley utiliza y su significado, resulta cuestión esencial, e indispensable para emitir un juicio sobre la disposición reglamentaria proyectada.

La interpretación del artículo 1 de la ley, según señalamos en su día, no puede reconducirse a la figura de la revocación de los actos de liquidación de las deudas. Por otra parte, la aprobación de la ley, ha eliminado la posibilidad de efectuar una regulación “ex novo” por vía reglamentaria de la materia, ya que la ley limita y condiciona su desarrollo de modo que cualquier norma reglamentaria, queda limitada por el contenido de la ley del que no puede apartarse.

Parece por tanto que la interpretación que ha de darse a la expresión “revisión de oficio” debe quedar referida a alguna de las categorías jurídicas contenidas en la ley 39/2015 de 1 de octubre del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas.

La ley 39/2015, Título V “De la revisión de los actos en vía administrativa” regula en su capítulo I la “Revisión de oficio”, y sus arts. 106, 107 y 109 se ocupan de la revisión de los actos nulos, la lesividad y la revocación. Por otra parte el artículo 108 relativo a la Suspensión dispone: “Iniciado el procedimiento de revisión de oficio al que se refieren los artículos 106 y 107, el órgano competente para declarar la nulidad o lesividad, podrá suspender la ejecución del acto, cuando ésta pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.”

Hemos de tener en cuenta que la ley 4/2016 ha utilizado precisamente la técnica de la suspensión, ligada como vemos a la iniciación de los dos

procedimientos de revisión de los art. 106 y 107, esto es la revisión de actos nulos y la lesividad. Dado que el carácter no favorable del acto impediría acudir a la lesividad, parece que solo cabe interpretar que el art. 1 de la ley autonómica se refiere a la figura regulada en el art. 106 de la ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Publicas, que a su vez, nos remite al contenido del art. 47.1 de la misma ley. En consecuencia por disponerlo así la ley autonómica, y parecer clara la voluntad del legislador, la Administración está compelida a iniciar el procedimiento de revisión de todos los actos administrativos dictados en su día, en los respectivos expedientes de liquidación de las deudas, debiendo en su caso, proceder a la devolución de los ingresos indebidamente percibidos, lo que se producirá en el caso de que los actos objeto de revisión, se encuentren incursos en alguno de los supuestos de Nulidad de pleno derecho que en artículo 47 de la ley 39/2015 se relacionan.

Debemos recordar en este punto que la revisión de oficio de los actos, es una técnica que exige el análisis individual de cada acto a revisar, comprobando a la vista de las concretas circunstancias concurrentes, si se da alguno de los supuestos de nulidad del art. 47 de la ley 39/2015, procedimiento que resulta incompatible y no puede ser sustituido por una regulación general, contenida en una disposición reglamentaria como la sometida a consulta.

La Administración sin embargo se propone, según se deduce del texto de la disposición sometida a consulta, fijar los criterios para una ulterior devolución de ingresos, que solo tras la aprobación de la norma proyectada, pasarían a calificarse de "indebidos", ya que de otro modo la propia norma carece de sentido, y ello sin seguir los trámites del art. 106 ya citado. La disposición proyectada contiene normas sustantivas, que proceden a efectuar un nuevo método de cálculo de los precios que habrían de aplicarse con carácter retroactivo a los posibles afectados, sin que tales previsiones encuentren apoyo, ni procedan de la ley que se pretende desarrollar. La disposición reglamentaria carece a mi juicio, de apoyo en la ley autonómica de la que se afirma trae causa, y se convierte por sí sola, si es aprobada, en el instrumento legal, que

permitirá la calificación de los ingresos cobrados en su día como ingresos indebidos, apartándose del texto legal y sin apoyo en la ley “ad hoc” dictada al efecto.

En suma, a mi juicio, la disposición normativa objeto del dictamen no puede calificarse como en él se afirma, de norma de desarrollo de la ley, al separarse de las previsiones en ella contenidas.

2. En segundo lugar mi discrepancia se refiere a otra cuestión medular esto es, la **retroactividad** de la disposición reglamentaria proyectada. La problemática de la retroactividad, ha sido puesta de manifiesto por otros informantes, a lo largo de la tramitación del expediente seguido para la aprobación de la disposición general que nos ocupa. El dictamen aprobado, por su parte, solventa la cuestión señalando que tal retroactividad encuentra su amparo en el contenido de la ley 4/2016, afirmación que no comparto por las razones que ya he dejado expuestas en relación con el contenido del art. 1 de la ley. No obstante, algún comentario acerca de la retroactividad resulta obligado, a la vista del contenido de la norma objeto del dictamen.

La norma proyectada, presenta la peculiaridad de no contener previsiones normativas dirigidas a regular situaciones futuras, sino que agota su contenido normativo, en la regulación de situaciones pasadas y consolidadas. Este atípico contenido, se aparta del que es propio de las normas jurídicas con carácter retroactivo, ya que la retroactividad es una medida que pretende resolver posibles conflictos entre la norma nueva y la preexistente, anudando los efectos de la nueva norma a hechos acaecidos con anterioridad a su aprobación. Sin embargo, en nuestro caso, no existe norma nueva alguna que haya de retrotraer sus efectos, sino que la norma proyectada, regula de forma exclusiva situaciones producidas en el pasado y lo hace de un modo distinto al que estaba contenido en las leyes o normas vigentes en aquel momento histórico, siendo por tanto su finalidad la de otorgarse a los ingresos en su día

cobrados el carácter de “indebidos”. Es difícil aceptar que tal técnica resulte ajustada a derecho y menos aún que la ley autonómica la ampare.

Por otra parte, debemos tener presente que la disposición general proyectada tiene la finalidad de modificar, para los supuestos de hecho que contempla, y que han tenido lugar en el pasado, el régimen de precios públicos que se contiene en el Decreto 144/2010, de 24 de noviembre, por el que se establecen los Precios Públicos correspondientes a determinados Servicios Sociales Especializados, precios que en su día fueron girados a los afectados con amparo en la citada norma legal. La materia relativa a los ingresos públicos y la posible colisión entre interés general y particular, ha llevado al Tribunal Constitucional a ser especialmente exigente en cuanto a los contornos de la retroactividad así como en lo relativo al rango legal exigible a la norma para que la retroactividad pueda operar, de tal modo que solo las leyes podrían dictarse con tal propósito. En este sentido el TC ha dejado dicho en su sentencia 126/1987 : ***“... resulta relevante la distinción entre aquellas disposiciones legales que con posterioridad pretenden anular efectos a situaciones de hecho producidas o desarrolladas con anterioridad a la propia Ley y las que pretenden incidir sobre situaciones o relaciones jurídicas actuales aún no concluidas. En el primer supuesto - retroactividad auténtica-, la prohibición de la retroactividad operaría plenamente y sólo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio; en el segundo - retroactividad impropia-, la licitud o ilicitud de la Disposición resultaría de una ponderación de bienes llevada a cabo caso por caso teniendo en cuenta, de una parte, la seguridad jurídica y, de otra, los diversos imperativos que pueden conducir a una modificación del ordenamiento jurídico-tributario, así como las circunstancias concretas que concurren en el caso.”*** . Cierto que el Tribunal Constitucional se refiere a los tributos, y cierto que los precios públicos no constituyen ingresos tributarios, pero aunque la posición constitucional pudiera matizarse, a

mi juicio, la aprobación de una ley autonómica “ad hoc”, que no prevé efecto retroactivo alguno, por no contener ninguna norma sustantiva, constituye un claro obstáculo para interpretar que resulte posible al reglamento la peculiar retroactividad que pretende.

3. Por último debo referirme a la ausencia en el dictamen aprobado, de referencia alguna los problemas, que la norma proyectada no resuelve, y que pusimos de manifiesto en nuestro anterior dictamen Núm. 247/2016, relativos a los supuestos en que los ancianos hubieran optado libremente por “uno u otro sistema (continuar con el contrato de hospedaje o copago de la dependencia)” así como los casos en que se hubiera producido la cosa juzgada ya que como dijimos entonces es preciso respetar el “ principio básico de intangibilidad de la cosa juzgada” respecto de “las liquidaciones confirmadas por sentencia judicial.”

En Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,