

---

## **TERCERA PART**

**Doctrina legal. Observacions i suggeriments**

---



L'article 38 del Reglament orgànic del Consell Consultiu de les Illes Balears estableix que la memòria «podrà, a més, comprendre les observacions sobre el funcionament dels serveis públics que resultin dels assumptes consultats i els suggeriments de disposicions generals o mesures per adoptar que, a judici del Consell Consultiu, coadjuvin al millor funcionament de l'Administració autonòmica».

L'exercici de la funció consultiva és una garantia preventiva per assegurar que l'Administració consultant actua amb subjecció plena a la llei i d'acord amb els termes del mandat contingut en l'article 103 de la Constitució (servir amb objectivitat els interessos generals). En paraules del Tribunal Suprem, la funció consultiva ha de vetlar per «la mayor eficacia de la Administración en el cumplimiento de sus fines; y de esta función genérica se derivan, como señala la STS de 16 de julio de 1996, tres importantes aspectos de su función: auxiliar a la autoridad consultante a los efectos del ejercicio de su competencia; ser garante de que la autoridad consultante actuará en los términos del mandato contenido en el artículo 103 CE (servir con objetividad los intereses generales) y constituir, en cierto modo, un control que tiene su expresión en un dictamen que debe revestir las características de objetividad para procurar el correcto hacer del Gobierno y de la Administración» (Sentència de 19 de juny de 2000 del Tribunal Suprem).

És evident, doncs, que la funció consultiva permet observar l'evolució de l'ordenament jurídic de les Illes Balears i l'actuació de les administracions públiques (autonòmica, insular i local) en l'àmbit de la nostra comunitat autònoma, i, en definitiva, inclou la formulació de propostes i suggeriments per millorar aquesta actuació.

## I. DISPOSICIONS REGLAMENTÀRIES

### 1. Introducció i qüestions generals

En aquest àmbit el Consell Consultiu continua reiterant la interpretació que fins ara ha mantingut de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears després de la reforma operada per la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer, en el sentit de destriar quins projectes reglamentaris, dins l'àmbit autonòmic, responen a competències del Govern de les Illes Balears —com a executiu interinsular— i quins a competències dels consells insulars —perquè afecten alguna de les matèries inserides en la relació de l'article 70 de l'Estatut d'autonomia. Per analitzar aquest punt hem de partir prèviament de la distinció dels blocs de dictàmens següents:

a) *Dictàmens sobre projectes de disposicions reglamentàries (decrets o ordres) del Govern de les Illes Balears elaborades en exercici de competències autonòmiques (dels articles 30 i següents de l'Estatut d'autonomia).* En aquest bloc normatiu l'òrgan de consulta ha diferenciat quines disposicions desenvolupen matèries exclusives (articles 30, 35 o 36, entre d'altres), quines fan ús de la facultat de desplegament normatiu de la Comunitat Autònoma (matèries de l'article 31) i quines s'elaboren en ús de les seves competències executives (matèries de l'article 32).

*b) Dictàmens sobre projectes de disposicions reglamentàries, també de l'executiu autonòmic, que declaren fer ús de la potestat reglamentària de principis generals normatius de l'article 58.3 de l'Estatut d'autonomia, atès que la disposició afecta una de les matèries pròpies dels consells insulars. Aquest és el cas del Dictamen 98/2012, emès en matèria de serveis socials, que més endavant examinarem.*

*c) Dictàmens sobre projectes que emanen dels consells insulars (projectes de reglaments insulars) elaborats en desenvolupament de les competències que els atribueixen com a pròpies en l'article 70 de l'Estatut d'autonomia i d'acord amb les lleis autonòmiques pertinents (Dictamen 79/2012).*

*d) Dictàmens sobre projectes del Govern que declaren fer ús de la clàusula de tancament o de reserva competencial de l'article 69 de l'Estatut d'autonomia (Dictamen 42/2012).*

Com a resultat de l'anàlisi anterior cal destacar que la major part dels dictàmens de l'any 2012 sobre projectes de disposicions reglamentàries es refereixen a projectes normatius del Govern de les Illes Balears en què l'executiu autonòmic exercita alguna de les competències autonòmiques previstes com a pròpies en l'article 30 (amb caràcter exclusiu) i següents de l'Estatut d'autonomia (articles 31, 32, 35 o 36, principalment). En aquests casos el Consell Consultiu ha considerat que no hi havia dubte sobre l'habilitació competencial del Govern de les Illes Balears per dictar la norma, atesa la potestat reglamentària sobre competències pròpies que li atribueixen expressament, d'una banda, l'article 58 de l'Estatut d'autonomia, en els apartats 1 i 2, i, de l'altra, l'article 84.2 de la dita norma.

Altrament, en relació amb les competències insulars atribuïdes com a pròpies d'acord amb la llista de l'article 70 de l'Estatut i sobre les quals els consells insulars tenen potestat reglamentària —com és el cas de la matèria de serveis socials—, l'òrgan de consulta ha reiterat la seva doctrina, recollida durant els anys 2010 i 2011 en nombrosos dictàmens, sobre la capacitat del Govern de les Illes Balears de dictar reglaments en els espais normatius següents:

— El de principis generals normatius, ex article 58.3 de l'Estatut d'autonomia, amb determinades particularitats que amplien la potestat reglamentària del Govern.

— El de coordinació dels consells insulars en els termes de l'article 72 de l'Estatut (les anomenades «normes connexes»).

— El de la clàusula de tancament o de reserva competencial a favor del Govern establerta en l'article 69 de l'Estatut.

A continuació analitzarem amb més detall quina ha estat la doctrina del Consell Consultiu durant l'any 2012 emesa en relació amb cada un dels blocs normatius anteriors.

## **2. Dictàmens sobre projectes de disposicions reglamentàries elaborats en exercici de competències autonòmiques dels articles 30 i següents de l'Estatut d'autonomia**

En aquest apartat podem incloure gran part dels dictàmens que ha emès el Consell Consultiu en relació amb projectes normatius del Govern que responen a l'exercici de les competències exclusives que li atribueixen l'article 30 (dictàmens 13/2012, 14/2012, 30/2012, 31/2012, 42/2012, 43/2012, 53/2012, 56/2012, 57/2012, 87/2012, 89/2012, 100/2012 i 113/2012), l'article 35 (dictàmens 2/2012 i 49/2012) o bé altres preceptes estatutaris que així ho estableixen expressament (Dictamen 15/2012, entre d'altres, relatiu a un projecte de decret elaborat en exercici de la competència de l'article 134 de l'Estatut d'autonomia). D'aquests dictàmens en volem destacar molt especialment, tant per la peculiaritat de la consulta com per la importància de la doctrina del Consell Consultiu que recullen, els següents:

### **Dictamen 14/2012, relatiu al Projecte de decret pel qual es crea la delegació territorial del Govern de les Illes Balears a Formentera**

L'objecte de la consulta versa sobre la creació d'una delegació territorial del Govern a l'illa de Formentera. A aquest efecte, el Consell Consultiu sosté: «[...] la creació d'un òrgan administratiu per la via de la desconcentració va més enllà dels efectes *ad intra* de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, atès que no només n'afecta l'estructura orgànica bàsica, sinó que té efectes en les relacions amb altres administracions públiques (especialment el Consell de Formentera), ha d'evitar duplicitats i no pot menyscabar la gestió ordinària de competències del Govern de les Illes Balears exercides a través del Consell Insular de Formentera en els termes de l'article 80.2 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears». I una vegada analitzat el contingut del Projecte conclou que si bé l'Estatut d'autonomia no té disposicions normatives expressives que es refereixin a l'estructura territorial o perifèrica de l'Administració de la Comunitat Autònoma, la fonamentació estatutària d'aquesta opció organitzativa es pot deduir de l'article 57.7 i, particularment, del 79 del text estatutari. Finalment, el dictamen fa especial referència al tema de la coordinació com a eix sobre el qual giren les funcions atribuïdes —i desconcentrades— del delegat territorial, i en relació amb aquesta qüestió es remet a un dictamen anterior (116/2010) per concloure:

[...] Certament, en aquest cas, no som davant una normativa de principis autonòmics regulats ex article 58.3 de l'EAI, sinó davant l'ús del terme coordinació com una facultat que té el suport normatiu en l'article 72 de l'Estatut d'autonomia, que disposa:

«2. La coordinació de l'activitat dels consells insulars en tot allò que pugui afectar els interessos de la comunitat autònoma correspondrà al Govern.

»3. No obstant l'establert al paràgraf anterior, quan es tracta de la coordinació de l'activitat que exerceixen els consells insulars en les competències que tenen atribuïdes com a pròpies, haurà de comptar amb la necessària participació d'aquests».

No hi ha dubte, doncs, sobre la capacitat tant normativa com organitzativa del Govern de les Illes Balears per coordinar l'activitat dels consells insulars, considerats individualment i conjuntament, i l'activitat de l'Administració local (per al cas, s'ha de recordar que el Consell Insular i l'Ajuntament de Formentera participen de la mateixa organització). La coordinació del Govern de les Illes Balears també l'emparen els articles 31 i 32 de la vigent Llei 8/2000, de 27 d'octubre, de consells insulars —que en els aspectes nuclears no poden considerar-se, ni de bon tros, derogats— i l'article 59 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local. [...]

Aquest dictamen —que fou aprovat per majoria dels membres del Consell Consultiu— té un vot particular formulat per la consellera Carmen Fernández, que discrepà de l'enfocament anterior i de les conclusions; entre altres motius, argumentava:

[...] Si el dictamen hagués analitzat adequadament els elements exposats hauria expressat la conclusió que la creació d'òrgans de caràcter perifèric és una facultat excepcional del Govern i que, tot i l'enunciat de l'article 57.7 de l'Estatut, ha de ser exercida d'acord amb el model organitzatiu legalment establert i justificada de manera apropiada. Les exigències de justificació, que s'han de deduir clarament de l'expedient i han de quedar sintèticament reflectides en el preàmbul de la disposició, han de ser forçosament més grans quan l'òrgan que es vol crear no té caràcter sectorial sinó horitzontal, i quan el seu establiment no es generalitza al conjunt de les illes de l'arxipèlag. Aquests aspectes lamentablement han estat obviats per la majoria.[...]

### **Dictamen 13/2012, relatiu al Projecte de decret pel qual es regula el *Butlletí Oficial de les Illes Balears***

Mitjançant aquest Projecte de decret es regulava un nou règim de funcionament del *Butlletí Oficial de les Illes Balears*, diari oficial de la Comunitat Autònoma, i també de la seva edició electrònica, que adquiria d'aquesta manera caràcter oficial i autèntic, en substitució de l'edició en paper. La qüestió essencial del dictamen —que avala la legalitat del Projecte— gira entorn de la interpretació que la majoria dels consellers feren de l'article 17 del Projecte, referit a la llengua de tramesa de textos al BOIB per publicar-los. En aquest dictamen —que tingué com a ponent el conseller i president d'aquesta institució, Rafael Perera—, l'òrgan de consulta es pronuncià en sentit favorable al contingut literal del precepte i n'argumentà la conformitat a dret d'acord amb les consideracions jurídiques següents:

L'article 17 del Projecte disposa, en l'apartat 1, que tots els textos oficials que administracions, institucions i altres ens públics radicats en el territori de les Illes Balears remetin per publicar en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears* han d'estar redactats en les dues llengües oficials (castellà i català, segons disposa l'article 4.1 de l'Estatut d'autonomia). I seguidament els apartats 3, 4 i 5 del precepte exceptuen d'aquesta obligació: a) L'«Administració General de l'Estat radicada al territori de les Illes Balears» —que pot optar per enviar els textos en ambdues llengües o en qualsevol d'aquestes llengües—; b) Les «institucions no radicades en el territori de les Illes Balears» —poden fer la tramesa només en llengua castellana—; c) Els «particulars», que poden remetre els textos en qualsevol de les llengües oficials, a elecció seva.

Quan s'analitza aquesta regulació, cal fer ressaltar:

a) L'apartat 1 del dit article 17 és una reproducció literal del contingut de l'article 10 de l'actual Decret 132/2002, de 25 d'octubre, pel qual s'estableix el règim de funcionament del *Butlletí Oficial de les Illes Balears*, article —després anul·lat en virtut d'una Sentència del Tribunal Suprem (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 6a) de 18 de maig de 2010 [...].

b) La Sentència del Tribunal Suprem de 18 de maig de 2010 va resoldre sobre el recurs contenciós administratiu interposat per l'Advocacia de l'Estat contra el Decret autonòmic 132/2002, de 25 d'octubre, pel qual s'estableix el règim de funcionament del *Butlletí Oficial de les Illes Balears*, i considerà que l'article 10 vulnerava el que disposa l'article 36 de la Llei 30/1992, de caràcter bàsic, segons el qual els interessats que es dirigeixin als òrgans de l'Administració de l'Estat amb seu en el territori d'una comunitat autònoma poden utilitzar també la llengua que sigui cooficial en aquesta comunitat; en aquest cas —s'hi afegeix— el procediment es tramita en la llengua elegida per l'interessat. El problema se suscità perquè el dit article 10 obligava l'Administració estatal radicada físicament a les Illes Balears a remetre els textos al *Butlletí Oficial de les Illes Balears* en les dues llengües oficials: castellà i català. [...] El recurs es va resoldre, finalment, a favor

de l'Estat: es declarà procedent l'anul·lació de l'article 10 del Decret autonòmic, que s'estimà no conforme a dret.

c) En execució de la Sentència esmentada, el Consell de Govern de les Illes Balears va aprovar el Decret 92/2010, de 23 de juliol, de modificació del Decret 132/2002, de 25 d'octubre, en què disposava: «Se suprimeix l'article 10 del Decret 132/2002, de 25 d'octubre, pel qual es regula el *Butlletí Oficial de les Illes Balears* i la resta del text del Decret queda amb la mateixa redacció.»

d) El Projecte actual, quan exceptua del que disposa l'apartat 1 del dit article 17 les hipòtesis previstes en els seus apartats 3, 4 i 5 —abans transcrits—, es mostra plenament respectuós amb el criteri de la dita Sentència del Tribunal Suprem.

e) S'ha de tenir en compte, a part d'això, que la Sentència del Tribunal Suprem mencionada ha de ser entesa en els seus justs límits, de manera que l'argument concret en què troba suport, fonamentat en la càrrega que implicaria la traducció al català dels textos remesos al BOIB pels òrgans estatals radicats a les Illes Balears, no pot ser utilitzat per erigir un criteri general de vinculació entre la llengua de tramitació i la llengua de publicació.

f) No es pot oblidar, en efecte, que l'ús de les llengües oficials en els butlletins oficials de les comunitats autònomes amb estatut de cooficialitat es regeix pel principi de bilingüisme necessari o forçós, i que aquest principi es basa en una decisió del legislador; sense que això tengui res a veure amb la llengua de tramitació del procediment que ha generat els actes o les disposicions que s'han de publicar.

g) Concretament, en l'àmbit balear, la publicació oficial simultània en català i en castellà de les lleis, normes amb rang de llei, decrets i altres disposicions normatives, i actes i resolucions oficials de l'Administració pública és una conseqüència de l'article 7.1 de la Llei 3/1986, de 29 d'abril, de normalització lingüística, a la qual se suma l'exigència de bilingüisme necessari establert en l'article 5 de la vigent Llei 5/2002, de 4 d'abril, de butlletins oficials, que és aplicable al BOIB, d'acord amb la seva disposició addicional segona. Aconsegueix així el bilingüisme forçós que encaixa en el règim de cooficialitat. [...]

h) En conclusió, es pot afirmar que l'article 17 del Projecte resulta plenament adequat a dret; és a més inobjectable des del punt de vista del respecte a la Sentència del Tribunal Suprem mencionada.

Contràriament a l'opinió manifestada per la majoria de membres del Consell Consultiu, que avalaven la conformitat a dret de l'article 17 del Projecte, es pronuncià el conseller Pedro Aguiló mitjançant el vot particular corresponent, en què exposà, en síntesi, l'argumentació següent:

a) L'article 36.1 de la Llei 30/1992 constitueix, de manera indiscutida, legislació bàsica de l'Estat a la qual s'ha d'ajustar la Comunitat Autònoma de les Illes Balears en l'exercici de la potestat reglamentària, i fins i tot de la legislativa.

b) L'anterior article 10 del Decret 132/2002 (suprimit en execució de la dita Sentència ferma mitjançant el Decret 92/2010, de 23 de juliol), quan imposa als òrgans de l'Administració General de l'Estat radicats al territori de les Illes Balears l'exigència que els textos oficials que s'han de publicar en el BOIB estiguin redactats en les dues llengües cooficials i que ambdues versions siguin trameses simultàniament, vulnera l'article 36.1 de la Llei 30/1992, ja que «[...] es indiscutible que [...] la mayor parte de los textos oficiales que son objeto de publicación en los diarios y boletines oficiales viene dada por resoluciones y disposiciones que se dictan en el seno de un procedimiento administrativo [...]», de manera que «[...] forzoso es constatar que la publicación forma parte del procedimiento administrativo [...]»; és clar, a més, que «[...] los requisitos de aquélla no son, en principio, ajenos al ámbito de aplicación de la Ley 30/92, que se ocupa precisamente del "procedimiento administrativo común"».

c) Com a conseqüència del que s'ha dit abans, la mateixa Sentència destaca: «[...] la posibilidad de que los procedimientos de la Administración General del Estado se

desarrollen en lengua distinta del castellano queda abierta, con arreglo al artículo 36.1 LRJ-PAC, sólo en aquellos supuestos en que así lo solicite el interesado, sin que esté previsto que dicha posibilidad exista también por iniciativa —o por imposición— de otra Administración pública [...]». Això porta a concloure que el que «[...] en ningún caso contempla el artículo 36.1 LRJ-PAC es que los procedimientos de la Administración General del Estado hayan de llevarse a cabo simultáneamente en las dos lenguas [...]».

d) El que s'ha dit abans condueix al fet que la tramesa de textos oficials per publicar en el BOIB, quan recaigui en el si d'un procediment administratiu tramitat per un òrgan de l'Administració General de l'Estat radicat a les Illes Balears, *s'ha de fer*, per complir l'article 36.1 de la Llei 30/1992, *en la llengua utilitzada en el procediment*. No en qualsevol altra, encara que sigui cooficial en el territori. Menys encara pot imposar-se la tramesa en ambdues llengües cooficials.

[...]

D'altra banda, l'article 72.2 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa disposa: «[...] Les sentències fermes que anul·lin una disposició general tenen efectes generals des del dia en què sigui publicada la decisió i els preceptes anul·lats al mateix diari oficial en què ho hagi estat la disposició anul·lada [...]».

El que s'ha exposat exigeix atorgar eficàcia *erga omnes* a l'anul·lació acordada per la Sentència del Tribunal Suprem, de manera que, encara que referida a l'Administració General de l'Estat, resulti aplicable a les altres administracions públiques radicades a les Illes Balears quan es trobin en un supòsit idèntic, és a dir, quan remetin per publicar en el BOIB resolucions recaigudes en el si d'un procediment administratiu. En aquests casos, tampoc no els podran imposar la càrrega de tramesa en les dues llengües cooficials, de manera simultània, sinó que compliran si la dita tramesa s'efectua en la llengua del procediment.

Finalment, el Projecte de decret fou aprovat pel Consell de Govern amb la fórmula ritual «d'acord amb el Consell Consultiu» i publicat en el BOIB núm. 111/2012 com a Decret 68/2012, de 27 de juliol, pel qual es regula el *Butlletí Oficial de les Illes Balears*.

### **Dictamen 31/2012, relatiu al Projecte de decret pel qual es regulen diversos aspectes relacionats amb les màquines recreatives de joc, les sales recreatives de joc i les sales de bingo**

En aquest dictamen —que tingué com a ponent el conseller Pedro Aguiló— el Consell Consultiu parteix, per analitzar la legalitat del procediment d'elaboració del Projecte, d'un dictamen anterior sobre el mateix Projecte (86/2011), en què va concloure que el Govern no podia aprovar aquesta norma si no incorporava a l'expedient l'informe preceptiu del Consell de Consum, exigint per l'article 26.2 de la Llei 1/1998, de 10 de març, i hi afegia: «[...] encara que no és preceptiu, es podia haver sol·licitat el dictamen de la Comissió del Joc». Esmenada la deficiència anterior, respecte de l'anàlisi del contingut del Projecte pel qual es modificaven aspectes tècnics relacionats amb les màquines recreatives de joc i les sales de bingo, el Consell Consultiu esmenta dictàmens anteriors sobre aquesta matèria (16/2005, 17/2005, 1/2006, 173/2006 i 96/2009) per sostenir que la potestat reglamentària del Govern per regular aquesta qüestió resulta indiscutible en virtut dels articles 30.29, 58.2 i 84.2 de l'Estatut d'autonomia en relació amb l'article 38.1 de la Llei 4/2001, de 14 de març. No obstant això, també s'analitza si hi ha en



aquesta matèria del joc una reserva legal i es reitera la doctrina que figura en anteriors dictàmens (96/2009, 86/2001 o 70/2002), per observar que la Comunitat Autònoma de les Illes Balears ha aprovat una primera regulació en matèria de joc (Decret Llei 7/2011, de 23 de desembre), amb rang legal, que aborda tan sols l'exercici de la potestat sancionadora i el règim d'autoritacions (que subsisteix perquè la matèria de joc està exclosa de la Directiva 2006/123/CE de serveis en el mercat interior). Analitzat el contingut del Projecte, el Consell Consultiu conclou que s'ajusta a dret, atès que les qüestions tècniques que preveu estan allunyades de l'exigència de reserva legal i el Govern pot, per tant, regular-les mitjançant l'exercici de la potestat reglamentària.

### **Dictamen 87/2012, relatiu al Projecte de decret pel qual es regulen els requisits i el procediment per emetre informes relatius als programes de desplaçament temporal de menors estrangers**

En aquesta ocasió la consulta plantejada consistia en un projecte de disposició reglamentària del Govern de les Illes Balears per la qual es regulaven els requisits formals necessaris per emetre el preceptiu informe en el procediment relatiu als programes de desplaçament temporal de menors estrangers, un tràmit que la normativa bàsica estatal —configurada pel Reial decret 557/2011, de 20 d'abril, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, i per la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor— reserva a l'Administració autonòmica. Doncs bé, quant al procediment d'elaboració de la norma en projecte, el Consell Consultiu el considerarà ajustat a dret, per bé que tornà a insistir, mitjançant una observació no essencial, en la necessitat de tenir en compte els òrgans de participació i consulta de l'Administració autonòmica afectats per la matèria (el Consell d'Infància i Família i la Comissió Interinsular de Protecció de Menors, en aquest cas). D'altra banda, en relació amb el contingut de la norma, una vegada analitzat prèviament el marc normatiu i competencial en què s'inseria, el Consell Consultiu manifestà:

*Ambdós títols competencials [articles 30.39 i 32.18 de l'Estatut d'autonomia] inclouen la funció executiva, si bé en relació amb l'estrangeria les competències que pot exercir la Comunitat Autònoma assoleixen tan sols l'execució que li atribueixi la legislació estatal. En efecte, de conformitat amb l'article 149.1.2a de la Constitució, l'Estat té competència exclusiva en matèria de nacionalitat, immigració, emigració, estrangeria i dret d'asil. En aquest marc competencial, correspon a l'Estat establir la regulació substantiva de la immigració, mentre que la Comunitat Autònoma assumeix l'execució de la legislació esmentada, inclosa en tot cas l'aprovació de reglaments organitzatius.*

Arribats a aquest punt, el Consell Consultiu entén que en l'àmbit autonòmic l'habilitació per elaborar i aprovar la norma en projecte, que afecta la protecció de menors estrangers, deriva de la clàusula estatutària dedicada al desenvolupament legislatiu i la funció executiva, en virtut de la qual: «Quant a les competències especificades en l'article 32, la potestat executiva de la Comunitat Autònoma pot anar acompanyada de la potestat reglamentària quan sigui necessària per a l'execució de la normativa de l'Estat» (article 85.2 de l'Estatut d'autonomia). Resulta clar que el Projecte de decret té per objecte regular, amb el punt de connexió normativament establert, els requisits i el procediment que ha de seguir l'òrgan autonòmic competent en matèria de protecció de menors per emetre l'informe a què es refereixen els articles 187 i 188 del Reial decret 557/2011, de 20 d'abril, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya. De fet, la norma regula aspectes

organitzatius i aspectes complementaris de les potestats pròpies d'execució, de conformitat amb el que disposa la normativa estatal bàsica (el Reial decret 557/2011, de 20 d'abril).

Fetes aquestes precisions, el Projecte de decret s'insereix, sense dificultats, en el marc de l'adaptació de la normativa autonòmica al contingut de la legislació bàsica. Per tant, *el Consell Consultiu entén que el Govern de la Comunitat Autònoma és competent per aprovar la norma en projecte.*

I, en relació amb quina era l'extensió de l'actuació administrativa que la reglamentació estatal confiava a l'Administració autonòmica, precisà:

[...] El paper reservat a l'autoritat competent en matèria de protecció de menors a les Illes Balears, és a dir, a cada territori insular el seu consell insular, és l'emissió d'un informe preceptiu segons els articles esmentats del Reial decret 557/2011, però que no es pot confondre ni amb el visat (l'acte d'autorització d'entrada) ni amb l'informe del delegat del Govern. *Per tant, la competència autonòmica en aquest àmbit no és resolutiva i es troba limitada, per imperatiu legal, a l'evacuació de l'informe previ i no vinculant relatiu al programa proposat. Així doncs, la participació de l'òrgan autonòmic competent en matèria de protecció de menors troba fonament en la coordinació de competències i el respecte mutu per l'exercici de cadascun dels àmbits funcionals de cada Administració, però no pot anar més enllà d'allò que preveu la normativa bàsica estatal.*

Hem de subratllar que aquest dictamen s'aprovà per majoria dels membres del Consell Consultiu, amb un vot particular formulat per la consellera Maria Ballester, al qual s'adheriren els consellers Carmen Fernández, Joan Oliver i Ramón Pita da Veiga. En el vot particular es discrepava de l'opinió majoritària abans esmentada —que sostenia que el Projecte desenvolupava competències pròpies del Govern de les Illes Balears— i es defensava que la potestat reglamentària del Govern només es podia limitar a dictar principis generals normatius, atès que el Projecte afectava una matèria que, en el bloc autonòmic balear, s'inseria en l'article 70.8 de l'Estatut d'autonomia («Tutela, acolliment i adopció de menors»), per la qual cosa la competència corresponia exclusivament als consells insulars. Reproduïm, per l'interès que té, un petit fragment del vot:

Aquesta actuació administrativa, d'execució, correspon a les entitats públiques que, en el territori autonòmic, exerceixen les competències en matèria de protecció de menors. D'acord amb l'Estatut de 2007 —i també des de la Llei 8/1997, amb més rigor encara amb la Llei 17/2006— aquestes competències d'execució corresponen als consells insulars, amb independència de la particularitat del Consell Insular de Formentera, que les exerceix des de la seva creació. Entenc, concretament, que els títols competencials de l'article 30 (apartat 39, «Protecció de menors», denominació que prové del dret de família i de l'àmbit internacional) i de l'article 70 (apartat 8, «Tutela, acolliment i adopció de menors») s'han d'interpretar d'acord amb la legislació civil i administrativa que regula la matèria i amb les lleis de transferència en els casos en què aquestes s'han produït. [...] Des de l'Estatut de 2007, *aquestes competències, que ja han estat objecte de transferència de mitjans i serveis als consells insulars, s'han de reinterpretar d'acord amb l'article 70 de l'Estatut, amb les matisacions que es deriven dels articles 58.3 i 69 del mateix text legal. En conseqüència, la potestat reglamentària, sia d'autoorganització sia la clàssica potestat reglamentària ad extra, correspon als consells insulars, sens perjudici que el Govern de les Illes Balears pugui dictar els principis normatius sobre la matèria, sempre d'acord amb el marge d'actuació que permet la legislació (que certament ja desplega en gran manera les actuacions administratives en matèria de protecció de menors).*

Per acabar aquesta anàlisi només cal destacar que recentment s'ha publicat en el BOIB el Decret 11/2013, de 22 de març, pel qual es regulen els requisits i el procediment per emetre informes relatius als programes de desplaçament temporal de menors estrangers, aprovat pel Consell de Govern amb la fórmula «d'acord amb el Consell Consultiu» (BOIB núm. 40, de 23 de març).

### **Dictamen 89/2012, relatiu al Projecte d'ordre per la qual es regulen les condicions d'uniformitat, equipament bàsic i homogeneïtzació de vehicles de les policies locals de les Illes Balears**

En aquest dictamen —que tingué com a ponent el conseller José Argüelles— s'analitza un Projecte d'ordre elaborat per la Conselleria d'Administracions Públiques en exercici de la competència dels articles 30.19 i 33 de l'Estatut d'autonomia. Volem fer ressaltar el dictamen perquè recull una doctrina important en la consideració jurídica cinquena; s'hi inclouen les observacions essencials següents:

a) Una ordre d'un conseller no pot habilitar el mateix conseller per desenvolupar la dita ordre, perquè la potestat reglamentària respecte d'un conseller l'ha de preveure una llei o un decret que així ho autoritzi, d'acord amb l'article 38.2 de la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern de les Illes Balears.

b) És doctrina reiterada del Consell Consultiu que els òrgans directius de les conselleries no tenen potestat reglamentària *ad extra* (en remissió als dictàmens anteriors 50/2012, 180/2010 i 202/2008).

Altrament, també volem destacar en aquest bloc de dictàmens sobre projectes del Govern que, en relació amb l'exercici de la competència autonòmica exclusiva de l'article 35 de l'Estatut («ensenyament de la llengua catalana, pròpia de les Illes Balears, d'acord amb la tradició literària autòctona [...]») en concordança amb la competència de l'article 31.3 (desenvolupament legislatiu i execució de l'Estatut dels funcionaris de la Comunitat Autònoma i de l'Administració local), el Consell Consultiu ha analitzat diferents disposicions reglamentàries. Així hem de fer referència, perquè contenen doctrina rellevant, al Dictamen 2/2012 (referit al Projecte de decret d'avaluació i certificació de coneixements de la llengua catalana), al Dictamen 49/2012 (relatiu al Projecte de decret de mesures transitòries d'avaluació i certificació de coneixements de llengua catalana per part de l'Escola Balear de l'Administració Pública, sobre el qual el Consell Consultiu va emetre el dictamen desfavorable perquè mancava incorporar en el procediment el preceptiu informe de la Comissió Tècnica d'Avaluació de Coneixements del Català), al Dictamen 77/2012 (favorable a un nou Projecte de decret de mesures transitòries d'avaluació i certificació de coneixements de llengua catalana per part de l'Escola Balear de l'Administració Pública, si bé conté un vot particular) i al Dictamen 97/2012 (referent a un altre Projecte de decret d'avaluació i certificació de coneixements de llengua catalana que, una vegada aprovat, derogà l'anterior Decret 6/2012). De tots aquests dictàmens en volem fer ressaltar la conclusió que contenen en relació amb l'àmbit competencial: el Consell Consultiu no té cap dubte que, tal com defineix la Llei 3/1986, de 29 d'abril, de normalització lingüística a les Illes Balears (articles 1.2.a, 6, 9, 16 i 33.1, entre d'altres), la Comunitat Autònoma de les Illes Balears té competència exclusiva en tot el que fa referència a la matèria que s'insereix en

l'article 35 de l'Estatut d'autonomia i que, per tant, el Govern pot exercir la potestat reglamentària de conformitat amb els articles 58 de l'Estatut i 38 i següents de la Llei 4/2001, de 14 de març.

c) Dins l'apartat de competències autonòmiques de desenvolupament legislatiu i execució en el marc de la legislació bàsica estatal contingudes en l'article 31 de l'Estatut, hem d'ubicar-hi els dictàmens del Consell Consultiu 58/2012 (relatiu al Projecte de decret pel qual es modifica el Decret 85/1990, de règim retributiu del personal funcionari de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears); 33/2012 i 100/2012 (referents a projectes de decret en matèria sanitària); 1/2012, 32/2012, 41/2012 i 55/2012 (relatius a projectes normatius en matèria de contractació administrativa tan destacables com: el Projecte de decret de modificació del Decret de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, o el Projecte de decret pel qual es regula la Plataforma de Contractació i els perfils de contractant de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears), i, finalment, 21/2012, sobre el Projecte d'ordre de creació i regulació de fitxers amb dades de caràcter personal gestionats per l'Ens Públic de Radiotelevisió de les Illes Balears (EPRTVIB).

D'altra banda, no podem deixar d'incloure també dins aquest apartat els dictàmens emesos en relació amb projectes normatius del Govern en matèria d'educació elaborats en exercici de la competència atribuïda per l'article 36.2 de l'Estatut d'autonomia. Així, en desenvolupament d'aquest títol competencial el Govern ha tramès al Consell Consultiu diferents projectes reglamentaris sobre els quals aquest òrgan de consulta ha emès dictamen: Dictamen 38/2012 (referit al Projecte d'ordre que regula la convocatòria del procés d'admissió i matriculació d'alumnes als centres sostinguts totalment o parcialment amb fons públics als nivells de primer i segon cicle d'educació infantil, educació primària i educació secundària obligatòria [...] per al curs 2012-2013, que s'aprova per majoria i que conté un vot particular), Dictamen 50/2012 (relatiu al Projecte d'ordre per la qual es regula el procediment d'admissió i de matrícula als mòduls obligatoris dels programes de qualificació professional inicial i als cicles formatius de formació professional [...]), Dictamen núm. 88/2012 (Projecte d'ordre del conseller d'Educació, Cultura i Universitats per la qual es regula la prova lliure per obtenir el títol de batxiller dirigida a les persones majors de vint anys a l'àmbit territorial de les Illes Balears) i Dictamen 114/2012, que recull també una important doctrina (Projecte d'ordre per la qual es duu a terme la convocatòria per a l'establiment i la renovació dels concerts educatius a partir del curs acadèmic 2013-2014). En tots aquests dictàmens el Consell Consultiu interpreta l'extensió de l'habilitació competencial que l'article 36 de l'Estatut atribueix al Govern a l'hora de dictar disposicions reglamentàries en matèria d'educació i ensenyament.

d) *Finalment, en relació amb les competències executives de l'article 32 de l'Estatut*, tan sols s'han emès dos dictàmens relatius a disposicions en projecte del Govern que declaren fer ús d'aquestes competències, que són el 57/2012 (relatiu al Projecte de decret pel qual es regula el Servei de Prevenció de Riscs Laborals del Servei de Salut de les Illes Balears) i el 78/2012 (sobre el Projecte de decret pel qual s'estableix l'ordenació general de la formació professional del sistema educatiu en el sistema integrat de formació professional a les Illes Balears).

### 3. Dictàmens sobre projectes de disposicions reglamentàries de l'executiu autonòmic que declaren fer ús de la potestat reglamentària de principis generals normatius de l'article 58.3 de l'Estatut d'autonomia

Dins aquest apartat hem d'inserir el Dictamen 98/2012, relatiu al Projecte de decret pel qual es fixen els principis generals del Registre Unificat de Serveis Socials de les Illes Balears i dels procediments per a l'autorització i l'acreditació de serveis socials, i es regulen la secció suprainsular del Registre i els procediments per autoritzar i acreditar serveis socials d'àmbit suprainsular, que tingué com a ponent el conseller secretari Felio José Bauzá.

En aquest dictamen el Consell Consultiu reitera la seva doctrina relativa a la capacitat normativa del Govern de dictar principis generals normatius sobre les matèries que l'article 72 de l'Estatut d'autonomia assigna als consells insulars com a competències pròpies, en desenvolupament de les facultats de coordinació de l'activitat dels consells insulars, en l'exercici d'aquestes competències, que li assigna l'article 72.3 de l'Estatut. En el present cas hem de destacar el fet que l'òrgan de consulta va fer una anàlisi exhaustiva del contingut del Projecte per determinar quins preceptes, seccions o capítols podien qualificar-se de «principis generals normatius» —regulació mínima comuna a tot el territori de les Illes Balears però que permet a cada consell insular desplegar-la dins el seu àmbit territorial específic— i quins de «normes complementàries o connexes» —dictades amb caràcter provisional però que poden ser desplaçades, a cada illa, per la normativa que el consell insular competent dicti en execució de les lleis que aprovi el Parlament balear. D'aquesta manera el Consell Consultiu consolida així una doctrina que s'inicià a finals de l'any 2007 i que s'ha anat consolidant en posteriors dictàmens (dictàmens 197/2009; 113, 114 i 116 de 2010, i 48, 80 i 81 de 2011, entre d'altres) fins a l'actualitat.

Pel que fa al Dictamen 98/2012 que ara interessa, hem de destacar que la disposició projectada tenia com a objecte desenvolupar el Registre Unificat de Serveis Socials i els procediments per a l'autorització i l'acreditació de serveis socials en desplegament de la disposició final dotzena de la Llei 4/2009, d'11 de juny, de serveis socials, per la qual s'ordena el sistema de serveis socials de les Illes Balears. També volem assenyalar que *serveis socials* és una de les matèries compartides, des del punt de vista competencial, amb altres administracions, atès el que disposa l'article 34 de la Llei esmentada, en relació amb l'Estatut d'autonomia. No obstant això, i respecte de les concretes competències atribuïdes al Govern de les Illes Balears sobre aquesta matèria, l'article 35.a de la Llei 4/2009 anterior és suficientment clar quan disposa que li correspon: «[...] el desplegament normatiu, per establir els principis generals sobre la matèria que assegurin l'equilibri i la cohesió territorial entre totes les Illes». Reproduïm, a continuació, un fragment de la consideració jurídica cinquena del dictamen, que recull una part important de la doctrina del Consell Consultiu sobre aquesta qüestió:

Doncs bé, com ja s'ha exposat, en l'article 70, l'Estatut d'autonomia disposa: «Són competències pròpies dels consells insulars, a més de les que els siguin atribuïdes per la legislació estatal, les matèries següents: [...] 4. Serveis Socials i assistència social. Desenvolupament comunitari i integració. Política de protecció i atenció a persones dependents. Complementos de la Seguretat Social no contributiva. Voluntariat social.

Polítiques d'atenció a les persones i als col·lectius en situació de pobresa o necessitat social.»

Tal com ha sostingut aquest Consell Consultiu en dictàmens anteriors (per exemple, en el 92, 93, 101 i 104/2007; 116, 117 i 124/2008; 117 i 195/2009; 116 i 200/2010, i 29 i 82/2011), la Llei orgànica 1/2007 ha introduït una transcendental reforma estatutària en matèria de consells insulars, que es concreta en l'ampliació de l'elenc de competències que se'ls atribueix amb el caràcter de pròpies en l'article 70 i en relació amb les quals els correspon, amb caràcter indissociable a la seva titularitat, exercir la potestat reglamentària. En conseqüència, el Govern, en aquestes matèries, només té, d'una banda, la potestat d'establir principis generals que permetin que cada consell insular en faci un desplegament detallat i adequat en el seu àmbit territorial (article 58.3) i, de l'altra, la facultat de coordinar l'activitat dels consells insulars en assumptes d'interès autonòmic i en l'exercici de les competències pròpies, amb la participació d'aquests (article 72.2 i 3). Aplicant, *mutatis mutandis*, «als principis generals normatius autonòmics» les regles establertes pel Tribunal Constitucional sobre la normativa bàsica estatal i la de desplegament autonòmic, resulta que: a) els principis generals només es poden establir per decret del Govern, fent menció expressa que es tracta d'una norma de principis; b) correspon, potestativament, al Govern de la Comunitat Autònoma la definició dels principis generals normatius, però no es pot obligar els consells insulars a esperar que el Govern determini aquests principis; c) els principis generals han de constituir un mínim denominador normatiu comú a tot el territori autonòmic, de manera que no poden esgotar la matèria i han de deixar un marge ampli a la reglamentació dels consells insulars; d) els decrets reguladors de principis generals no són susceptibles de plantejament de conflicte en defensa de l'autonomia local, perquè no són disposicions amb rang de llei; e) els reglaments dels consells insulars requereixen el dictamen previ i preceptiu del Consell Consultiu; f) la relació entre reglaments autonòmics de principis generals i els reglaments insulars és de competència i no de jerarquia.

El Consell Consultiu reitera també aquí la seva doctrina, matisada en els anteriors dictàmens 114, 116 i 200/2010 —tots referits a projectes de reglaments que articulaven un règim d'atribucions d'ajuts o beneficis per als ciutadans—, en què sosté, en resum:

*Ara bé, en les matèries en què els consells insulars tenen competències pròpies i exclusives, la facultat estatutària d'establir principis generals (article 58.3 de l'Estatut d'autonomia) no és un argument definitiu per impedir de manera absoluta al Govern de les Illes Balears que faci un ús de la seva potestat reglamentària que vagi més enllà d'aquesta funció normativa. I això és així perquè sembla que el legislador estatutari no ha volgut que l'execució de les lleis que aprovi el Parlament de les Illes Balears depengui exclusivament de la voluntat dels consells insulars, ni que es produeixin disfuncions si aquests textos legals no s'apliquen de la mateixa manera en tot el territori de les Illes Balears. S'ha de reconèixer, per tant, al Govern una posició fonamental en la garantia de l'execució de la legislació autonòmica i també cal afirmar que aquest aspecte expressa un interès general clarament suprainsular.*

[...]

Per això, excepcionalment i per raons d'interès general, el Consell Consultiu entén que el Govern pot incloure, en els decrets de principis generals, normes reglamentàries que no tinguin la vocació d'imposar-se incondicionalment a cada una de les Illes. Dit d'una altra manera, aquests decrets poden incloure, d'un banda, principis generals normatius i, d'altra banda, disposicions i regles complementàries o connexes, les quals poden ser desplaçades, a cada illa, per la normativa que el consell insular competent dicti en execució de les lleis aprovades pel Parlament balear (article 72 i 84.2 de l'Estatut d'autonomia).

En aplicació d'aquesta doctrina conclou que el Projecte de decret compleix aquests requisits i que el seu objecte és una matèria respecte de la qual el Govern pot establir principis generals juntament amb altres normes complementàries o

connexes que en permetin l'aplicació (provisional), però que seran desplaçades quan els consells insulars aprovin la seva normativa pròpia. Tanmateix, el dictamen també aborda una qüestió rellevant quan destaca aquells preceptes o seccions del Projecte que tenen per objecte una matèria suprainsular —com és el cas de la secció suprainsular del Registre o del procediment d'autorització de serveis socials de caràcter suprainsular—, motiu pel qual incideix en la necessitat de tenir en compte que la competència per regular-la correspondrà en aquests casos exclusivament al Govern de les Illes Balears, d'acord amb el que disposa l'article 69 de l'Estatut d'autonomia (també anomenada «clàusula de tancament», que més endavant veurem).

#### **4. Dictàmens sobre projectes de reglaments que emanen dels consells insulars elaborats en desenvolupament de competències que els són atribuïdes com a pròpies en l'article 70 de l'Estatut d'autonomia**

En aquest apartat hem de subratllar el fet que durant l'any 2012 el Consell Consultiu tan sols ha examinat un projecte de reglament elaborat directament per l'Administració insular en desenvolupament de competències que, d'acord amb l'article 70 de l'Estatut, són pròpies de la dita Administració. Aquest fou el cas del Dictamen 79/2012, referit al Projecte de reglament sobre el procediment a seguir per a la declaració de festes d'interès cultural a l'illa de Mallorca, que tingué com a ponent el conseller secretari Felio José Bauzà.

De conformitat amb l'objecte de la disposició —la regulació del procediment que s'ha de seguir per a la declaració de festes d'interès cultural de Mallorca—, l'àmbit material s'inseria, sens dubte, dins el títol competencial de l'apartat 6 de l'article 70 («patrimoni cultural, històric, artístic [...]»), per la qual cosa es tractava d'una de les competències pròpies de l'Administració insular. Des del punt de vista competencial, el Consell Insular estava totalment habilitat, per tant, per exercir la potestat reglamentària, d'acord amb els articles 72.1 i 84.2 de l'Estatut. Sobre el contingut del Projecte, el Consell Consultiu s'hi pronuncià favorablement, tret d'algunes observacions que formulà amb caràcter no essencial. No obstant això, el nucli central del dictamen és en la consideració jurídica tercera, en què s'analitza amb detall la conformitat a dret del procediment que l'Administració insular ha seguit en l'elaboració del Projecte reglamentari, tenint en compte la doctrina d'aquest òrgan de consulta que figura en els dictàmens 124/2008, 123/2009, 195/2009, 198/2009, 44/2011, 135/2011 i 145/2011. En particular, el Consell Consultiu reitera la doctrina continguda en aquest darrer dictamen, en què es pronuncià de manera exhaustiva sobre el procediment aplicable als consells insulars en l'exercici de la potestat reglamentària normativa de desplegament i compleció de lleis, en el sentit següent:

[...] 3. No sembla discutible, de *lege data*, que fins a l'aprovació de la nova llei de consells insulars, requerida per l'article 68 de l'Estatut d'autonomia, que haurà d'incloure el procediment aplicable per a l'exercici de la potestat reglamentària normativa resultant de l'article 72 del mateix text legal, s'haurà de seguir el procediment previst en l'article 49 de la Llei 7/1985, com a normativa bàsica sens dubte aplicable als consells insulars, amb les adaptacions orgàniques i organitzatives que es puguin derivar de l'aprovació del seu reglament orgànic (*vid.* article 6.2 de la Llei 8/2000). Tampoc no sembla discutible que el nou procediment ha de seguir les pautes del ja establert en els articles 42 a 47 de la Llei 4/2001, atesa la identitat ontològica de la potestat reglamentària que han d'exercir el Govern autonòmic i els consells insulars, tal com clarament resulta del que indica l'article

84.2 de l'Estatut d'autonomia, que les regula conjuntament en els termes següents: «Corresponen al Govern de la Comunitat Autònoma i als consells insulars la funció executiva, incloses la potestat reglamentària [...] de les competències que els són pròpies». Tot i que no es pot deixar d'assenyalar que la del Govern autonòmic té un plus derivat del que estableix l'article 58.3 de l'Estatut d'autonomia.

4. Sembla igualment clar, en el període transitori de què tractam, que el procediment determinat en l'article 49 de la Llei 7/1985 resulta particularment insuficient per a l'exercici de la potestat reglamentària executiva, normativa o externa, que, de manera evident, no es preveia com a possible per als ens locals; com ho és també que la voluntat del legislador autonòmic, en regular els articles 42 a 47 de la Llei 4/2001, fixa un procediment d'elaboració aplicable a l'exercici de l'esmentada potestat reglamentària amb independència de qui en sigui el titular, encara que, òbviament, en la dita Llei s'establí únicament en relació amb el govern autonòmic, com a únic titular estatutari de la potestat reglamentària en la redacció anterior a la reforma derivada de la Llei orgànica 1/2007 (*vid.* articles 33 i 48 de l'Estatut d'autonomia de 1983), que, tanmateix, des de 2007, ha passat a ser compartida.

5. La conclusió anterior, unida a l'exposada identitat ontològica de la potestat reglamentària executiva atribuïda per l'Estatut d'autonomia de 2007, de manera compartida, al Govern autonòmic i als consells insulars, aconsella sostenir que el procediment que figura en l'article 49 de la Llei 7/1985 s'ha de completar amb els requisits essencials prevists pel legislador autonòmic per a l'exercici de la potestat reglamentària executiva en els esmentats articles 42 a 47 de la Llei 4/2001. [...]

En aplicació de la doctrina anterior, l'òrgan de consulta conclou que el procediment que ha seguit l'Administració insular en aquest cas per elaborar el reglament ha complert tots els tràmits essencials de la Llei 4/2001, del Govern, a més dels prevists en l'article 102 de la Llei 20/2006, de 15 de desembre, municipal i de règim local de les Illes Balears, per la qual cosa resulta conforme a dret. Destaca també molt especialment la intervenció preceptiva del Consell Assessor de Cultura Popular i Tradicional de les Illes Balears, òrgan col·legiat autonòmic específic sobre la matèria, al qual s'atorgà audiència, entre altres entitats afectades.

Hem de destacar, això no obstant, que aquest Dictamen tingué un *vot particular*, formulat per la consellera Carmen Fernández, que discrepà —en el mateix sentit que exposà respecte del Dictamen 145/2011— de l'opinió majoritària dels altres membres del Consell Consultiu que avalaren l'aplicació supletòria dels tràmits procedimentals de la Llei 4/2001, del Govern, a l'Administració insular en l'elaboració dels seus reglaments, i reiterà bàsicament les consideracions jurídiques següents:

[...] En aquest sentit, no compartesc la tesi segons la qual les determinacions de la Llei 4/2001 en matèria de procediment són complement de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local, com tampoc la idea que s'han d'aplicar a l'exercici de la potestat reglamentària independentment de quin sigui l'ens públic al qual correspongui aquesta. En efecte, la Llei 4/2001 té per destinatari únicament i exclusivament el Govern de les Illes Balears i no qualsevol executiu que desenvolupi les lleis del Parlament de les Illes Balears, com ara els consells insulars, tal com se sosté en el dictamen. Aquest text legal no és el marc regulador del poder executiu autonòmic al qual, en sentit objectiu, es refereix l'article 84.2 de l'Estatut, sinó el vehicle que estableix el règim jurídic del Govern de la Comunitat Autònoma, entesa aquesta com a subjecte i, en conseqüència, com a integrant d'un àmbit territorial diferent de l'insular i del municipal.

En la meua opinió, per tant, la translació de les exigències de la Llei balear del Govern relatives a l'estudi econòmic i als informes dels serveis jurídics i del secretari general —amb les matisacions que calguin per adequar-les a l'estructura organitzativa de cada



consell— podria resultar útil i convenient en l'àmbit insular —i segurament admissible de *lege ferenda*—, però aquestes prescripcions han de ser adoptades de manera expressa i específica per la norma legal corresponent, sense que el simple judici de conveniència fet pel Consell Consultiu pugui modificar el patró per jutjar la legalitat dels reglaments insulars.

Atès tot el que s'ha exposat, podem concloure que, en relació amb aquesta qüestió procedimental dels reglaments insulars, el Consell Consultiu ha consolidat la doctrina que inicià amb el Dictamen 124/2008, en què abordà aquest assumpte, i l'ha amplificada, i ha definit amb claredat la normativa d'aplicació, com es desprèn d'aquest darrer Dictamen 79/2012. A aquest efecte, també volem subratllar la reflexió que conté sobre la necessitat que s'empregui i s'aprovi urgentment una nova llei dels consells insulars, tal com requereix l'article 68 de l'Estatut d'autonomia, per la qual es reguli específicament el procediment que ha de seguir l'Administració insular en l'elaboració dels reglaments.

### **5. Dictàmens sobre projectes del Govern que declaren fer ús de la «clàusula de tancament» o de reserva competencial de l'article 69 de l'Estatut d'autonomia**

Dins aquest apartat s'insereix un sol dictamen del Consell Consultiu (Dictamen 42/2012), en el qual reitera la seva doctrina anterior envers la interpretació de l'article 69 de la norma estatutària, continguda en els dictàmens 1/2011, 17/2011 i 35/2011. Analitzam, a continuació, aquest únic dictamen de l'any 2012 que tracta de la transcendental qüestió competencial i els efectes que deriven —per a l'Administració autonòmica i per a la insular— de la interpretació d'aquest precepte.

#### **Dictamen 42/2012, relatiu al Projecte de decret de simplificació administrativa i de modificació de diverses disposicions reglamentàries per a la transposició a les Illes Balears de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de desembre de 2006, de serveis en el mercat interior**

La novetat d'aquesta consulta —que va tenir com a ponent el recentment difunt conseller Enric Vicent— resideix en el fet que, mitjançant un sol projecte de decret es modifiquen onze decrets autonòmics de diferents àmbits materials, la majoria dels quals s'insereixen en la relació de competències exclusives autonòmiques de l'article 30 de l'Estatut d'autonomia (transport marítim, activitats nauticoesportives, salut, habitatge, obres públiques, jocs i apostes) amb l'excepció de les matèries de joventut i d'agricultura i pesca, ubicades dins l'article 70 del text estatutari. La finalitat de les modificacions anteriors era traslladar, dins l'àmbit autonòmic i reglamentari, la Directiva comunitària de serveis en el mercat interior, en el marc també de la normativa bàsica estatal de transposició. El dictamen aprovat per la majoria dels membres del Consell Consultiu avala, amb un parell d'observacions essencials, la legalitat del Projecte de decret (més conegut com a «Decret òmnibus») i aborda, en profunditat, el tema competencial que versa sobre la potestat reglamentària del Govern per elaborar i aprovar aquest Decret que incorpora el sistema de declaració responsable i de comunicació prèvia per a l'inici de diversos procediments administratius relatius a activitats econòmiques, empresarials o professionals. La qüestió competencial es resol fonamentant aquí la facultat del Govern per regular, en particular, les matèries de joventut i d'agricultura i pesca —incardinades en la relació de competències pròpies dels consells insulars que conté l'article 70 de l'Estatut—

en l'anomenada «clàusula de tancament» de l'article 69 del text estatutari, que en opinió de la majoria de membres de l'òrgan de consulta habilita el Govern per al desenvolupament reglamentari d'aquestes dues matèries. Pel seu interès reproduïm un petit fragment de la consideració jurídica quarta del dictamen:

Per resoldre aquesta qüestió competencial convé tenir en compte, en primer lloc, l'objectiu principal del Decret projectat, que no és altre que la translació de la Directiva de serveis a l'àmbit reglamentari, executant i seguint les pautes de la legislació bàsica estatal i autonòmica, abans referenciades, i és obvi que aquesta normativa tindrà un caràcter i una eficàcia suprainsulars evidents. En segon lloc, les modificacions en els decrets, tant en matèria de joventut (article 7) com en matèria d'agricultura, ramaderia i pesca (disposició addicional segona), pretenen, bàsicament, les unes la simplificació administrativa mitjançant la incorporació del sistema o procediment de declaració responsable o comunicació prèvia per a l'inici de les activitats econòmiques, empresarials o professionals (escola d'educadors de temps lliure); les altres, completar les dades d'identificació dels interessats en les sol·licituds d'inici de certs procediments, i totes ho fan establint, canviant o suprimint diversos tràmits procedimentals amb caràcter general per a tot el territori d'aquesta Comunitat. Es tracta, doncs, d'una disposició que pel fet de recaure en la matèria de «procediment administratiu» es pot emmarcar en la competència exclusiva definida en l'article 30.36 de l'Estatut d'autonomia, i que incideix sobre l'ordenació i la planificació de l'activitat econòmica general en l'àmbit autonòmic, que s'inseriria també en l'àmbit de la competència exclusiva de l'article 30.21 de l'Estatut d'autonomia. En conseqüència, les modificacions en aquestes matèries, en el cas present, entenem que s'incardinen en l'article 69 de l'Estatut d'autonomia, que sota el títol de «clàusula de tancament» estableix literalment:

«Les competències no atribuïdes expressament com a pròpies als consells insulars en el present Estatut d'autonomia corresponen al Govern de les Illes Balears, sense que en cap cas no siguin susceptibles de transferència aquelles que per la seva pròpia naturalesa tinguin un caràcter suprainsular, que incideixin sobre l'ordenació i la planificació de l'activitat econòmica general a l'àmbit autonòmic o aquelles competències l'exercici de les quals exigeixi l'obligació de vetllar per l'equilibri o la cohesió territorial entre les diferents illes».

En aquest dictamen el Consell Consultiu reitera i ratifica la innovadora doctrina continguda en el Dictamen 1/2011, referit a la regulació del carnet jove autonòmic, en què examinà amb deteniment les qüestions plantejades per l'article 69 de l'Estatut d'autonomia i en què es pronuncià en el sentit següent:

[...] El segon incís de l'article 69 reserva a la Comunitat Autònoma aquelles competències que, per la seva pròpia naturalesa, tenen un caràcter suprainsular; les que incideixin sobre l'ordenació i la planificació de l'activitat econòmica general en l'àmbit autonòmic, i aquelles l'exercici de les quals exigeixi l'obligació de vetllar per l'equilibri o la cohesió territorial entre diferents illes. Aquesta reserva prèvia és predicable no només de les competències que no són pròpies (és a dir, les de l'article 71), sinó que també opera en el cas de les competències pròpies de l'article 70. Així s'ha d'entendre, malgrat la redacció confusa, atesa la finalitat sistemàtica de la disposició (el precepte està ubicat com a antecedent dels articles relatius a l'atribució de competències als consells insulars) i, des d'un punt de vista semàntic, per la rotunditat de l'expressió «[...] sense que en cap cas no siguin susceptibles de transferència [...]» (la cursiva és nostra).

Per tant, la presència de qualsevol de les tres circumstàncies que figuren en l'incís final de l'article 69 de l'Estatut, en els diferents àmbits materials, fins i tot en relació amb els enunciats en l'article 70, els situa en el marc de competències pròpies de la Comunitat Autònoma i habilita el Govern de les Illes Balears per aprovar disposicions generals en aquell àmbit material; si bé convé precisar, a més, que la concurrència de qualsevol dels casos que legitima la retenció o la reserva de competència a favor de la Comunitat

Autònoma ha de ser analitzada en cada supòsit concret de manera individualitzada i restrictivament per no vulnerar cap competència insular. Som, doncs, en un espai extramurs del cercle de competències que tracen els articles 61.2 i 70 del text estatutari, i això possibilita considerar que el Projecte s'ajusta a l'ordenament jurídic.

La conseqüència de tot això és que, per aprovar el Projecte sotmès a dictamen, el Govern no necessita recórrer a l'instrument dels principis generals normatius de l'article 58.3, ni a fórmules de coordinació de l'article 72, ambdós de l'Estatut d'autonomia.

De conformitat amb la doctrina anterior, el Consell Consultiu conclou, en relació amb el Projecte de decret òmnibus de simplificació administrativa, que el Govern té competència per elaborar-lo i aprovar-lo sense que, d'acord amb el que s'ha exposat, hi hagi cap obstacle o rescabament de les competències pròpies dels consells insulars en matèria de joventut o d'agricultura i pesca que els atribueix l'article 70 de l'Estatut d'autonomia. Volem fer ressaltar la idea que, arran de la interpretació de la clàusula de tancament de l'article 69 de l'Estatut, la capacitat normativa del Govern s'ha vist ampliada en els supòsits en què concorren les tres circumstàncies: ens o matèries de caràcter suprainsular, ordenació i planificació de l'activitat econòmica general en l'àmbit autonòmic, i matèries en les quals hi ha l'obligació de vetlar per l'equilibri o la cohesió territorial entre les tres illes.

No obstant això, hem de destacar que aquest Dictamen també té un vot particular que formulà la consellera Carmen Fernández, que discrepà obertament de la interpretació que la majoria dels membres de l'òrgan de consulta efectuà de l'article 69 de l'Estatut, com una clàusula de reserva competencial a favor del Govern; contràriament, sostingué que, sobre les matèries anteriors de l'article 70 de l'Estatut, la potestat reglamentària del Govern s'havia de limitar a dictar principis generals normatius, de conformitat amb les facultats que li atribueix l'article 58.3 del text estatutari sobre les matèries que són competències insulars.

## II. RESPONSABILITAT PATRIMONIAL

### 1. Qüestions generals

Ens centram aquí en un comentari a la doctrina que s'ha emanat amb motiu dels casos de responsabilitat patrimonial no sanitària —la sanitària és objecte de comentari a part.

En matèria de procediment i condicions prèvies per reconèixer una reclamació de responsabilitat patrimonial, el Consell Consultiu no ha innovat la seva doctrina; sí que ha reiterat determinades qüestions que la instrucció del procediment ha de controlar amb més precisió abans d'abordar el fons de la reclamació:

a) En primer lloc, el Consell Consultiu recorda que no és procedent declarar la prescripció si no hi ha deixadesa de l'acció de reclamar durant més d'un any, termes que deriven de l'article 142.5 de la LRJPAC i de l'extensa jurisprudència que s'ha generat sobre aquesta matèria. Arran d'un cas en què s'entrellaça aquesta qüestió amb el desistiment (mal tramitat) de l'administrat, s'arriba a una conclusió desfavorable a l'Administració activa que havia proposat la prescripció de la reclamació. Així, en el Dictamen 25/2012 (ponent, senyor Aguiló) s'assenta la doctrina següent:

No ofereix dubtes que aquesta reclamació es basa en danys personals patits, segons s'al·lega, per la senyora [...] i que es presenta, inicialment, el 28 de juliol de 2006, pràcticament dos dies després de la caiguda ocasionadora dels danys. És lògic, doncs, que se li conferís un termini per millorar la sol·licitud, és a dir, per quantificar-la adequadament. I aquesta possibilitat —que és una exigència de l'article 71 de la LRJPAC— la va portar a efecte l'Administració mitjançant un escrit de 15 de setembre de 2006, contestat el 26 de setembre, data en què la reclamant informava que no podia concretar la quantitat reclamada perquè no havia obtingut l'alta mèdica. La quantificació efectiva es fa en l'escrit presentat el 5 de març de 2010, que rep la resposta —correcta en allò que és substancial— de la incoació del procediment, el posterior 28 d'abril. Per tant, en cap cas es pot admetre la prescripció de l'acció perquè en la tramitació del procediment, tot i que s'ha incoat el 28 d'abril de 2010, és constatable fàcilment la voluntat de reclamar ferma i fefaent mitjançant els escrits i la documentació aportada per la senyora [...] o, en alguns casos, el senyor [...], que diu que actua en representació seva. D'altra banda, l'avertiment del possible desistiment, dut a terme en l'escrit de 28 de maig de 2008 (del qual no consta la notificació en l'expedient tramès), no eximeix l'Administració de dictar la resolució corresponent i de notificar-la oportunament amb la possibilitat del recurs administratiu. Aquesta actuació no s'ha efectuat i per això mateix no pot al·legar l'Administració ara la prescripció.

En sentit similar, es pot consultar, en un cas molt diferent, el Dictamen 16/2012 (ponent, senyor Oliver).

b) En segon lloc, cal tenir en compte les exigències de la fase de prova en el procediment administratiu, entrellaçat això amb el tràmit d'audiència i les regles de la càrrega de la prova. Amb caràcter d'observació essencial, en el Dictamen 122/2012 (ponent, senyor Aguiló) s'afirma:

Pel que es refereix a la tramitació del procediment aquest Consell Consultiu no comparteix el tractament donat durant la instrucció a la sol·licitud de pràctica de determinats mitjans de prova, correctament formulada a l'empara, expressament esmentat, dels articles 6 i següents del Reial decret 429/1993, de 26 de març. Certament, l'article 9 de la dita norma reglamentària habilita l'instructor per rebutjar les proves proposades, però ho fa en els estrictes termes següents: «[...] sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada». En aquest cas no hi ha recaigut resolució motivada, la qual cosa, a més, ha comportat que no es notificàs a la part interessada el rebuig dels mitjans de prova proposats.

[...]

El defecte advertit té caràcter substancial i ha de ser esmenat prèviament a l'elaboració d'una nova proposta de resolució que, sens dubte, no es limiti a assumir com a propi un informe previ i genèric que no va tenir, ni va poder tenir, en compte les circumstàncies concretes que concorren en aquest cas.

[...]

És clar, d'altra banda, que la resolució motivada requerida per l'article 9 del Reial decret 429/1993, que, a més, haurà de ser notificada a la persona interessada, no pot ser substituïda per l'informe elaborat per donar resposta al requeriment d'esmena de deficiències efectuat pel Consell Consultiu mitjançant un escrit de 15 de juliol de 2011, sens perjudici que el contingut d'aquest informe pugui servir per elaborar la resolució motivada tantes vegades mencionada, encara que s'hi hauria de tenir present, també, el principi fonamental de la càrrega de la prova que, en relació amb la concurrència dels

requisits requerits perquè es produeixi la responsabilitat patrimonial de l'Administració pública, recau sobre la part reclamant.

c) En tercer lloc, s'han d'assenyalar els requisits del tràmit d'audiència i la influència del tractament en aquesta fase dels documents o informes externs a l'Administració però que han servit de base per a la resolució. En un cas enquadrable en aquesta situació, el Dictamen 84/2012 (ponent, senyora Fernández) ha conclòs que hi ha una incorrecció essencial que esdevé impossibilitadora d'un pronunciament sobre el fons de la reclamació, en aquests termes:

Convé examinar amb deteniment els aspectes relatius al tràmit d'audiència, regulat amb caràcter general per l'article 84 de la Llei 30/1992 esmentada, i amb caràcter específic per l'article 11 del Reial decret 429/1993, tràmit que la jurisprudència no ha dubtat a qualificar d'essencial, i respecte del qual ha establert una doctrina garantista que el Consell Consultiu ha recollit en els seus dictàmens (per exemple, dictàmens 11/2000 i 44/2005).

Cal recordar que la doctrina més autoritzada ha destacat que el contingut d'aquest tràmit no es limita a assegurar la simple possibilitat de formular al·legacions, sinó que va més enllà, en la mesura que pretén facilitar a l'interessat el coneixement de la totalitat de l'expedient, de manera que pugui consegüentment fer una defensa eficaç i completa dels seus interessos sobre la base del resultat de les actuacions realitzades en el procediment. Per tant, el caràcter preceptiu d'aquest tràmit i la condició que té de garantia essencial determinen que la seva omisió sigui considerada normalment causa de nul·litat de la resolució final, si bé això exigeix, d'acord amb una jurisprudència consolidada, que es produeixi una indefensió real i efectiva, i no simplement formal, de l'interessat (sentències del Tribunal Suprem de 12 de febrer de 2001 i de 20 de gener de 2005).

Com ha quedat acreditat en els antecedents d'aquest dictamen, la instrucció va obrir el tràmit d'audiència el 9 de febrer de 2011, la qual cosa es va notificar al representant de les interessades el 14 dels mateixos mes i any. Aquestes no compareguren en el termini concedit a aquest efecte.

Tanmateix, s'incorporaren posteriorment a l'expedient els documents següents:

- a) Un dictamen jurídic emès pel despatx professional C., el 7 de novembre de 2011.
- b) Un informe de la Intervenció de l'Ajuntament de Sant Antoni de Portmany, de 12 de març de 2012, relatiu a la «Proposta de resolució en relació a l'expedient de responsabilitat patrimonial instat per [...]».
- c) La proposta de resolució de 9 de maig de 2012, signada per la instructora del procediment.

[...] En el cas examinat, és raonable afirmar que, atès que la proposta de resolució es fonamenta de manera significativa en el dictamen del despatx professional C., s'ha privat les interessades de la possibilitat d'influir en el contingut d'aquesta proposta, amb al·legacions específiques sobre els corresponents elements fàctics i jurídics. Per tant, cal entendre que s'ha produït la indefensió de les entitats reclamants, tot i que aquestes desaprofitaren el tràmit concedit al seu moment. Així les coses, entenem que el tràmit d'audiència realitzat va esdevenir inútil quan es va continuar la instrucció, per la qual cosa s'hauria d'haver obert un nou tràmit d'audiència immediatament abans de la proposta de resolució (*vid.* en la mateixa línia les sentències del Tribunal Suprem de 14 d'octubre de 1984, 14 de desembre de 2006 i 23 de novembre de 2007). Aquesta deficiència, que té la consideració de vici invalidant del procediment, ens impedeix entrar en el fons de l'assumpte i obliga l'Administració instructora a retrotreure les actuacions al moment en què hagi de tenir lloc un nou tràmit d'audiència.

## 2. Responsabilitat patrimonial en l'àmbit urbanístic i d'ordenació territorial o mediambiental

Pel que fa a les reclamacions de responsabilitat patrimonial derivada d'actuacions de *ius variandi* en l'àmbit urbanístic i d'ordenació territorial o mediambiental, el Consell Consultiu no ha fet sinó reiterar, en casos i situacions distintes, lògicament, la seva doctrina. Això no obstant, per les peculiaritats dels expedients sotmesos a dictamen el 2012, convé fer ressenya dels pronunciaments més extensibles a altres situacions, perquè les administracions consultants en puguin treure profit. El Consell ha expressat el seu parer sobre la responsabilitat concurrent de dues o més administracions i la distinció entre els conceptes de *dany i perjudici* i *enriquiment injust* —elements que apareixen en aquest tipus de casos amb una certa importància. Així, per exemple, en el Dictamen 122/2012 (ponent, senyor Aguiló) s'estableix:

[...] la proposta de resolució ha d'abordar dues qüestions que es deriven de l'informe jurídic extern que la instructora assumeix íntegrament:

a) La primera es refereix a la possible concurrència, en la producció del dany, de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, que va aprovar el Decret llei 1/2007, de 23 de novembre, de mesures cautelars fins a l'aprovació de normes de protecció d'àrees d'especial valor ambiental per a les Illes Balears, validat pel Parlament en la sessió d'11 de desembre de 2007, i en l'àmbit del qual, definit en l'annex C, es troba inclosa la parcel·la del cas.

Caldrà tenir en compte, no obstant això, que anteriorment el mateix Ajuntament d'Eivissa, en l'aprovació provisional de la Revisió del PGOU, havia classificat ja els terrenys de ses Feixes (incloent-hi la parcel·la de la reclamant) com a sòl no urbanitzable, àrea de transició (SRC-AT), de manera que, en l'aprovació definitiva, es limita a fer el canvi dins la classificació de sòl rústic o no urbanitzable, i els dona la qualificació de sòl rústic protegit d'especial interès (SRP-EI). La proposta de resolució ha de tenir particularment en compte la classificació ja acordada en el tràmit d'aprovació provisional.

D'altra banda, s'al·lega també que l'aprovació definitiva va correspondre a la Comissió Insular d'Ordenació del Territori, Urbanisme i Patrimoni Históricoartístic (CIOTUPHA) del Consell Insular d'Eivissa, encara que, en aquest punt, no se separa de la proposta de Revisió del PGOU duta a terme per l'Ajuntament d'Eivissa.

En un i altre cas, es tracta de possible responsabilitat concurrent prevista en l'article 140 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, cosa que ha de comportar que ambdues administracions, autonòmica i insular, siguin cridades al procediment per valorar la seva possible coparticipació en la producció del dany, perquè una vegada examinades les al·legacions que puguin presentar siguin tingudes en compte en la nova proposta de resolució que s'ha de formular.

b) La segona planteja que, encara que pogués no pertocar-hi la declaració de responsabilitat patrimonial perquè no es compleixen els requisits de l'article 35.a del Reial decret legislatiu 2/2008, de 20 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei del sòl (tenint en compte, també, el que estableix l'article 26 del mateix text legal, en particular l'apartat 4, i l'apartat 2 de la disposició transitòria tercera), és obvi que s'hauria produït un enriquiment injust de l'Ajuntament d'Eivissa, per desaparició de la base del contracte o per desaparició sobrevinguda de la seva causa, per haver cobrat 51.244.747 pessetes (és a dir, 307.987,13 euros), el 22 de setembre de 2000, en concepte del deu per cent d'aprofitament mitjà, malgrat que aquest aprofitament no ha arribat a incorporar-se al patrimoni dels propietaris dels terrenys afectats.

El que s'ha exposat determina, tal com es desprèn de l'informe jurídic extern aportat al procediment, que l'Ajuntament d'Eivissa ha de retornar a la Junta de Compensació o a qualsevol dels propietaris que la integren l'import esmentat, sempre que provin la seva quota de participació i que efectivament havien abonat a la Junta la quantitat que els va correspondre en funció de la seva quota part.

L'altre element, aquest substantiu, que hi ha en totes les reclamacions d'aquesta classe és el concepte de la pèrdua de l'aprofitament urbanístic que integra el lucre cessant de la indemnització, atès que el concepte i les quanties de les despeses inservibles no plantegen gaire debat. Pel que fa a l'aprofitament urbanístic, el Consell Consultiu, fent seus els pronunciaments dels tribunals, reitera les condicions d'adquisició i, en definitiva, reparació, condicions que en els casos analitzats no hi concorren i suposen la desestimació de la reclamació en la seva part principal, si més no, quant a la quantia. Així en el Dictamen 16/2012 (ponent, senyor Oliver) es reitera la doctrina assentada, en aquests termes:

Les premisses a partir de les quals hem de completar la nostra anàlisi sobre aquest punt en controvèrsia entre l'Ajuntament i la part reclamant són:

a) L'ordenació urbanística (articles 2.2, 12 i concordants de la LRSV) no confereix dret d'indemnització com a norma general. Les excepcions s'estableixen en els esmentats articles 41 i següents d'aquesta Llei.

b) L'alteració de plans urbanístics —i la revisió és un supòsit d'aquesta— està permesa específicament en la legislació i és una potestat discrecional de l'Administració sotmesa únicament als interessos generals i al control judicial. De fet, com a punt de partida, es troba la plena validesa i eficàcia de l'acord d'aprovació definitiva d'11 de juliol de 2000, ratificada pels tribunals, en particular, per la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears núm. 210, de 6 de maig de 2008, confirmada per la interlocutòria del Tribunal Suprem de 8 d'octubre de 2009.

Per tant, la reclamació i la pressuposada indemnització es consideren i avaluen en vista d'aquestes resolucions judicials, és a dir, admesa i mantinguda la Revisió de PGOU de Calvià de 2000, de desclassificació de diverses zones del municipi, entre les quals la UPT-6, Golf de Ponent.

c) La indemnització en aquests supòsits exigeix, com sempre, una lesió en els béns o els drets dels administrats i en els casos del *ius variandi* de l'Administració urbanística només es produeix la lesió quan el propietari o titular havia patrimonialitzat ja qualcun dels drets urbanístics, és a dir, «había contribuido a hacer físicamente posible su ejercicio», en termes de la Sentència d'1 de juliol de 2003 del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears.

d) L'alteració de plans urbanístics que comporta reducció o pèrdua d'aprofitament urbanístic suposa indemnitzacions «sempre que s'haguessin complert els deures urbanístics bàsics, això és, cessions, urbanització i equidistribució» (en termes de la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears de 10 de juliol de 2001). Dit d'una altra manera, l'ordenació urbanística o el planejament només en alguns casos atribueixen o regulen expectatives urbanístiques; en cap cas, no confereixen el dret a la indemnització, com tampoc no disposen la patrimonialització directa o individualitzada dels drets urbanístics si no hi ha prèviament o conseqüentment una activitat o una contribució del propietari (la classificació de sòl com a urbanitzable requereix el planejament adequat i la contribució de les càrregues pròpies, l'edificació requereix la llicència i la contribució adequada, entre altres exemples).

e) S'ha de distingir el dret d'urbanitzar de l'aprofitament urbanístic o de la patrimonialització de l'aprofitament urbanístic, com s'ha de distingir també entre el dret d'edificar (que s'obté amb la llicència) i el dret a l'edificació (que equival a la patrimonialització de l'execució de la llicència). El dret a urbanitzar s'adquireix a partir de l'aprovació del pla més específic que correspongui, és a dir, per l'ordenació urbanística detallada o suficient d'acord amb la Llei i el Reglament de planejament. [...] El dret a l'aprofitament urbanístic exigeix, per a la seva patrimonialització, l'acompliment dels deures urbanístics associats: cessió, urbanització i equidistribució.

f) El dret a l'aprofitament urbanístic no s'ha patrimonialitzat en aquest cas perquè no hi ha projecte d'urbanització aprovat (perquè l'aprovació inicial no permet sinó la tramitació del projecte que hauria d'haver superat les deficiències detectades pels tècnics de l'Ajuntament de Calvià ja entre el 17 de juliol i el 14 d'octubre de 1991).

g) L'acord de 21 de setembre de 1990 d'aprovació definitiva del Pla Parcial, impugnat per la promotora però finalment acceptat, requeria una solució del tractament de les aigües

residuals, de conformitat amb l'article 13 de la Llei balear 10/1990, de 23 d'octubre, de disciplina urbanística, que ens remet a l'article 59 del Reglament de gestió urbanística (Reial decret 3288/1978).

[...]

En definitiva, al marge que la promotora aprofitàs —com esperava fer— les obres públiques hidràuliques relatives a l'EDAR de Santa Ponça, el tractament d'aigües residuals corria a càrrec seu, com també, lògicament, les solucions tècniques necessàries. En aquest sentit, encara que s'hagués aprovat inicialment el Projecte d'urbanització, com queda dit més amunt, no hauria pogut prosperar mentre no se solucionassin les deficiències definides pels tècnics municipals o de la CIUM.

h) També s'ha de tenir en compte l'article 18 de la LRSV, que té caràcter bàsic i que regula els deures dels propietaris de sòl urbanitzable, com és el cas. [...].

El vot particular conjunt (senyora Mazorra i senyors Bauzá, Pita da Veiga i Perera) que s'emet al Dictamen 16/2012 no altera, en efecte, la consideració de la doctrina general (que a més es reitera en successius dictàmens com es pot veure), sinó que apunta una valoració jurídica diferent d'una sentència del Tribunal Superior de Justícia amb motiu d'haver-se impugnat la denegació de l'aprovació inicial d'un Projecte d'urbanització. És una variant, certament, d'aquest tipus de casos, però la majoria ha mantingut la consideració jurídica abans transcrita resumidament. I en el Dictamen 117/2012 (ponent, senyor Argüelles) s'hi analitza un cas semblant —amb característiques peculiars com es pot deduir— i s'hi afirma:

[...] es poden sintetitzar les idees següents:

1. El sòl urbà, per ser considerat com a tal, amb independència de la seva classificació en el planejament municipal, ha de complir les previsions de la Llei del sòl, això és, dotació de serveis o consolidació per l'edificació. Aquests supòsits que no concorrien en la parcel·la propietat del reclamant en moment anterior a l'aprovació de la Llei 17/2001, de protecció ambiental de ses Salines d'Eivissa i Formentera (article 8 de la Llei 6/1998, de règim del sòl i valoracions).

Així doncs, l'existència d'un sòl urbà no es pot extreure de la qualificació que en fa el Cadastre a l'efecte d'abonar l'IBI, regulació que té uns criteris propis dins el seu àmbit normatiu, ni tampoc de les previsions que contenia el planejament municipal que s'aprovà a mitjan dècada dels anys 80 (i del PTI que les reproduceix), sinó de la realitat física dels terrenys aplicant els criteris de la normativa urbanística.

2. Quant a la patrimonialització de l'aprofitament urbanístic, es pot dir que aquesta facultat s'adquireix pel compliment dels deures imposats per la Llei del sòl (article 14 de la Llei 6/1998, per al sòl consolidat, dotar dels serveis perquè la parcel·la adquireixi la condició de solar, i per al no consolidat, assumir els deures de cedir, equidistribuir, costejar i executar la urbanització, edificar, [...]), la qual cosa tampoc no es dóna en el cas present.

3. Per adquirir el dret a edificar és necessària l'obtenció de llicència, i en aquest supòsit ni tan sols consta que s'hagués sol·licitat.

Dit això, es pot afirmar que no hi ha relació de causalitat entre l'aprovació del PRUG i la inedificabilitat de la parcel·la del reclamant, perquè aquesta no complia els pressupòsits legals d'ordre urbanístic per edificar.

5. No hi havia, doncs, dany real i efectiu pel canvi de classificació de sòl de la parcel·la en qüestió.

En definitiva, el canvi de qualificació urbanística que el PRUG de ses Salines d'Eivissa i Formentera ha operat sobre la parcel·la propietat del reclamant no ha produït cap lesió, perquè els terrenys no complien els requisits del sòl urbà, la parcel·la no tenia la condició de solar, ni s'havia adquirit el dret a edificar, ja que no s'havia obtingut llicència.

### **3. Responsabilitat patrimonial en els casos de manteniment de les vies públiques urbanes**



En relació amb la consideració de la responsabilitat patrimonial en els casos de caigudes i de falta de manteniment de la via pública urbana, el Consell Consultiu, fent-se ressò de la jurisprudència més actual, estableix una doctrina que no és nova, però que especifica millor quina és l'exigència a l'Administració municipal. Per exemple en el Dictamen 25/2012 (ponent, senyor Aguiló) s'afirma:

[...] es tracta d'un desperfecte mínim, que es troba a la calçada del carrer, i per tant fora de l'espai natural de què disposen els vianants per caminar. En aquest punt cal indicar, com ja hem dit en reiterades ocasions, que els vianants també han de respectar el Codi de circulació i recordar la seva obligació d'utilitzar en condicions normals els espais destinats al seu pas, de manera que no es pot exigir al servei públic de manteniment de la via pública el mateix grau de cura en els espais destinats als vehicles i els espais destinats als vianants.

I en el Dictamen 60/2012 (ponent, senyor Perera):

[...] no es pot raonablement atribuir la causació de la caiguda a un desnivell tan exigü, ja que, d'una banda, no es pot exigir als ajuntaments un grau de rigor i perfecció en el manteniment de les vies públiques que elimini deficiències d'aquest calat, i, de l'altra, els ciutadans tenen el deure de circular per les vies públiques amb la cura i la precaució corresponents per evitar caigudes com la que ens ocupa.

Finalment, en aquest apartat, és convenient ressenyar el concepte de lucre cessant i despeses necessàries que ha estat objecte d'anàlisi en un cas, també singular, d'anul·lació mitjançant sentència d'una resolució administrativa d'una farmàcia. El Dictamen 73/2012 (ponent, senyor Bauzá) explica les consideracions següents a l'entorn dels dits conceptes discutits:

El càlcul del lucre cessant ha estat concebut com una fórmula indemnitzatòria que ha de prendre com a base valors objectius sense que hi hagi enriquiment injust. [...]

En efecte, estimam que són atenedibles les raons esgrimides per la reclamant quant a les rendes efectivament satisfetes i acreditades pel lloguer del local. És cert que el lloguer del local és computable com a despesa, però és més cert que el benefici net calculat a efectes indemnitzatoris és un càlcul teòric. No hi ha hagut aquests ingressos ni aquestes despeses durant els exercicis en qüestió. Per tant, sent la disposició del local de farmàcia un pressupòsit necessari per a l'exercici de l'activitat, amb les peculiaritats normatives que impedeixen que sigui qualsevol local, és lògic que la reclamant mantingués el lloguer del local en espera d'una resolució jurisdiccional que reputava favorable. D'altra banda, la Instrucció no ha comprovat si va aprofitar aquest local per a altres coses ni ha calculat si, en hipòtesi, el fet de disposar del local va poder beneficiar la reclamant. En suma, doncs, hem d'acceptar que aquesta és una de les despeses necessàries seguint el concepte que el Consell d'Estat ja precisà en dictàmens com el 1295/1994, de 17 de novembre, i el 957/2004, de 20 de maig (també s'al·ludeix a aquest concepte en la STS de 22 de setembre de 2008), despeses que, a efectes pràctics, si bé no són imprescindibles, ja que ningú no va exigir a la reclamant tenir a la seva disposició el local, són més que útils —altres despeses no rebrien la nostra opinió favorable a integrar la indemnització—, estrictament convenients i raonables perquè la reclamant no vegi alterada la seva posició material o jurídica inicial. De fet, és del que es tracta en la indemnització, de refer la reclamant en la seva posició jurídica inicial.

## **4. Responsabilitat patrimonial sanitària**

### **4.1. Anàlisi de la temporalitat de les reclamacions**

La determinació de la temporalitat de la reclamació es configura com un tema essencial i transcendent, perquè d'aquesta depèn que el dret a reclamar es consideri prescrit i, per tant, esdevingui una circumstància impeditiva per entrar a analitzar el fons de l'assumpte i privi el reclamant de ser indemnitzat. Sobre el reclamant hi recau, també, a més a més, la càrrega de la prova del caràcter no extemporani de la reclamació (Dictamen 97/2011).

Seguint amb aquesta doctrina, l'any 2012 el Consell Consultiu ha emès un total de 47 dictàmens de responsabilitat patrimonial sanitària, i només en quatre (*vid.* dictàmens 6/2012, 10/2012, 40/2012 i 107/2012) ha considerat prescrit el dret a reclamar.

Dins l'anàlisi de la temporalitat de la reclamació hi ha, a més a més, dos aspectes fonamentals sobre els quals ha dictaminat: d'una banda, en relació amb l'inici del termini per reclamar (*dies a quo*) i, de l'altra, en relació amb la interrupció del còmput del termini. A continuació, farem referència a aquests dos aspectes dins el context de les lesions personals.

#### 4.1.1. Inici del còmput: *dies a quo*

Com és sabut, el règim jurídic de la prescripció de les reclamacions de responsabilitat patrimonial està determinat per l'article 142.5 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, que estableix un termini d'un any comptador a partir de la lesió, termini que, en el seu inici i en els casos de lesions personals, ha estat considerat per la jurisprudència sota el principi de l'*actio nata*. Aquesta doctrina, que ja s'exposà en la memòria de l'any 2011 (Dictamen 41/2011, entre d'altres), es recull novament l'any 2012.

Així, i seguint la consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem que distingeix entre els danys continuats i els danys permanents (sentències del Tribunal Suprem de 22 de juny de 2010, 16 de novembre de 2010 i 24 d'abril de 2012, entre d'altres) a l'efecte de determinar el *dies a quo* per a l'exercici de la reclamació quan es tracta de lesions personals, aquest òrgan de consulta entén que, quan es tracta de danys permanents —que poden ser avaluats econòmicament des del moment de produir-se el fet o acte causant—, el *dies a quo* se situa en el dia següent a aquell en què es produeixen el danys, de conformitat amb l'article 142.5 de la LRJPAC, que estableix: «el dret a reclamar prescriu al cap d'un any d'haver-se produït el fet o l'acte que motiva la indemnització o d'haver-se manifestat el seu efecte lesiu [...]»). En canvi, quan es tracta de danys continuats —aquells que es produeixen dia a dia, de manera prolongada en el temps, com és el cas de les malalties cròniques, i que requereixen un període de temps més llarg per poder avaluar les conseqüències econòmiques de l'acte causant—, el termini per reclamar comença a comptar des del dia en què: «cesan los efectos» o —com diu el precepte legal anterior en el cas de danys físics o psíquics— «[...] des de la curació o la determinació de l'abast de les seqüeles».

Així, arran d'una reclamació interposada contra el Servei de Salut de les Illes Balears per la pèrdua de l'úter i de l'ovari esquerre i pel perjudici estètic moderat soferts com

a conseqüència d'una intervenció quirúrgica (Dictamen 10/2012), el Consell Consultiu, de conformitat amb la doctrina anterior, es va pronunciar a favor de considerar els danys com a «permanents», i va determinar el *dies a quo* per a l'exercici de l'acció de responsabilitat a partir de les consideracions jurídiques següents:

[...] ens trobam davant unes lesions irreversibles, les seqüeles de les quals resulten previsible en la seva evolució i en la seva determinació. La pèrdua de l'úter i de l'ovari esquerre es van produir el dia de la intervenció quirúrgica i des d'aquell moment les seqüeles van quedar determinades i eren quantificables. L'alta hospitalària va tenir lloc el 8 d'abril de 2009, data en què es va iniciar el còmput del termini de prescripció. La reclamant entén que no va ser aquell dia el que ha de considerar *dies a quo* del termini prescriptiu, perquè en quatre ocasions va acudir a consultes externes ginecològiques (el 13/5/2009; 22/6/2009, 23/11/2009 y 7/6/2010). A cap d'aquestes consultes no es va constatar que hi hagués evolució alguna en les seqüeles patides, per la qual cosa no pot considerar-se cap altre dia com el d'inici del termini prescriptiu. I el mateix hem de dir respecte de les seqüeles psicològiques que s'invoquen. L'examen dels informes aportats per la reclamant de dates 8 d'octubre de 2009 i 9 de juliol de 2010 posa de manifest que la reclamant manté el mateix quadre psicològic i que ha de continuar en tractament psicològic per un període indeterminat de temps. Per aquest motiu, d'acord amb la jurisprudència del Tribunal Suprem, aquest Consell Consultiu considera que els danys soferts per la senyora X eren permanents des del dia 8 d'abril de 2009, per la qual cosa la reclamació de responsabilitat patrimonial, que es va presentar el 22 de novembre de 2010, ha prescrit, i per això ha de ser desestimada.

En el mateix sentit, el Consell Consultiu es pronuncia en el Dictamen 63/2012, relatiu a una reclamació per danys derivats d'una operació d'hèrnia discal, en què considera, de la mateixa manera, que es tractava d'un supòsit de lesions permanents, motiu pel qual conclou que el còmput del termini per reclamar s'inicià en la data en què els metges consideraren estabilitzades les seqüeles derivades de la darrera intervenció, amb independència del tractament pal·liatiu o de rehabilitació que el pacient rebé posteriorment:

[...] Per determinar la *data d'inici del termini anual* s'ha de tenir en consideració *l'informe mèdic* en què es declari l'acabament de les possibilitats terapèutiques curatives o es determini l'abast i la consolidació de les seqüeles, encara que continuï el tractament de manera pal·liativa o la rehabilitació per millorar la qualitat de vida o evitar complicacions en la salut dels pacients, ja que l'assistència sanitària, en aquests casos, no modifica les seqüeles que estan estabilitzades prèviament [...].

En aquest sentit es manifesta la jurisprudència i, molt especialment, el Tribunal Suprem, en la Sentència de 21 de juny de 2007, Secció 6a (recurs 2908/2003), i en la Sentència de 22 de juny de 2010, dictada per la Sala Contenciosa Administrativa, Secció 4a. En aquesta darrera distingeix els «daños continuados» —els que com a tals no permeten conèixer encara els efectes definitius de la pèrdua— dels «daños permanentes» —aquells en què les lesions són irreversibles i incurables encara que no intractables, les seqüeles dels quals resulten previsible en la seva evolució, i són per tant quantificables—, i per això afirma: «los tratamientos paliativos ulteriores o encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó en todo su alcance».

En el cas present, la reclamació per responsabilitat patrimonial es formalitza el 10 de març de 2010, i les seqüeles de la reclamant ja estaven determinades i consolidades, com s'ha exposat, en la data de l'alta mèdica hospitalària de 17 de juliol de 2008, moment en què en coneixia perfectament l'abast, per la qual cosa queda acreditat que la reclamació és extemporània perquè, en el moment d'interposar la reclamació, havia transcorregut amb escreix el termini legalment establert en l'article 142.5 de la LRJPAC.

En consideració al que s'ha exposat, és procedent, per tant, desestimar la reclamació de responsabilitat patrimonial per mal funcionament del Servei de Salut de les Illes Balears.  
[...]

Per contra, el Consell Consultiu, en el Dictamen 20/2012, sobre una reclamació de responsabilitat patrimonial pels danys i perjudicis derivats del contagi del virus de l'hepatitis C en una operació, entén que ens trobam davant uns danys continuats en el temps —en aquest supòsit el termini de prescripció està obert fins al moment posterior en què es va poder determinar l'abast de les seqüeles derivades del diagnòstic de la malaltia— i fa les consideracions següents sobre el *dies a quo* per a l'exercici de la reclamació:

#### 4. Interposició de la reclamació dins termini

En el punt referent a la temporalitat de la reclamació, hem de precisar que l'article 142.5 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, estableix que el dret a reclamar prescriu a l'any d'haver-se produït el fet o acte que motiva la indemnització o d'haver-se'n manifestat l'efecte lesiu i, més concretament, hi afegeix: «en cas de danys, de caràcter físic o psíquic, a les persones el termini s'ha de començar a computar des de la curació o la determinació de l'abast de les seqüeles». Doncs bé, aquest òrgan de consulta entén que, per analitzar el caràcter extemporani o no de la reclamació, el *dies a quo* a partir del qual es computaria el termini de la reclamació per interposar la seva acció corresponent no es pot situar en la data en què se li va fer la intervenció quirúrgica (25 de novembre de 2008) —acte que suposadament li va derivar en el contagi de la malaltia de l'hepatitis C—, ni tampoc en la data en què la serologia de Son Dureta va donar com a resultat el diagnòstic positiu de la seva malaltia (7 de juliol de 2009), sinó que la interpretació conforme al precepte legal transcrit seria que, com que es tracta de danys físics, el còmput del termini de prescripció de l'acció s'ha d'iniciar a partir de la data de la determinació de l'abast de les seqüeles derivades de l'hepatitis crònica per la qual reclama. Així, consta acreditat en els antecedents que la reclamant va adjuntar al seu escrit un informe de la USM de Son Pizá, datat el 17 de desembre de 2009, en què es relaten les diferents seqüeles i simptomatologia de la pacient derivades del diagnòstic esmentat, i que la seva reclamació es va registrar d'entrada en el Servei de Salut el 29 de juliol de 2010, per la qual cosa aquest òrgan consultiu no té cap dubte respecte que la reclamació no és extemporània, perquè no havia transcorregut, en conseqüència, el termini d'un any previst en l'article 142.5 de la LRJPAC.

### 4.1.2. Interrupció del còmput del termini

El termini per reclamar per responsabilitat patrimonial és un termini de prescripció i, per tant, és susceptible de ser interromput.

A continuació farem referència a alguns supòsits que durant l'any 2012 ha examinat l'òrgan de consulta en relació amb la interrupció del termini de prescripció.

#### 4.1.2.1. Exercici d'accions judicials: civils i penals

La interrupció del termini de la reclamació per l'exercici d'accions jurisdiccionals és un tema que ha estat examinat detingudament en el Dictamen 40/2012, perquè el reclamant interposa —amb caràcter previ a l'acció de reclamació de responsabilitat patrimonial— accions davant els tribunals de justícia, l'una en l'ordre jurisdiccional penal i l'altra en l'ordre civil.

Respecte de determinar si la incoació de diligències prèvies i actuacions en l'ordre penal interrompen el termini de prescripció, el Consell Consultiu entén que efectivament l'interrompen i que es comença a computar novament el termini a partir de la data de la sentència o de la interlocutòria de sobreseïment (dictàmens 40/2012, 63/2011, 51/2009, entre d'altres).

Ara bé, pel que fa a l'exercici d'accions del reclamant davant l'ordre civil pels mateixos fets objecte de la reclamació, la conclusió és ben diferent (no hi ha interrupció del termini de prescripció de l'acció de responsabilitat patrimonial). Així, en el Dictamen 40/2012 —que tingué com a ponent el conseller Felio José Bauzá— el Consell Consultiu efectua les consideracions jurídiques següents:

[...] En efecte, en aquest punt resulta obligat portar a col·lació la teoria que l'acció manifestament inadequada no interromp el termini de prescripció (per exemple, la Sentència 65/2010, de 25 de març, del Tribunal Superior de Justícia de Madrid, Sala Contenciosa Administrativa, Secció 10, recurs d'apel·lació 138/2010).

Aquest Consell Consultiu entén que l'acció civil del senyor X és manifestament inadequada perquè el Servei de Salut de les Illes Balears es concep en l'article 64 de la Llei 5/2003, de 4 d'abril, de salut de les Illes Balears, com «un ens públic de caràcter autònom, dotat de personalitat jurídica i patrimoni propis, i amb plena capacitat per actuar en el compliment de les seves finalitats, al qual es confia la gestió dels serveis públics sanitaris de caràcter assistencial de les Illes Balears».

Per la seva part, i en coherència amb això, l'article 1.1 del Decret 39/2006, de 21 d'abril, pel qual s'aproven els estatuts del Servei de Salut de les Illes Balears, estableix la naturalesa d'ens públic de caràcter autònom adscrit a la Conselleria competent en matèria de sanitat. És a dir, s'integra, com a organisme autònom que és, dins el sector públic instrumental de la Comunitat Autònoma, d'acord amb el que disposen els articles 2.1.a i 30.2 de la Llei 7/2010, de 21 de juliol, sota una relació de dependència o vinculació amb la mateixa Administració, en els termes prevists per a aquest tipus d'organismes públics en el text legal esmentat.

Si això és així, la inadequació d'una demanda civil en aquest cas és manifesta, perquè en cap cas l'Isalut no havia estat demandat en el procediment ordinari, de manera que entre el sobreseïment del procés penal i la reclamació de responsabilitat patrimonial es constata un abandonament total i absolut de l'acció.

Ultra això, no s'entén que el senyor X interposàs una demanda civil contra els facultatius que el van assistir a l'Hospital Can Misses i al Centre de Salut de Santa Eulària, quan aquests no actuaven a títol personal, sinó en l'exercici de les seves funcions públiques assistencials. Amb més motiu l'acció civil és manifestament inadequada i aquesta inadequació no pot justificar una interrupció del termini.

Fonamenten l'argumentació anterior l'article 9.4 de la Llei 6/1985, d'1 de juliol, orgànica del poder judicial; l'article 2.e de la Llei 29/1998, de 29 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, i la disposició addicional dotzena de la Llei 30/1992 esmentada.

També la jurisprudència més recent, de la qual és exponent la Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa (Secció 4a) del Tribunal Suprem de 2 de novembre de 2011, s'ha pronunciat en el mateix sentit i a favor de considerar que la presentació de demanda davant la jurisdicció civil no interromp el termini de prescripció de l'acció administrativa de reclamació de responsabilitat patrimonial de l'Administració.

Per tot això, s'ha de confirmar que el *dies a quo* per plantejar la reclamació de responsabilitat patrimonial és el 5 de novembre de 2009, de manera que el senyor X presenta la reclamació el 8 de març de 2011, fora del termini previst en l'article 142.5 de la LRJPAC.

S'ha d'inadmetre aquesta reclamació per prescripció de l'acció, i no cal entrar a valorar altres qüestions d'ordre substantiu.

#### 4.1.2.2. Tractament rehabilitador

Respecte de determinar si el tractament rehabilitador que rep un pacient pot interrompre el termini de prescripció, el Consell Consultiu entén que no és una causa que pugui interrompre el termini al qual està subjecta l'acció de reclamació de responsabilitat patrimonial. En el Dictamen 63/2012 —que hem esmentat quan analitzàvem la determinació del *dies a quo* per al supòsit de danys permanents— se n'expliquen els motius:

Encara que és cert que el pacient va seguir un tractament rehabilitador després de la darrera intervenció quirúrgica (artroplàstia total de maluc), el Consell Consultiu coincideix amb la instructora que la data d'alta definitiva que li donà el Servei de Rehabilitació (17 de setembre de 2008) no es pot considerar com a *dies a quo* a partir del qual s'iniciï el còmput del termini establert legalment, per tal com el tractament rehabilitador no interromp el termini de prescripció per interposar l'acció de reclamació per responsabilitat patrimonial sanitària. En aquest sentit es manifesta la jurisprudència i, molt especialment, el Tribunal Suprem, en la Sentència de 21 de juny de 2007, Secció 6a (recurs 2908/2003), i en la Sentència de 22 de juny de 2010, dictada per la Sala Contenciosa Administrativa, Secció 4a. En aquesta darrera distingeix els «daños continuados» —aquells que com a tals no permeten conèixer encara els efectes definitius de la pèrdua— dels «daños permanentes» —aquells en què les lesions són irreversibles i incurables, encara que no intractables, les seqüeles dels quals resulten previsibles en la seva evolució i, per tant, són quantificables—, per això afirma: «los tratamientos paliativos posteriores o encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o evitar eventuales complicaciones en la salud, o a obstaculizar la progresión de la enfermedad, no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó en todo su alcance».

#### 4.2. Acreditació del nexa causal. La càrrega de la prova

Una vegada determinat el caràcter no extemporani de la reclamació de responsabilitat patrimonial interposada, novament el tema de la prova torna a ser fonamental en relació amb l'objecte de la reclamació. Com és sabut, correspon al reclamant la càrrega de la prova de la relació de causalitat entre el funcionament normal o anormal del servei públic i la realitat dels perjudicis al·legats. El Consell Consultiu exposa, de conformitat amb reiterada jurisprudència (sentències, entre d'altres, de la Sala Tercera del Tribunal Suprem de 12 de maig de 1999 i dels dies 1 i 8 de febrer de 2000), que el reclamant ha d'acreditar la realitat dels fets, i també els danys efectius produïts, siguin psíquics o morals, i la relació de causalitat entre aquests i aquells, com a requisits necessaris perquè prosperi la seva pretensió de rescabament (dictàmens núm. 20/2012, 35/2012, 71/2012, 72/2012, 75/2012, 95/2012, 104/2012 i 105/2012, entre d'altres). I això resulta necessari tant si es tracta d'una acció imputable a l'Administració com d'una omissió, en què la tasca d'imputació de responsabilitat patrimonial a l'Administració resulta més complexa, ja que es parteix del fet que el sistema de responsabilitat patrimonial de l'Administració no es pot convertir en un sistema assegurador universal. Per aquest motiu, l'òrgan de consulta considera que el reclamant ha de presentar un «principi de prova» i fer ús de tots els mitjans probatoris admissibles en dret. Així, el Consell Consultiu insisteix en el fet que no es pot deixar d'atendre el tràmit d'audiència per fer les al·legacions que s'estimin pertinents, i conclou que, en el cas d'absència de proves pericials o contradictòries a instància de part (dictàmens 75/2012 i 104/2012, entre d'altres), per poder corroborar la realitat de les afirmacions genèriques del reclamant i determinar l'existència o no de nexa causal, l'òrgan de consulta només pot acudir als informes mèdics i l'historial clínic que figura en l'expedient (dictàmens 20/2012 i

35/2012, que es remeten a la doctrina dels anteriors dictàmens 178/2008, 56/2009 i 138/2011).

De conformitat amb aquesta doctrina recollida en nombrosos dictàmens, si no resulta acreditat el nexa causal entre l'actuació administrativa i els danys reclamats, l'òrgan de consulta resol desestimar la reclamació de responsabilitat patrimonial, perquè no hi concorren els requisits i els principis establerts en l'article 139 de la LRJPAC. Així ha succeït, per exemple, en moltes reclamacions en matèria sanitària, en què l'òrgan de consulta ha arribat a valorar les manifestacions i les apreciacions del reclamant com a legítimes però insuficients, si no vénen avalades tècnicament i mèdicament. En aquest sentit es pronuncia el Consell Consultiu en el Dictamen 104/2012:

[...] la reclamant, per la seva part, no ha aportat cap prova pericial que acrediti que hi ha un nexa causal entre la mort i l'actuació mèdica, les seves apreciacions i els esforços dialèctics de la seva lletrada són insuficients i no poden prevaler sobre el criteri facultatiu que han exposat els pèrits mèdics en els seus informes, els coneixements tècnics o especialitzats dels quals —si bé són merament il·lustratius, no vinculants i subjectes a valoració conforme a les regles de la sana crítica— resulten, per regla general, molt rellevants i, en aquest cas, determinants davant l'absència absoluta de qualsevol altre mitjà probatori de valor similar que els contradigui.

Igualment cal destacar que, de conformitat amb la doctrina del Consell Consultiu recollida en nombrosos dictàmens, no és suficient acreditar la relació de causalitat entre els danys al·legats i el funcionament del servei públic sanitari per estimar la responsabilitat patrimonial, sinó que el dany pel qual es reclama ha de ser efectiu, individualitzat, avaluable econòmicament i, sobretot, ha de complir el requisit de l'antijuridicitat. Així ho recull, per exemple, el Dictamen 20/2012, en què s'analitza una reclamació sanitària pels danys derivats d'un mal funcionament dels serveis públics que consisteix en el contagi del virus de l'hepatitis C arran d'una intervenció quirúrgica. Una vegada analitzats l'historial clínic, els informes mèdics que figuren en l'expedient i les proves aportades pel reclamant, el Consell Consultiu es pronuncia en els termes següents:

[...] Segons consta documentat en l'expedient, es van aplicar els protocols d'asèpsia i antisèpsia recomanats, que actualment s'accepten com la millor manera de prevenir la infecció del VHC (entre d'altres), per la qual cosa l'assistència prestada a l'Hospital Sant Joan de Déu es va ajustar a la *lex artis ad hoc*. [...]

En conseqüència, amb el que s'ha exposat es pot afirmar que no hi ha mala praxi, perquè el dany invocat no compleix el requisit de l'antijuridicitat i no hi ha responsabilitat de l'Administració sanitària. Per tant, de tot el que s'ha exposat abans, se'n dedueix que no hi ha cap evidència de mala praxi dels facultatius del Servei de Cirurgia Ortopèdica i Traumatologia de l'Hospital Sant Joan de Déu en la intervenció quirúrgica d'artroscòpia practicada a la reclamant el 25 de novembre de 2008, perquè la part reclamant no ha acreditat, de cap manera, que aquesta fos la font directa del contagi de la seva hepatitis crònica, perquè hi ha altres fonts possibles de contagi d'acord amb les múltiples intervencions prèvies i amb la simptomatologia que presentà abans de la intervenció, perfectament compatible amb el virus que es detectà després de la dita intervenció. Així es desprèn del contingut de l'historial clínic (analítiques i antecedents mèdics) i de les conclusions mateixes de la Inspecció Mèdica concordades per la representació legal de l'Hospital de Sant Joan de Déu. [...]

Dit això, el Consell Consultiu no pot acceptar que els danys invocats per les seqüeles derivades de la malaltia de l'hepatitis crònica C siguin conseqüència d'un mal funcionament de l'Administració sanitària, perquè de cap manera són imputables al

Servei de Salut de les Illes Balears i, per tant, als seus facultatius, que van actuar, en el marc del concert amb l'Isalut, segons la *lex artis ad hoc* i els protocols mèdics. Conseqüentment, cal desestimar, d'acord amb la proposta de resolució, l'existència de tota casta de responsabilitat patrimonial de l'Administració sanitària, sense que, en conseqüència, es pugui entrar a examinar la quantia de la indemnització pretesa.

Tal com s'ha exposat, hem de subratllar el fet que el Consell Consultiu analitza la relació de causalitat en aquests tipus de reclamacions sempre de conformitat amb el mòdul rector de l'adequació del servei públic sanitari a la *lex artis ad hoc*, de tal manera que no resulta suficient amb l'existència d'una lesió, sinó que reitera que el reclamant ha d'acreditar que l'actuació mèdica ha infringit la *lex artis* perquè hi hagi responsabilitat patrimonial de l'Administració, tenint en compte que l'obligació del professional és de mitjans i no de resultats. En cas contrari, si no ha acreditat aquesta infracció, els perjudicis no seran antijurídics i el reclamant tindrà el deure de suportar-los, atès que l'Administració no es pot convertir en una asseguradora universal i no sempre li serà possible garantir la salut dels pacients. Aquesta és la doctrina que recull el Consell Consultiu en el Dictamen 8/2012, entre d'altres:

En les reclamacions derivades de l'actuació mèdica o sanitària, aquest òrgan consultiu, d'acord amb la línia jurisprudencial mantinguda pel Tribunal Suprem, considera que no resulta suficient per estimar una responsabilitat l'existència d'una lesió, sinó que és necessari acudir al criteri de la *lex artis* com a referent per determinar si l'actuació mèdica és correcta o no; independentment del resultat produït en la salut o en la vida del malalt, perquè no li és possible ni a la ciència ni a l'Administració garantir, en tot cas, la sanitat o la salut del pacient. Així doncs, només en el cas que es produeixi una infracció de la dita *lex artis* l'Administració respondrà dels danys causats. En cas contrari, els perjudicis esmentats no són imputables a l'Administració i no tindran la consideració d'antijurídics, per la qual cosa hauran de ser suportats pel perjudicat. L'existència del principi de la *lex artis* es basa en el criteri jurisprudencial, que ha tingut reflex en l'article 141.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, que l'obligació del professional de la medicina és de mitjans i no de resultats. En paraules del nostre Tribunal Suprem, prenent com a exemples recents les sentències de la Sala Contenciosa Administrativa de 18 de juliol de 2007 i 26 de juny de 2008 [...].

En aplicació de la doctrina anterior, el Consell Consultiu ha considerat provat que no hi va haver infracció de la *lex artis* i que els facultatius del servei públic de salut de les Illes Balears actuaren amb diligència, i s'ajustaren en tot moment als protocols mèdics, en els dictàmens núm. 5/2012, 7/2012, 8/2012, 12/2012, 17/2012, 19/2012, 20/2012, 26/2012, 35/2012, 39/2012, 44/2012, 45/2012, 54/2012, 64/2012, 70/2012, 74/2012, 81/2012, 82/2012, 85/2012, 95/2012, 102/2012, 103/2012, 104/2012, 105/2012 i 108/2012. Atès el vessant tècnic d'aquest tipus de reclamacions sanitàries, l'òrgan de consulta considera que, per apreciar la possible infracció, cal acudir al criteri facultatiu exposat pels perits mèdics en els informes, «els coneixements tècnics o especialitzats dels quals —si bé són merament il·lustratius, no vinculants i subjectes a valoració de conformitat amb les regles de la sana crítica— resulten, per regla general, molt rellevants [...]» (Dictamen 104/2012).

Per contra, aquest òrgan de consulta sí que ha considerat que hi ha infracció de la *lex artis ad hoc* en les reclamacions sanitàries examinades en els dictàmens 9/2012, 28/2012 i 118/2012, motiu pel qual les estima parcialment. Així, en els dictàmens 9 i 28 de 2012 considera provat, sobre la base dels informes mèdics que figuren en l'expedient, que hi hagué un retard en el diagnòstic de la malaltia del pacient i, per



tant, una pèrdua d'oportunitat terapèutica o de curació, com més endavant veurem. En el cas de la reclamació de responsabilitat sanitària que s'examinà en el Dictamen 118/2012, l'òrgan de consulta arriba a la mateixa conclusió anterior —hi hagué mala praxi—, però per una causa ben diferent: falta d'atenció dels cuidadors que assistiren el pacient tetraplègic en el trasllat en ambulància a l'hospital públic, durant el qual va patir diverses caigudes que derivaren en diferents traumatismes. Aquí, l'òrgan de consulta sosté textualment: «és clarament exigible que aquest servei, precisament perquè es tracta d'una persona desvalguda, hagi de ser prestat no només amb la cura necessària, sinó a més amb un plus de diligència, amb la finalitat que el pacient no se senti lesionat en la seva dignitat de persona». Per aquest motiu estima parcialment la reclamació i considera que cal indemnitzar el pacient pels danys morals que va patir, perquè no tenia el deure jurídic de suportar-los. Ara bé, per quantificar els danys morals considera que no és procedent aplicar el barem de la Direcció General d'Assegurances i Fons de Pensions («atès que els paràmetres d'aquest barem no són projectables sobre el cas») i estableix una compensació —a tant alçat— de 5.000 euros.

Altrament, cal destacar, en aquest punt de l'anàlisi de l'existència de relació de causalitat en aquest tipus de reclamacions, que també intervé com a mòdul rector de la *lex artis* en matèria sanitària el consentiment informat, regulat en l'article 10 de la Llei 14/1986, de 25 d'abril, general de sanitat, i, més específicament, en l'article 4 i següents de la Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació clínica. L'òrgan de consulta segueix la jurisprudència del Tribunal Suprem sobre la interpretació i l'abast del consentiment informat (sentències de 2 d'octubre de 1997, 14 d'octubre de 2002 i 20 de setembre de 2005), i considera que aquest és un dret bàsic inherent a la dignitat de la persona, per la qual cosa l'absència d'aquest consentiment, en els supòsits en què legalment s'exigeix, es considera com un incompliment de la *lex artis ad hoc*, que revela un funcionament anormal del servei públic sanitari i que dóna lloc a la indemnització corresponent quan de resultes de l'actuació d'aquest servei deriven seqüeles sobre les quals el reclamant no fou informat.

El Consell Consultiu abordà amb profunditat el tema del consentiment informat en els dictàmens 46/2012 i 81/2012, en què va concloure que el Servei de Salut complí adequadament l'obligació legal descrita en els preceptes indicats i que s'informà el pacient sobre els riscos i les possibles complicacions inherents a la intervenció mèdica, tal com figuraven descrits en el mateix document que signà. Així, en el darrer dictamen esmentat es pronuncià en els termes següents:

[...] Pel que fa a la presumpta vulneració del dret a l'autonomia del senyor X en la firma del document de consentiment informat, cal manifestar dues coses: la primera, que, encara que és cert que, en aquest cas, el document esmentat era de caràcter genèric, això no obsta a la seva virtualitat, per tal com la síndrome compartimental és una patologia excepcional i imprevisible, l'aparició de la qual no és a causa de la cirurgia, sinó que és una complicació imprevisible del període postoperatori, i, segons la doctrina del Tribunal Suprem (*vid.*, per exemple, la Sentència de 17 d'abril de 2007), «no es menester informar detalladament de aquellos riesgos que no tienen carácter típico por no producirse con frecuencia, ni ser específicos del tratamiento aplicado»; la segona, que, en qualsevol cas, no pot obviar-se que de la falta d'informació de la síndrome compartimental no s'ha derivat cap dany, sobretot quan el reclamant assumeix que la dita

síndrome és un risc implícit a l'operació a què va ser sotmès i imprevisible, i centra la reclamació en el retard que, segons ell, va sofrir en la detecció de tal complicació.

Distint va ser el supòsit analitzat en el Dictamen 35/2012, sobre la reclamació de responsabilitat sanitària formulada per uns pares per la malaltia que presentà el seu fill menor després de subministrar-li una vacuna prescrita pel Servei de Salut. Els interessats al·legaren que no havien signat cap document de consentiment informat amb la informació sobre els efectes secundaris de la dita vacuna. En aquest cas, el Consell Consultiu desestima les al·legacions anteriors perquè considera que el consentiment per escrit no és exigible, ja que el subministrament de vacunes no és un procediment invasiu, i argumenta jurídicament:

En relació amb el consentiment informat:

Respecte de l'al·legació del reclamant dirigida a negar que els pares haguessin estat informats sobre els possibles efectes secundaris de la vacuna de la triple vírica, entre els quals hi havia la malaltia de l'ADEM, que va desenvolupar, i a negar que signassin cap autorització abans del subministrament de la vacuna, s'ha de respondre que en aquest supòsit no estava protocol·litzada la necessitat de demanar el consentiment informat per escrit, per la qual cosa també aquí l'actuació dels facultatius es va adequar a la *lex artis*, perquè van proporcionar la informació sobre la vacuna i els riscos inherents de manera verbal. D'acord amb el coordinador del Centre de Salut de Can Redó, la informació que es proporcionava abans de la vacunació de triple vírica era verbal i relativa als «efectes secundaris més freqüents». Segons el parer de la Inspecció Mèdica, l'actuació del Centre de Salut en el cas present va ser també correcta, per tal com sosté: «[...] hasta la fecha no está protocolizada la necesidad de obtener el consentimiento informado por escrito para la administración de vacunas al no tratarse de procedimientos invasivos. Se brinda la información a los padres de forma verbal por el personal sanitario [...]».

Efectivament, de conformitat amb l'article 8, apartat 2, de la Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica, per regla general el consentiment informat és verbal, llevat d'una sèrie de supòsits, dels quals fa una relació, referits a procediments invasius i intervencions quirúrgiques que requereixen demanar el consentiment per escrit i entre els quals no figura l'administració de vacunes.

No obstant això, que hi hagi el document de consentiment informat adequadament emplenat i signat dins l'historial clínic del pacient sí que serveix de fonament per desestimar la reclamació de responsabilitat patrimonial que s'examina en el Dictamen 103/2012, interposada pels danys morals derivats del naixement d'un tercer fill, quan la mare reclamant havia patit una intervenció mèdica prèvia per al lligament de trompes, per a la qual signà el consentiment informat previ en què explícitament constava el risc o el possible fracàs de la intervenció i, per tant, la possibilitat remota d'un nou embaràs (un de cada mil o dos mil casos), com així succeí. En aquesta ocasió l'òrgan de consulta deixa clar que, «[...] seguint la doctrina del Tribunal Suprem, no es pot considerar un dany moral el derivat del naixement inesperat d'un fill, perquè no hi ha res més allunyat del dany moral, en el sentit ordinari de les relacions humanes, que les conseqüències derivades de la paternitat o la maternitat [...]», i que la reclamant no va practicar cap prova que demostràs que el lligament de trompes que se li efectuà no es fes adequadament, com sosté ella, ni ha demostrat que la intervenció no s'ajustàs a la *lex artis ad hoc*. Per tots aquests motius, desestima la reclamació interposada.

Hem de subratllar el fet que només en els casos d'urgència vital —degudament

acreditats— el Consell Consultiu considera que no és exigible el consentiment informat del pacient, la qual cosa exigeix el Servei de Salut d'aquesta obligació, en aplicació del que disposa l'article 9.2.b de la Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació clínica. Així, en el Dictamen 108/2012 considera que aquest és un dels dits supòsits, per la qual cosa conclou que no hi va haver mala praxi mèdica i, en síntesi, afirma:

[...] convé recordar que en aquest supòsit, tal com s'ha explicat en els antecedents, la intervenció quirúrgica fou urgent (així consta, per exemple, en les dades contingudes en l'examen preoperatori, que també es realitzà amb caràcter d'urgència, i en sengles informes de la supervisora i del coordinador de la sala d'operacions). Per tant, el Consell Consultiu entén que és aplicable en aquest cas l'article 9.2.b de la Llei 41/2002, de 14 de novembre, que autoritza els facultatius a practicar les intervencions clíniques a favor de la salut del pacient sense disposar del seu consentiment quan hi hagi un risc immediat per a la integritat física del pacient. D'altra banda, i malgrat la decisió d'intervenir amb caràcter d'urgència, de les dades contingudes en l'expedient se'n desprèn que el pacient coneixia el motiu de l'ingrés i el seu estat de salut (tal com consta en el full de valoració d'infermeria) i que fou informat del procés que es va decidir dur a terme (anotació del Servei de Cirurgia General). En definitiva, tots els informes que consten en l'expedient coincideixen a avalar que l'actuació prestada pel servei públic sanitari fou ajustada a la *lex artis ad hoc*, sense que hi hagi indicis de mala praxi mèdica.

#### **4.3. Valoració de la pèrdua de l'oportunitat terapèutica en les reclamacions en matèria sanitària**

Pel que fa a les reclamacions de responsabilitat patrimonial estimades pel Consell Consultiu perquè hi concorren els requisits de l'article 139 de la LRJPAC, cal destacar que l'alt òrgan de consulta, durant l'any 2012, ha estimat en tres reclamacions sanitàries, en total, la pèrdua de l'oportunitat terapèutica (dictàmens núm. 9, 28 i 121). En totes ha entrat a valorar la quantia reclamada en concepte de danys i perjudicis des del punt de vista de l'acreditació de la pèrdua de l'oportunitat terapèutica de curació o millor pronòstic del pacient, tenint en compte les circumstàncies concurrents de cada cas. Analitzem, a continuació, la doctrina recollida en cada un d'aquests dictàmens:

— Respecte del Dictamen 9/2012, la reclamació analitzada aquí es fonamenta en la deficient actuació del Servei d'Urgències de l'hospital públic Mateu Orfila de Maó pel retard de diagnòstic, perquè no practicà al pacient una TAC cranial que hauria pogut determinar un pronòstic avançat de la seva malaltia —hemorràgia per ruptura d'un aneurisma— i la gravetat de les seqüeles que ara pateix. El Consell Consultiu conclou finalment que hi ha hagut pèrdua d'oportunitat terapèutica en el diagnòstic i que l'Administració l'ha d'assumir, atès que ha resultat provat en l'expedient que no dur a terme la prova diagnòstica que recomanà el metge de capçalera ha influït en la forma i la gravetat de les seqüeles que pateix la pacient. No obstant això, i en relació amb la quantia indemnitzatòria, estima parcialment la reclamació i sosté:

Tanmateix i en relació amb la quantia de la indemnització, el Consell Consultiu considera que la tècnica del recurs als criteris d'indemnització prevists en la normativa de circulació introdueix un element objectiu en la valoració d'una indemnització que, *en aquest tipus de supòsits de pèrdua d'oportunitat, sempre té un component subjectiu*, la qual cosa comporta una dificultat. És procedent, en conseqüència, atendre no tant el resultat, els danys reals i efectius invocats, sinó la reparació integral del dany derivat de la pèrdua de

possibilitats de curació de la pacient pel retard del diagnòstic que va sofrir en els termes explicats en la consideració jurídica anterior. Així s'ha manifestat aquest òrgan de consulta en ocasions anteriors, tal com es pot veure en el Dictamen 119/2009, en què va estimar que el dany moral no es referia a la mort de la pacient, en aquest cas, sinó al retard diagnòstic o a la pèrdua d'oportunitat a què s'havia vist sotmesa.

*En el mateix sentit es pronuncia la Sentència del Tribunal Superior de Justícia (Sala Contenciosa Administrativa) de las Palmas, de 27 de setembre de 2011 (recurs d'apel·lació núm. 285/10), en analitzar un cas molt similar a aquest, en què la infracció de la *lex artis* va consistir en la falta de seguiment adequat a la pacient pels serveis públics sanitaris que, en vista de la simptomatologia que presentava, no van efectuar tampoc una TAC cranial, que era la prova idònia per detectar l'accident cerebrovascular, del qual va morir a les poques hores. Doncs bé, el seu fonament jurídic cinquè destaca que s'ha de tenir en compte el caràcter subjectiu del pretium doloris i la necessària ponderació raonable de les circumstàncies del cas.*

En el cas present, de conformitat amb la doctrina anterior i ateses les circumstàncies concurrents (pacient jove de 41 anys, en actiu, amb tres fills i de la qual depenia la unitat familiar), el Consell Consultiu conclou, per majoria dels seus membres, que cal indemnitzar pels danys morals derivats de la pèrdua de l'oportunitat d'un millor pronòstic de la malaltia amb la quantitat —a tant alçat— de 100.000 euros. Aquest dictamen tingué un vot particular formulat pels consellers Rafael Perera, Felio Bauzá, Lourdes Mazorra i Ramón Pita da Veiga. Tots ells discreparen de la quantia indemnitzatòria reconeguda en el dictamen subscrit majoritàriament i defensaren una compensació superior, també d'acord amb les circumstàncies concurrents, que fixaren a tant alçat en 300.000 euros.

— Dictamen núm. 28/2012, relatiu a una reclamació de responsabilitat patrimonial sanitària interposada pels pares d'un menor pel mal funcionament dels serveis públics sanitaris, perquè no van diagnosticar precoçment —mitjançant la simple realització d'una TAC— la greu malaltia que patia el seu fill (hipoacúsia severa) després de gairebé quatre anys d'assistència i de diagnosticar-li incorrectament que patia una otitis. En opinió del Consell Consultiu, en aquest supòsit els professionals sanitaris que atengueren el menor van cometre una clara infracció de la *lex artis ad hoc*, i ocasionaren una pèrdua de l'oportunitat terapèutica de curar o de minimitzar els efectes lesius de la malaltia de base del pacient. En conseqüència, conclou, en sentit similar a l'anterior dictamen, que aquesta pèrdua d'oportunitat ha de ser assumida per l'Administració encara que el desenllaç hauria estat el mateix, atès que hi concorren els requisits de l'article 139 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre. L'òrgan de consulta posa en relació la doctrina de la pèrdua d'oportunitats amb el *quantum* indemnitzatori i aplica al cas la jurisprudència del Tribunal Suprem que posa en relació la doctrina sobre la pèrdua d'oportunitat terapèutica amb la indemnització o reparació derivada de la responsabilitat sanitària, i conclou finalment: «el daño derivado de la pérdida de oportunidad padecido por el menor T.M.T. tiene un carácter antijurídico, por lo que debe ser indemnizado en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad. Por ello, de modo razonable y ponderado en la cuantía total, a tanto alzado, de setenta y cinco mil (75.000) euros. Esta cifra se reputa actualizada en términos del presente año 2012».

El cas examinat en el Dictamen 121/2012 és diferent, el Consell Consultiu estima

parcialment la reclamació, no perquè hi hagi una relació de causalitat entre la mort d'una pacient i l'assistència mèdica prestada —que fou correcta i ajustada a la *lex artis*—, sinó per un mal funcionament del servei públic sanitari, que consisteix en l'omissió de les actuacions exigibles de vigilància (*culpa in vigilando*) de la pacient, que se suïcidà, i considera, per tant, que d'alguna manera hi va haver una pèrdua d'oportunitat d'evitar el suïcidi esmentat, si bé és favorable a la indemnització, finalment, dels danys derivats de la mort de la pacient. En aplicació del barem d'indemnitzacions per a l'any 2012 dels danys i perjudicis derivats dels accidents de circulació reconeix als reclamants un *quantum* indemnitzatori total de 111.458,81 euros.

D'altra banda, en sentit contrari a tots els anteriors, el Consell Consultiu ha declarat la inexistència de pèrdua d'oportunitat en els dictàmens 5/2012, 17/2012, 26/2012 i 64/2012, referents tots a reclamacions derivades d'un hipotètic retard de diagnòstic d'una determinada malaltia. Així, en el Dictamen 5/2012, relatiu a una reclamació de responsabilitat patrimonial pel retard en la detecció d'un càncer de pulmó que derivà —per l'evolució de la malaltia mateixa— en la mort del pacient, conclou que no hi ha relació de causalitat entre els danys al·legats i l'actuació dels professionals sanitaris del servei públic de salut de les Illes Balears, que s'ajustaren a la *lex artis ad hoc*, per la qual cosa els danys invocats no són conseqüència d'un mal funcionament de l'Administració sanitària, «[...] atès que, a pesar del retard en el diagnòstic del càncer de pulmó, procés que se superposa al de la laringe, no ha quedat acreditat que aquest retard fos la causa directa de la mort del pacient, la qual es produí per l'evolució de la malaltia mateixa [càncer de pulmó en estat avançat], ni s'ha demostrat que un avanç de tres mesos en el diagnòstic hauria canviat mínimament la seva evolució. Ben al contrari, els serveis sanitaris foren els qui van fer el seguiment i el tractament de la malaltia del pacient, amb cures pal·liatives, fins al final dels seus dies» Per tot això conclou que no hi ha pèrdua d'oportunitat terapèutica en la curació del pacient i desestima la reclamació.

En el mateix sentit anterior conclou l'òrgan de consulta en el Dictamen 17/2012, sobre una reclamació pel retard en el diagnòstic d'un limfoma que també deriva en la mort del pacient. Els reclamants al·leguen que, quan el Servei de Medicina Interna de l'hospital públic diagnosticà la malaltia, aquesta ja estava molt avançada, i això determinà la pèrdua d'oportunitat terapèutica o de millor pronòstic. Per contra, el Consell Consultiu sosté novament que els danys al·legats no es poden relacionar amb l'actuació mèdica o hospitalària, que va posar a disposició del pacient tots els mitjans possibles d'acord amb l'estat de la tècnica i la ciència, i que s'ajustà en tot moment —mitjançant la realització de proves complementàries i el seguiment corresponent— a la simptomatologia que presentava el pacient. La conclusió és que els danys invocats derivaren directament del procés patològic sofert («el limfoma transformat»), per la qual cosa no són antijurídics i els reclamants (causahavents del pacient) tenen el deure jurídic de suportar-los.

A una conclusió anàloga arriba l'òrgan de consulta en la reclamació examinada en el Dictamen 26/2012, sobre un retard en el diagnòstic d'un càncer de mama: «No hi hagué retard en el diagnòstic de la malaltia de la reclamant. No hi ha relació de causalitat entre l'actuació del personal sanitari de l'Administració en el marc del Programa de Detecció Precoç del Càncer de Mama (PDPCM) i els danys al·legats». A més, assenyala que de les proves documentals i els informes que figuren en

l'expedient se'n desprèn que la Conselleria de Salut i Consum s'ajustà en tot moment al protocol establert, tant en el marc del «Programa de Detecció Precoç de Càncer de Mama» com, posteriorment, una vegada diagnosticada la malaltia, en el seguiment i el tractament dispensat a la reclamant. Per tot això, conclou que tampoc aquí no hi ha pèrdua d'oportunitat terapèutica i fa esment de la jurisprudència següent per fonamentar les seves conclusions:

No es presenten, per tant, segons l'opinió d'aquest òrgan de consulta, els requisits necessaris per apreciar una pèrdua d'oportunitat terapèutica en els termes que preveu la jurisprudència abundant del Tribunal Suprem, com es pot veure en la Sentència de 7 de juliol de 2008 (recurs de cassació núm. 4476/2004), en què la defineix com:

«[...] la privación de expectativas [...] y constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia, aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una falta de servicio.»

Com afirma la Sentència de 21 de febrer de 2008 (RC núm. 5271/2003):

«En el caso de autos no se ha dejado de practicar actuación médica alguna ni se ha omitido tampoco ningún tratamiento posible, en eso consiste la pérdida de oportunidad.»

I finalment, en un sentit similar, sobre la inexistència de pèrdua d'oportunitat terapèutica, hem de citar, pel seu interès, la recent Sentència de 29 de juny de 2011 (Sala Contenciosa Administrativa, Secció 4a) (RJ/2011/6035) en què assenyala:

«[...] La intervención se llevó a cabo por quien estaba indicado para hacerla, puesto que conocía la técnica necesaria para ello. Se ajustó a la *lex artis* y así resulta del informe pericial prestado en la instancia, y no hubo pérdida de oportunidad, puesto que se ofrecieron alternativas terapéuticas y se aceptó la intervención una vez convenientemente informada la paciente de las características de la misma y las posibles complicaciones.»

Finalment, en el mateix sentit dels dictàmens anteriors, es pronuncia l'òrgan de consulta en el Dictamen 64/2012, que tingué com a ponent el conseller finat Enric Vicent, relatiu a una reclamació per retard en el diagnòstic d'un càncer de pulmó. Aquí el Consell Consultiu reitera novament la seva doctrina sobre la càrrega de la prova, que recau sobre el reclamant, i sosté, una vegada examinat exhaustivament l'expedient, que resulten acreditats els aspectes següents: «[...] no va ser possible establir un diagnòstic precoç del càncer de pulmó que tenia el pacient, a causa de l'absència de simptomatologia específica, malgrat les proves radiològiques efectuades, en què no van aparèixer signes o evidència del tumor; i que en el supòsit que s'hagués detectat a començaments de l'any 2009, la resecció quirúrgica hauria estat impossible o inútil, per això l'assistència que va rebre el pacient s'ha de qualificar com a correcta i ajustada a la *lex artis*, sense que s'hagi produït pèrdua d'oportunitat, ja que no va ser possible cap altre diagnòstic que conduís a una alternativa terapèutica diferent que hagués canviat el resultat fatal. En conseqüència, és procedent desestimar la reclamació [...]».

### III. REVISIÓ D'OFICI

En aquesta matèria, en l'exercici passat, el Consell Consultiu ha hagut d'abordar diversos tipus d'assumptes: en primer lloc, un cas peculiar de revisió d'ofici, el de reglaments d'organització i funcionament de les meses generals i sectorials de negociació dels funcionaris, dels empleats públics i de la Policia Local de l'Ajuntament de Lluçmajor; en segon lloc, dos dictàmens relatius a sengles procediments de revisió d'ofici que afecten un conveni que pretenia una transacció extrajudicial i un conveni de subvenció; en tercer lloc, un altre dictamen sobre la revisió d'ofici d'un acte de contractació d'un arquitecte d'un Ajuntament; en quart lloc, un bloc de tres dictàmens, tots referits a procediments de revisió d'ofici en relació amb procediments contractuals del Servei de Salut de les Illes Balears, a fi de fer viable el pagament dels deutes als proveïdors.

El Dictamen 34/2012 (ponent, senyor Vicent) aclareix la naturalesa jurídica peculiar dels reglaments d'organització i funcionament de meses generals i sectorials de negociació amb personal empleat. Per a una adequada solució, cal posar en connexió aquests reglaments d'organització i funcionament amb l'article 22 de la Llei 30/1992, de la manera que segueix:

Segons el parer d'aquest Consell Consultiu, els reglaments de referència, que no tenen més objecte que l'organització i el funcionament intern de les respectives meses de negociació col·lectiva, adoptats per si i per a si mateixes, es dirigeixen a establir, bàsicament, els requisits i la manera d'actuar en el procediment de negociació, i són fruit de la facultat d'autoregulació, prevista en l'esmentat article 22.2 de la Llei 30/1992, de les dites meses generals i sectorials de negociació, que són òrgans col·legiats en què juntament amb l'Administració participen els sindicats, és a dir, «organitzacions representatives d'interessos socials». Aquesta facultat d'autoregulació només necessita la constitució vàlida de l'òrgan col·legiat i la formació de la seva voluntat (quòrums i legitimitació dels components), i exclou, en principi, la necessitat de l'aprovació o la ratificació de qualsevol altre òrgan jeràrquicament superior. No es tracta, doncs, d'ordenances o reglaments municipals que necessitarien del seu específic procediment d'elaboració i aprovació pel Ple municipal, ni tampoc de cap tipus de «pacte o acord» dels que regula l'EBEP, perquè el seu contingut, merament regulatori del funcionament de l'òrgan col·legiat, és totalment diferent de les «condicions laborals», que és la matèria pròpia d'aquests pactes i acords.

D'altra banda, el dit dictamen estableix la necessitat de documentar qualsevol actuacions d'òrgans col·legiats en les corresponents actes de les sessions, tot i que s'admet poder suplir aquesta mancança mitjançant altres elements de prova: els documents firmats, l'acceptació implícita de totes les parts dels reglaments interns. Finalment, pel que fa a la causa de nul·litat només s'accepta la següent:

Hi ha una clara contradicció entre la previsió de l'article 4 del Reglament referit («les seves decisions seran vinculants») i les disposicions de l'article 38 de l'EBEP, que exigeixen l'aprovació expressa i formal de l'òrgan de govern, aquí el Ple de l'Ajuntament de Lluçmajor, dels acords assolits en la mesa de negociació; de manera que l'òrgan negociador no pot imposar-se sobre l'òrgan de govern municipal mitjançant la pretesa vinculació dels acords negociats, sinó que aquests estan subordinats a l'aprovació de l'Administració per arribar a ser eficaços. Hem d'insistir que l'òrgan de negociació té limitades les seves funcions a la participació en el procés negociador, la qual es concreta en tot cas en propostes que, per això, no poden assolir el caràcter d'actes resolutoris en cap de les matèries negociables, els quals es reserven als òrgans municipals competents per a això. En establir la vinculació dels acords de la mesa de negociació, oblidant que no pot obligar el Ple municipal, que té la competència, en tot cas, d'acceptar-los o

rebutjar-los, el reglament esmentat vulnera allò que disposa l'EBEP (Llei 7/2007, de 12 d'abril), és a dir, incorre en una tassa d'il·legalitat que dona lloc a la seva nul·litat parcial, només quant al paràgraf segon de l'article 4, en què es presenta la causa de nul·litat prevista en l'article 62.2 de la Llei 30/1992; això sens perjudici de la vigència i plena validesa i eficàcia jurídica de la resta dels reglaments sotmesos a la nostra consulta.

Cal posar en relleu l'extensió de la revisió d'ofici de disposicions (apartat 2 de l'article 62 de la LRJPAC), que resulta més àmplia que la d'actes administratius (apartat 1), que queda restringida a les causes específiques de nul·litat de ple dret.

En el pla de les formalitats del procediment de revisió d'ofici, el Consell Consultiu recorda diversos aspectes que són consubstancials amb aquest procediment administratiu:

a) Cal la tramitació prèvia de tot un procediment administratiu que exigeix resolució d'inici, informe jurídic, audiència de l'interessat i proposta de resolució que reperi en els elements següents: quin és l'acte revisable (acte favorable ferm) i quina és la causa de nul·litat que cal aplicar-hi (dictàmens 93, 109, 110 i 123 de 2012).

b) La revisió d'ofici té límits que ofereix l'article 106 de la LRJPAC («les facultats de revisió no poden ser exercides quan, per prescripció d'accions, pel temps transcorregut o per altres circumstàncies, l'exercici d'aquestes sigui contrari a l'equitat, a la bona fe, al dret dels particulars o a les lleis») i aquests han de ser tinguts en compte en el procediment i valorats, sobretot si els ha al·legat la part interessada.

c) L'article 102.4 de la LRJPAC comporta la necessària valoració de «les indemnitzacions que sigui procedent reconèixer a les persones interessades» si l'Administració activa disposa dels elements de valoració del dany efectiu. Aquesta posició és mantinguda en els dictàmens 93/2012 i 123/2012.

d) Finalment, i no menys important, hi ha l'observança obligada del termini de resolució, atès el perill d'incórrer en caducitat amb els perniciosos efectes que comporta, d'acord amb l'article 102.5 de la LRJPAC (tres mesos a partir de l'inici del procediment). La possibilitat de suspensió i el còmput d'aquesta ha estat objecte d'especial estudi en el Dictamen 86/2012 (ponent, senyor Argüelles), que estableix:

Aplicant al nostre cas la doctrina del Tribunal Suprem, el procediment va caducar el dia 30 de juny de 2012, perquè la petició de dictamen al Consell Consultiu que efectuà el batle (òrgan legitimat, d'acord amb el que disposa l'article 18.12.b, en relació amb l'article 21.c, de la Llei balear 5/2010, de 16 de juny, reguladora del Consell Consultiu de les Illes Balears) va tenir lloc el 2 de juliol, sense que els efectes de la suspensió del termini puguin iniciar-se anteriorment. No es pot atribuir el caràcter de petició de dictamen a l'acord de la Junta de Govern Local adoptat el 14 de juny de 2012 i notificat el dia 22 perquè es limitava a acordar la continuació del procediment, i indicava el tràmit següent (petició del dictamen), amb suspensió del termini per resoldre.

A més, aquest Consell Consultiu entén que la suspensió del transcurs del termini màxim legal per resoldre s'ha de produir no en la data en què s'efectua la petició del dictamen, sinó quan aquesta petició té entrada en el registre de l'òrgan consultiu. Aquest sembla que és el criteri que segueix el Consell d'Estat [...].

D'acord amb això, el Consell Consultiu entén que aquest procediment va caducar el dia 30 de juny de 2012, i la petició de dictamen s'efectuà el dia 2 de juliol, amb entrada a la nostra seu el dia 5 següent, transcorregut el termini legal de tres mesos per resoldre.



En conseqüència, és procedent declarar la caducitat del procediment de revisió d'ofici i, per tant, l'arxivament de les actuacions que integren l'expedient, sens perjudici que l'Ajuntament de Bunyola pugui iniciar un nou procediment amb la mateixa finalitat pretesa en aquest procediment, conservant aquells actes i tràmits el contingut dels quals no es vegi afectat per la declaració de caducitat, de conformitat amb el que disposen els articles 102.1, 44.2 i 92.3 de la Llei 30/1992.

El Consell Consultiu, amb citació de doctrina del Consell d'Estat (dictàmens de 14 de maig de 2003, 27 d'abril de 2006 i de 25 juny de 2008) i de la Sentència del Tribunal Suprem de 18 de març de 2008, resol la qüestió de l'operativitat de la suspensió prevista en l'article 42.5.c de la LRJPAC i els seus terminis, qüestió que havíem abordat també, amb antecedents fàctics diferents, en el Dictamen 76/2012. En suma, segons el Consell Consultiu la data d'entrada en el Registre de la consulta formulada —correctament, s'entén— marca l'inici de la suspensió del curs procedimental i això té incidència tant si ja s'ha ultrapassat el termini dels tres mesos de l'article 102.5 LRJPAC com en l'aplicació correcta del termini màxim de suspensió, que tampoc no pot sobrepassar els tres mesos, amb la conseqüència —de vegades fatal— que es reprèn el curs del procediment perquè s'aixeca la suspensió esmentada. Encara romanen aspectes discutibles en relació amb la caducitat i la suspensió ideada per la legislació per limitar els efectes perniciosos que pot produir, i és que la casuística pot resultar molt variada. Cal entendre també que qualsevol deficiència que impedeixi la tramitació de la consulta afecta també aquest termini i la suspensió que s'acordi (suspensió que, cal recordar-ho, s'ha de notificar a la part interessada).

En el Dictamen 76/2012 (ponent, senyora Mazorra), i en l'aclariment que se'n va emetre, es posa en relleu l'òrgan que pot resoldre la revisió d'ofici ocasionada amb motiu de la nul·litat proclamada de l'acte tàcit previ a la subscripció d'un conveni entre el Servei de Salut i un col·legi oficial, després de la Llei balear 7/2010, de 21 de juliol, del sector públic instrumental de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, que dona nova redacció a l'article 54 de la Llei 3/2003. La conclusió del Consell Consultiu és doble: l'òrgan que pot transigir en una persona jurídica pública sempre és l'òrgan superior de govern i en justa correspondència l'òrgan que pot revisar d'ofici és el conseller del Govern de les Illes Balears competent per raó de la matèria. Quant a la causa de nul·litat, el Consell Consultiu l'estima sense dubtar perquè:

[...] en subscriure el conveni esmentat —el 19 de maig de 2011— i en dictar, doncs, l'acte tàcit d'aprovació del dit conveni s'incomplí de manera radical el procediment establert. I això és així perquè no consta la necessitat i idoneïtat del contracte (que hauria de figurar en l'expedient d'aprovació del conveni), no consta l'informe del servei jurídic competent que hauria d'emetre informe sobre la proposta d'autorització del Consell de Govern ni, com és sabut, tampoc no es formulà la consulta davant d'aquest Consell Consultiu, ni es demanà tampoc l'autorització del Consell de Govern.

El dictamen dona per nul de ple dret aquest conveni subscrit pel director general del Servei de Salut (i que suposa una transacció judicial amb un important contingut econòmic) perquè no s'han seguit les mínimes formalitats exigibles a la transacció judicial.

La revisió d'ofici també és viable en els convenis instrumentals de subvenció com és el cas de què s'ocupa el Dictamen 123/2012 (ponent, senyor Oliver), que analitza

uns convenis subscrits per la presidenta del Servei d'Ocupació de les Illes Balears — i consellera de Turisme i Treball— amb la CAEB. El Consell Consultiu examina en aquest cas les exigències mínimes de la subvenció directa:

[...] la nul·litat que es pretén afecta directament l'acte tàcit de la presidenta de l'ens públic d'atorgament de tres subvencions directes a la CAEB a través de la formalització dels convenis. Així resulta per aplicació al present cas de la normativa específica que regula el procediment per atorgar subvencions directes —com és el cas— i, més concretament, de conformitat amb l'article 21.3 del TRLS aprovat pel Decret legislatiu 2/2005, de 28 de desembre, que estableix «en els supòsits exempts de publicitat i de concurrència que preveuen les lletres *c* i *d* de l'apartat 1 de l'article 7 d'aquesta Llei, la resolució ha d'expressar les condicions de la concessió, sense perjudici de la formalització dels convenis a què es refereix l'apartat anterior [convenis instrumentals]». Atès que en aquest cas els convenis es van formalitzar sense tramitar cap tipus de procediment per atorgar les subvencions directes a l'entitat privada, no hi va haver cap resolució expressa de concessió de les subvencions, per això l'objecte de revisió és l'acte tàcit —que no presumpte, com ja vam explicar en el Dictamen 76/2012— de la presidenta del SOIB de concessió dels ajuts i d'aprovació d'aquesta despesa a càrrec de l'ens públic, mitjançant la formalització dels tres convenis instrumentals. Aquest acte té, a més a més, caràcter favorable —reconeix el dret de la CAEB a ser beneficiària dels ajuts—, exhaureix la via administrativa —l'òrgan del qual procedeix és la consellera i presidenta de l'ens públic— i és ferm; per la qual cosa, podem concloure que l'actuació administrativa compleix també els requisits regulats en l'article 102 de la LRJPAC per poder ser revisada.

I, més endavant, es pronuncia sobre les causes de nul·litat en aquest cas específic de subvencions directes irregulars:

[...] no hi ha dubte que les causes de nul·litat de l'acte tàcit de la presidenta del SOIB —la invalidesa del qual determinarà també la invalidesa dels convenis— que resulten aplicables són:

— La de l'apartat *e* de l'article 62.1 de la LRJPAC, per la concessió de les tres subvencions directes a la CAEB prescindint de manera total i absoluta del procediment legalment establert en els articles 12.1.*d*, 16, 21.2 i 21.3 del Decret legislatiu 2/2005, de 28 de desembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de subvencions, a saber: instrucció del procediment, informes pertinents, proposta de resolució, resolució d'aprovació de la subvenció i de la despesa de cada conveni.

— La de l'apartat *f* del mateix precepte legal, com que es tracta d'un acte tàcit contrari a l'ordenament jurídic, pel qual s'han adquirit facultats o drets quan no consta acreditat en l'expedient que la CAEB complís els requisits essencials per adquirir-los: *a*) que sigui l'única entitat privada que gestiona aquestes beques, *b*) que estigui al corrent de la Seguretat Social, i *c*) que no hi concorrin altres subvencions per al finançament dels mateixos projectes de formació.

— Finalment, cal afegir, en relació amb l'article 62.1.*e* de la LRJPAC, que hi faltava també acomplir el tràmit essencial previst en l'article 15.4 del TRLS en relació amb l'article 24.3 del TRLF, relatiu a la «consignació prèvia del crèdit pressupostari» necessari per poder abonar els ajuts compromesos als convenis signats.

El 2012, el Consell Consultiu ha examinat tres assumptes (que mostren una tendència incipient de l'Administració activa) relatius a contractacions irregulars del Servei de Salut de les Illes Balears, en els quals aquest ens proposa el pagament com a conseqüència de la declaració de nul·litat de ple dret. En les tres consultes el nucli essencial rau en dos elements entrelaçats: establir la viabilitat del procediment tramitat (tenint en compte l'excepcionalitat i els límits de la revisió d'ofici) i valorar la

nul·litat de la contractació irregular. En el primer dictamen en què el Consell Consultiu encara la qüestió (Dictamen 93/2012; ponent, senyor Pita da Veiga) s'hi estableix:

[...] a parer d'aquest òrgan de consulta, no podem oblidar que en realitat ens trobam davant de la tramitació d'un procediment que té indubtablement un vessant pressupostari, atès que es tracta d'un instrument de despesa, i la finalitat del qual no és altra que evitar l'enriquiment injust de l'Administració, tal com ha sostingut la jurisprudència del Tribunal Suprem reiteradament (Sentència de 18 de juliol de 2003, entre d'altres); per això l'Administració autònoma ha considerat la via de la revisió d'ofici com el procediment més adequat per abonar les despeses derivades d'una contractació irregular, a causa de la seva inclusió en l'àmbit contractual.

I en el Dictamen 109/2012 (ponent, senyora Fernández):

[...] la Instrucció —que no vincula aquest òrgan de consulta— obliga els ens gestors de l'Administració a tramitar aquest procediment per evitar l'enriquiment injust de l'Administració quan l'ordenament jurídic preveu la revisió d'ofici com un mitjà excepcional, que s'ha d'interpretar, per tant, restrictivament, ja que afecta actes nuls de ple dret, d'acord amb la jurisprudència del Tribunal Suprem recollida en les sentències d'1 d'abril de 2002 i de 26 de setembre de 2005 («No se trata, por tanto, de una inadecuada aplicación de la cosa juzgada, sino de los límites en que se debe ejercitar la “revisión de oficio”, que es un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo y, como tal, subsidiario de los otros instrumentos ordinarios, de tal forma que si éstos ya se han utilizado sin éxito, bien porque se han rechazado en la forma como en el fondo, lo que no puede es reabrirse la cuestión tantas veces como quieran los interesados»).

En conseqüència, el Consell Consultiu considera que l'Administració no pot continuar amb l'ús generalitzat del procediment de revisió d'ofici —com sembla deduir-se d'algunes consultes ja formulades a aquest òrgan assessor en relació amb expedients de despesa encunyats genèricament sota la denominació ordinària SSCC RD (reconeixement de deute) més la numeració consegüent: 107/2012, 82/12 bis, 91/2012, etc.— per evitar l'enriquiment injust de l'Administració. És a dir, l'òrgan consultant ha convertit en ordinari i ha normalitzat un supòsit que hauria de ser excepcional, de manera que el Consell Consultiu no pot admetre que es revisin actes nuls de ple dret amb caràcter general. La utilització de la revisió d'ofici per donar cobertura formal a la contractació nul·la constitueix una via clarament inidònia, atès que s'utilitza un procediment extraordinari i restrictiu per a una qüestió de legalitat ordinària que pot trobar solució amb el mer reconeixement de deute, a través del procediment de l'enriquiment injust.

En resum, el Consell Consultiu no comparteix de manera íntegra la Instrucció 2/2012, de 12 de març, de la interventora general i de la directora de l'Advocacia sobre la tramitació que s'ha de seguir per als supòsits de reconeixement extrajudicial de crèdits derivats de la contractació irregular. Altrament, l'òrgan consultiu balear recorda:

— Les instruccions són d'abast limitat i no poden fer-se extensives al criteri del Consell Consultiu o d'altres òrgans similars.

— El procediment de revisió d'ofici (regulat *ex lege*) no es pot generalitzar, perquè és un procediment extraordinari i restringit als casos de nul·litat de ple dret.

En els dictàmens de 2012 sobre contractació irregular —tipus de casos en què l'Administració utilitza sovint el remei de la revisió d'ofici, a causa de la Instrucció

esmentada— hem advertit sobre la utilització indiscriminada del procediment de revisió. També hem establert que la principal qüestió que cal esmenar en la contractació irregular, el pagament dels serveis prestats, es pot abordar a partir del procediment del reconeixement extrajudicial de deute i del de responsabilitat patrimonial de l'Administració. Així, amb citació novament de jurisprudència i d'un pronunciament del Consell d'Estat, en el Dictamen 93/2012 deim:

[...] altres alternatives legals que es podrien haver estudiat amb més deteniment, com la via de la responsabilitat patrimonial de l'Administració pública (*vid.* el Dictamen del Consell d'Estat núm. 3617/2000, que es pronuncia en sentit favorable a la concessió d'una indemnització tramitada en un procediment de responsabilitat patrimonial perquè considera que no hi ha hagut procediment contractual previ, sinó una simple contractació verbal no emparada pel caràcter d'emergència, en què l'Administració estava obligada a indemnitzar els treballs efectuats per un tercer, per evitar l'enriquiment injust) o la via del procediment de reconeixement extrajudicial de deute en aplicació de la doctrina jurisprudencial sobre l'«enriquiment injust», que obliga l'Administració a abonar els serveis prestats pel contractista fora del contracte quan l'actuació irregular, expressa o tàcita, és imputable a aquella, a fi d'evitar l'enriquiment injust sense causa (*vid.* sentències del Tribunal Suprem de 28 de gener de 1956, 20 de desembre de 1983, 24 de gener de 1984, 20 d'octubre de 1987, 26 de febrer de 1999, 28 de gener de 2000, 18 de juliol de 2003, 20 de juliol de 2005 i 21 de setembre de 2010, entre d'altres).

— Un ús irregular d'aquest procediment justificaria l'exclusió de la revisió d'ofici, és a dir, un dictamen desfavorable que inhabilitaria l'Administració activa per resoldre estimatòriament.

D'altra banda, en els dictàmens 93/2012, 109/2012, 110/2012 i 123/2012, com ja es va explicar en el Dictamen 76/2012, s'ha establert que l'òrgan competent per resoldre el procediment de revisió d'ofici en el Servei de Salut és el Consell de Direcció, òrgan col·legiat superior, d'acord amb la reforma operada per la Llei 7/2010, de 21 de juliol, que deroga l'apartat 3 de l'article 54 de la Llei 3/2003, de 26 de març, i que estableix en l'article 33 una nova distribució de facultats revisores en les entitats públiques.

Mereixen atenció les mencions de determinats pronunciaments sobre la virtualitat de l'article 102.4 de la LRJPAC que no pot obviar l'Administració activa, si més no, pels principis de congruència amb les peticions dels interessats i el d'economia processal. Així, en el Dictamen 110/2012 (ponent, senyor Pita da Veiga) s'afirma:

[...] en aplicació d'allò que disposa l'article 102.4 de la LRJPAC, la resolució que dicti i per la qual declari la nul·litat de l'actuació administrativa haurà d'establir la indemnització que sigui procedent reconèixer a favor de l'entitat interessada [...], per l'import dels serveis prestats, quan es donin les circumstàncies previstes en els articles 139.2 i 141.1 d'aquesta Llei (dany antijurídic, avaluable econòmicament i indemnitzable), i que ascendirà a la suma total de les factures aportades en aquest expedient [...].

I en el Dictamen 123/2012 (ponent, senyor Oliver):

Quant als justificants dels pagaments, si bé dins el procediment de revisió d'ofici —pel volum que té— no hi figuren, la instructora ha deixat constància que es van presentar i també de la voluntat de liquidar-los mitjançant un procediment de responsabilitat patrimonial que tramitarà d'ofici.

Tanmateix, d'acord amb el principi d'economia processal i atès el que s'ha exposat, és opinió d'aquest òrgan de consulta, per aplicació de l'article 102.4 esmentat, que correspon al SOIB la liquidació i l'abonament de la indemnització corresponent en aquest procediment de revisió de totes aquelles despeses efectuades per la CAEB, sempre que tinguin relació amb l'objecte dels convenis instrumentals, estiguin degudament justificades dins l'expedient de conformitat amb les clàusules d'aquests acords i, finalment, siguin de data posterior a la data de la signatura dels tres convenis (24 de febrer de 2011).

#### IV. RECURS EXTRAORDINARI DE REVISIÓ

El Consell Consultiu s'ha pronunciat només en un cas, instat per la Conselleria d'Educació, Cultura i Universitats (jubilació de personal docent), i ha arribat a una conclusió desfavorable al recurs extraordinari de revisió, a causa de la inidoneïtat d'uns documents aportats per fonamentar-lo; recorda que no es tracta del tipus de documents o d'error previst en l'article 118 de la LRJPAC. Després de citar extensament la Sentència del Tribunal Suprem de 31 d'octubre de 2006, el Dictamen 37/2012 (ponent, senyor Argüelles) estableix:

Aquest Consell Consultiu, seguint la jurisprudència del Tribunal Suprem, considera que l'existència dels dictàmens sobre la situació psiquiàtrica del senyor X realitzats en un moment posterior a aquell en què es va dictar la resolució recorreguda no evidencien el seu caràcter erroni, ja que aquesta es va dictar sobre la base de dos informes coincidents de l'Equip de Valoració d'Incapacitats de l'INSS. Els nous dictàmens haurien pogut ser utilitzats per tractar de revisar la resolució en via de recurs ordinari o jurisdiccional, però no són els documents a què es refereix l'article 118 de la LRJPAC que permetin fonamentar un recurs extraordinari de revisió. Una qüestió diferent és que es consideri que la malaltia del senyor X hagi evolucionat de tal manera que en aquest moment sí que es presenti la causa per jubilar-lo per incapacitat permanent absoluta per a qualsevol feina, professió o ofici d'acord amb els informes psiquiàtrics i la nova avaluació de l'EVI realitzats posteriorment a la resolució recorreguda.

Per això, aquest Consell Consultiu entén que s'ha de desestimar el recurs de revisió interposat, sens perjudici que el recurs del senyor X pugui considerar-se una nova sol·licitud d'un procés d'avaluació de la seva incapacitat que conclogui amb una resolució de jubilació per incapacitat en vista dels documents que figuren en l'expedient.

#### V. CONTRACTACIÓ

La matèria de contractació pública ha augmentat la seva incidència en la doctrina del Consell Consultiu. D'una banda, s'ha d'indicar que s'han formulat deu consultes relatives als tres supòsits habituals de dictamen previ i preceptiu per casos d'interpretació, modificació i resolució contractual; de l'altra, cal analitzar en aquest apartat el dictamen relatiu a la consulta facultativa del Consell Insular d'Eivissa en relació amb l'exigència de dictamen en cas de modificació contractual en vista de la Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible (Dictamen 67/2012; ponent, senyora Ballester), i el referit a les diferències entre la responsabilitat patrimonial contractual i l'extracontractual (Dictamen 68/2012; ponent, senyor Oliver), que també pot ser analitzat des de la perspectiva de la responsabilitat patrimonial. Finalment, cal posar en relleu la revisió d'ofici en la contractació irregular (casos que, per l'especificitat del procediment, són analitzats en l'apartat de revisió d'ofici).

La doctrina emanada del Consell Consultiu en matèria de contractació es pot sintetitzar en els punts següents.

S'han de distingir els supòsits d'interpretació o resolució dels de modificació contractual. En els dos primers casos s'hi exigeix l'oposició del contractista per sol·licitar el dictamen del Consell Consultiu, tot i que, a vegades, s'ha dictaminat en un sentit favorable encara que el contractista no hagi presentat una oposició formal a la pretensió de l'Administració. Així ha estat, per exemple, en el Dictamen 112/2012 (ponent, senyor Argüelles):

[...] malgrat que no hi hagi una voluntat expressa pel que es refereix al contractista oposada a la resolució del contracte, en cap moment al llarg de l'expedient no ha manifestat la seva conformitat amb la resolució, més aviat al contrari, ha sol·licitat un període de carència per al compliment de les seves obligacions, per la qual cosa entenem que hi ha oposició i, en conseqüència, el dictamen d'aquest òrgan és preceptiu.

En cas de modificació contractual, en canvi, el parer del contractista no té influència en el requeriment del dictamen del Consell Consultiu, perquè s'accentua el caràcter de control de legalitat i de vigilància sobre l'interès públic del contracte. La Llei 2/2011 esmentada estableix uns requisits més estrictes que condicionaran les modificacions contractuals.

El règim jurídic que regula els contractes públics, quant a efectes, compliment i extinció, durada i règim de pròrrogues, rau en la legislació vigent en el moment de l'adjudicació, data clau en tots els contractes públics —per exemple, dictàmens 83/2012 (ponent, senyor Aguiló) i 91/2012 (ponent, senyor Oliver).

El procediment que s'ha de seguir comporta tenir en compte encara el Reglament general aprovat amb la legislació anterior, mitjançant el Reial decret 1098/2001, de 12 de octubre: l'article 97, pel que fa al procediment d'interpretació, i l'article 109, respecte del procediment de resolució. En ambdós casos destaquen els tràmits següents, que s'han de dur a terme en un procediment contradictori: l'inici de l'expedient o proposta o petició del contractista, l'informe del servei jurídic o de l'assessoria jurídica, l'audiència del contractista i la proposta de resolució. Finalment, el dictamen procedent de l'òrgan consultiu també es constitueix en un tràmit essencial, en definitiva, preceptiu però no vinculant. El Reglament de 2001, encara aplicable, fa esment de l'informe de la Intervenció en els casos de “resolució de discrepàncies” o interpretació contractual i no l'exigeix en el procediment de resolució contractual, cosa que no passa desapercebuda si es rellegeixen els diferents dictàmens emesos.

El Consell Consultiu —assumint la posició sostinguda pel Tribunal Suprem— ha mantingut que en el procediment de resolució contractual hi és aplicable la caducitat d'acord amb els articles 42 i 44 de la LRJPAC. En el Dictamen 48/2012 (ponent, senyor Aguiló) ja s'estableix amb claredat com opera la suspensió del procediment d'acord amb l'article 42.5.c de la LRJPAC, de manera que la suspensió:

[...] no és una interrupció que suposi reiniciar el termini sinó que impedeix la caducitat i permet a l'Administració activa continuar la tramitació en el temps que li resti; és a dir, haurà de resoldre i notificar en el temps que li queda disponible des del moment de la

recepció del dictamen present (descomptat el que havia consumit des de l'inici del procediment fins a la suspensió).

D'igual manera es pronuncia el Consell Consultiu en el Dictamen 91/2012, i en el Dictamen 112/2012, amb una crida d'atenció al termini que resta a un Ajuntament, posa en relleu la virtualitat de l'institut de la caducitat.

Les causes de resolució han estat objecte d'anàlisi en els dictàmens 18, 48, 91 i 112 de 2012. Així i tot es pot fer referència, per la seva singularitat, al cas del Dictamen 48/2012 (ponent, senyor Aguiló), que estableix, amb rotunditat, què ocorre davant la concurrència de causes i l'aplicació del desistiment de l'Administració en determinades resolucions contractuals:

[...] és procedent la resolució contractual però no pot admetre la causa que vol aplicar l'Administració, la declaració de concurs de l'empresa contractista. I això perquè una aplicació correcta dels preceptes que regulen aquest supòsit, en particular l'article 207.5 de la LCSP, fa concloure que la causa de resolució és la voluntat de l'Administració o el desistiment, tal com preveu l'article 284 de la LCSP.

[...]

En primer lloc, l'empresa contractista —per bé que en concurs— no està en fase de liquidació, segons el que s'ha acreditat en l'expedient. Per tant, la causa de resolució del concurs no opera automàticament. Cal recordar aquí i ara que el precepte disposa: «l'Administració potestativament ha de continuar el contracte si el contractista presta les garanties suficients segons el parer d'aquella».

[...] hem d'examinar les actuacions anteriors, o concurrents, de l'Administració en el moment d'aplicar la causa de resolució. L'actuació decisiva concomitant a apreciar la causa de resolució és que l'òrgan de contractació disposa continuar la prestació del servei de vigilància i seguretat fins al 31 de desembre de 2011, data en què cessa per suspensió de l'execució del contracte.

[...]

En el cas present no s'han demanat garanties afegides al contractista, s'ha admès sense dificultats que continuàs prestant els serveis de vigilància i seguretat a les oficines avui suprimides i s'admet sense dubtes que cal retornar la garantia definitiva dipositada.

D'acord amb la doctrina del Consell d'Estat, quan hi ha possibilitat de valorar dues causes de resolució contractual preval la primera a aparèixer.

[...]

Aquí no podem entendre que la causa que primer s'ha consolidat sigui la de la declaració de concurs (que, a més, necessita la fase de liquidació per operar automàticament), sinó que s'ha consolidat, per actes propis de l'Administració activa, la causa del desistiment, que es deu únicament a l'interès lògic de l'Administració de suprimir un servei que es prestava en funció d'un local del qual a l'inici de 2012 la Conselleria deixava de disposar.

Aclarida la causa de resolució que pot aplicar correctament l'Administració, la conseqüència jurídica natural és l'aplicació de la corresponent indemnització del 10 % dels treballs pendents.

Els efectes que comporta la resolució contractual quan hi ha incompliment culpable estan ben definits en els dictàmens 18/2012 (ponent, senyora Ballester), 91/2012 i 112/2012. En aquests dictàmens, amb les peculiaritats pròpies, s'expressa el parer del Consell Consultiu en relació amb els tres conceptes fonamentals posteriors a la resolució contractual: la liquidació del contracte, la indemnització per danys i perjudicis a l'Administració i l'afectació de la garantia o l'aval prestats a l'inici del contracte. En efecte, el primer d'aquests pronunciaments recorda:

[...] en cas d'incompliment culpós del contractista, aquest haurà d'indemnitzar pels danys i perjudicis, els quals, si n'hi ha, es faran efectius, en primer terme, sobre la garantia.

La confiscació de la garantia no es preveu, doncs, com un efecte inherent i automàtic a la resolució per incompliment culpable del contractista, sinó que queda vinculada als danys i perjudicis que la situació d'incompliment ha causat a l'Administració i, per tant, cal, abans, determinar-los i quantificar-los. Per això, l'òrgan de contractació, després del tràmit contradictori previ amb l'adjudicatària, ha de fixar la indemnització exigible, a través d'una resolució motivada, que pot tenir lloc en el mateix procediment de resolució contractual o en un procediment separat, per bé que no s'exclou el primer sempre que es disposi de coneixement i justificació suficient sobre els conceptes i les quanties afectats com a conseqüència de la resolució.

Quant a la modificació contractual cal posar en relleu el Dictamen 67/2012 (ponent, senyora Ballester), que, amb motiu de la consulta facultativa del Consell Insular d'Eivissa, aborda la qüestió de l'exigència de dictamen del Consell Consultiu en els casos de modificació contractual provinents de l'Administració insular o local. És significatiu que el Consell Insular formuli la consulta emprant la literalitat de la legislació local —Reial decret legislatiu 781/1986, de 18 d'abril (article 114.3).

El dit pronunciament aclareix el possible punt de discòrdia interpretativa i expressa:

[...] a l'efecte de determinar la intervenció preceptiva del Consell d'Estat o de l'òrgan consultiu equivalent de les comunitats autònomes en els casos de modificacions contractuales s'ha produït una rebaixa del 20 % al 10 % del preu inicial del contracte, tal com disposen l'article 195.3 de la 30/2007, de 30 d'octubre (en la redacció que en fa la Llei 2/2011, de 4 de març), i avui, també, l'article 211.3 del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre. Ambdós preceptes tenen caràcter de legislació bàsica i, en conseqüència, són d'aplicació general a totes les administracions públiques i organismes i entitats que en depenguin. En canvi, l'article 114.3 del Reial decret legislatiu 781/1986, de 18 d'abril, manté la seva vigència, però no té caràcter bàsic i, per tant, la seva efectivitat queda limitada per l'aplicació preferent de la legislació bàsica estatal. Hem de concloure, doncs, que en els casos de modificació dels contractes subscrits per les entitats locals és preceptiu el dictamen de l'òrgan consultiu quan la seva quantia excedeixi la quantitat fixada per la legislació estatal i la modificació superi el 10 % del preu del contracte.

En el procediment de modificació contractual, el Consell Consultiu ha assenyalat dos elements essencials. En primer lloc, els tràmits imprescindibles que la legislació requereix i l'Administració activa ha de dur a terme. El Dictamen 83/2012 (ponent, senyor Aguiló) ens ho aclareix:

Quant a la tramitació del procediment de modificació contractual, de la interpretació conjunta dels articles 59.2 i 3, 67.2 i 101.3 del TR 2/2000; de l'article 102 del Reial decret 1098/2001 i de l'article 114 del Reial decret legislatiu 781/1986, de 18 d'abril, en matèria de règim local, s'ha d'assenyalar resumidament que necessita un informe jurídic (article 59.2 del Reial decret legislatiu 2/2000 i article 114.3 del Reial decret legislatiu 781/1986), un informe de la intervenció de fiscalització prèvia (article 67.2 del Reial decret legislatiu 2/2000 i 114.3 del Reial decret legislatiu 781/1986), un informe de contingut pressupostari (article 101.3 del Reial decret legislatiu 2/2000), una memòria explicativa i justificativa de la modificació pretesa (article 101.3 del Reial decret legislatiu 2/2000 i 102 del Reial decret 1098/2001), la justificació de la improcedència d'una convocatòria de nova licitació (article 101.3.b del Reial decret legislatiu 2/2000), l'audiència del contractista (article 102 del Reial decret 1098/2001), la proposta de resolució i el dictamen de la Comissió Informativa General en els termes de la legislació de règim



local, el dictamen del Consell Consultiu (article 59.3 del Reial decret legislatiu 2/2000) i l'aprovació pel ple municipal (article 114 del Reial decret legislatiu 781/1986).

En segon lloc, en el Dictamen 80/2012 (ponent, senyora Mazorra) el Consell Consultiu ha recordat, amb repetició de la doctrina assentada ja en dictàmens anteriors, els requisits essencials de la modificació perquè se'n pugui emetre dictamen favorable:

L'evolució legislativa fa patent allò que hem assenyalat. La LCSP —el 2007— va introduir restriccions a la legislació anterior, i la legislació actual, la Llei 2/2011, d'economia sostenible, ha introduït reformes molt significatives (articles 92 *bis* a 92 *quinques*, incardinats en el llibre I de la LCSP, això és, en la normativa de configuració general de la contractació del sector públic, articles 195, 202 i 217 per a allò que aquí ens ocupa). Vegem quins són els requisits acumulatius que, en la legislació d'aplicació al contracte, han de convergir per a una opinió favorable d'aquest cos assessor a la modificació pretesa.

En efecte, aquests requisits sintèticament expressats són: a) no pot afectar condicions essencials del contracte; b) s'ha de preveure en els plecs i en el contracte; c) s'ha de distingir de la prestació complementària; d) ha d'atendre exigències d'interès públic i causes imprevistes, justificades expressament.

Sens dubte, aquests pronunciaments cobren interès per a l'Administració activa respecte de totes les modificacions contractuals ara en tramitació que s'han d'ajustar a la nova legislació.

Quant a la interpretació de la reversió de béns en una concessió de servei públic, l'òrgan consultiu ha afirmat amb caràcter rotund en el **Dictamen 52/2012** (ponent, senyora Ballester) i el seu aclariment:

[...] s'han plantejat discrepàncies sobre els béns que al seu dia foren atorgats en concessió i que, essent necessaris per al manteniment del servei, han de revertir en l'Administració; sobre el caràcter oneros o gratuït de la reversió d'aquests béns, i sobre la indemnització de determinades inversions. Certament el procediment de reversió de la concessió no comporta l'emissió de dictamen del Consell Consultiu. Tanmateix, atès que l'objecte de la present consulta se circumscriu a analitzar la interpretació del plec de condicions contractual [...].

Per determinar quina és la interpretació ajustada a dret, cal insistir que els béns sotmesos a reversió són els necessaris per garantir la continuïtat del servei i que cal atènyer-se a allò que s'hagi pactat en el contracte. Convé recordar que la mateixa concessionària admet «la evidente afectación» dels sis pous que estan ubicats en la finca de la seva propietat. Podem concloure, doncs, que totes aquestes obres i instal·lacions formen un conjunt no separable d'elements afectes al servei públic, sense els quals aquest no és possible que es presti correctament. Per tot això, s'ha d'entendre que els deu pous i les seves instal·lacions complementàries (captació, elevació, tractament, impulsió, acumulació i distribució) són, precisament, els elements afectes a la concessió i susceptibles de reversió. [CJ 7]

[...] cal ajustar-se a allò que especifica el punt quart del plec de condicions i l'apartat 0.2.1 de l'annex 1, que es refereix, com ja s'ha dit, a la descripció de les instal·lacions, que són les que han de revertir a l'Administració concedent.

Ara bé, les conseqüències materials de la finalització ordinària de la concessió —com pot ser aquesta que es planteja— és una qüestió que ha de decidir l'Administració, sobre la qual no correspon pronunciar-se a aquest òrgan assessor.

Pel que fa als aspectes diferenciadors entre la responsabilitat contractual i l'extracontractual, amb motiu de la consulta d'un ajuntament sobre revisions de tarifes del servei d'aigua, el Dictamen 68/2012 (ponent, senyor Oliver) ha traçat, amb la citació de jurisprudència del Tribunal Suprem, la línia divisòria entre les dues tipologies de responsabilitat que tenen un règim jurídic i procedimental distint:

[...] en aquest cas no ens trobam davant una reclamació de responsabilitat patrimonial de l'Administració pública, perquè la reclamació no té caràcter extracontractual, sinó que deriva directament de la relació contractual existent entre l'Ajuntament de Lluçmajor i l'empresa reclamant Aqualia, que és l'adjudicatària del contracte —administratiu de gestió indirecta— per a la gestió del servei municipal d'aigües. Cal recordar aquí que la concessionària reclama a l'Administració municipal pels danys i perjudicis derivats de l'incompliment d'una obligació contractual —l'aprovació de la revisió anual de les tarifes del servei—, prevista com a tal obligació en el plec de clàusules administratives particulars que ha de regir la concessió del servei d'aigües municipal.

No és sobrer, encara que sigui prou sabut, recordar aquí que hi ha dos tipus diferenciats de responsabilitat patrimonial de les administracions públiques: l'una, de caràcter extracontractual —consistent en l'obligació de rescabament dels danys i perjudicis avaluable econòmicament derivats de les accions o les omissions que siguin imputables a l'Administració—, i l'altra, de caràcter contractual —derivada de les relacions contractuales de l'Administració amb tercers. En aquest sentit s'ha pronunciat reiteradament la jurisprudència en l'anàlisi de reclamacions de responsabilitat patrimonial derivades d'un contracte.

## VI. TRANSACCIÓ JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL

L'any 2012 el Consell Consultiu ha tingut l'oportunitat d'examinar una consulta sobre la transacció judicial plantejada entre l'Administració autonòmica i una contractista de serveis amb motiu de l'execució de la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears núm. 857/2011. En aquest supòsit, fins ara gairebé excepcional, l'òrgan estatutari ha tingut l'ocasió de recordar els requisits de forma i de fons de la transacció judicial en aquests termes (Dictamen 65/2012; ponent, senyor Perera):

L'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears és competent, mitjançant la Conselleria d'Administracions Públiques, per tramitar aquest procediment, en la mesura que es tracta de l'Administració demandada en el procés judicial en curs, i es pretén finalitzar mitjançant aquesta transacció el recurs contenciós administratiu interposat per l'UTE esmentada contra determinades resolucions dictades per l'Administració de la Comunitat Autònoma, posteriorment anul·lades per la Sentència núm. 857 del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears, sentència que està en fase d'execució.

— S'han acomplert els tràmits formals corresponents, per tal com figura en l'expedient administratiu la documental següent: la proposta de transacció que presentà l'UTE amb tota la documentació corresponent adjunta; l'informe favorable a la proposta, que ha emès la directora general de Patrimoni de la Conselleria d'Administracions Públiques, i la proposta de resolució del secretari general de la Conselleria mitjançant la qual proposa al conseller que elevi al Consell de Govern l'acord d'autorització de la transacció en els termes proposats per l'UTE. No hi consta la tramitació del necessari expedient de despesa derivat de l'eventual autorització pel Consell de Govern d'aquesta transacció, exigint per la normativa autonòmica d'aplicació (informe de fiscalització emès per la

Intervenció de la Comunitat Autònoma, de conformitat amb l'article 82 del Text refós de la Llei de finances de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i normativa reglamentària concordant, i també reserva de crèdit suficient).

[...] els tres elements exposats [requisits que han de concórrer en la transacció judicial]:

a) Hi ha una relació jurídica d'incertesa i litigiosa, tal com s'ha relatat en els antecedents, del moment que hi ha un litigi, un procés judicial en curs, la sentència del qual encara està pendent d'execució, incoat en virtut del recurs contenciós administratiu interposat per l'UTE [...].

b) Consta també la voluntat de les parts de resoldre la controvèrsia i executar la Sentència núm. 857/2011 del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears per la via del contracte de transacció [...].

c) Es donen recíproques concessions que posen fi al plet començat. Així es desprèn del primer apartat de l'acord de transacció mateix, en què la Comunitat Autònoma de les Illes Balears es compromet a indemnitzar l'UTE amb l'abonament de 90.000 euros, quantitat que es correspon amb el 15 % de l'import de licitació ofert per la recurrent en el concurs que no se li va adjudicar. I, a canvi d'aquesta concessió, l'UTE es compromet a desistir del procediment d'execució de la Sentència, i, al seu torn, ambdues parts es comprometen a sol·licitar l'homologació judicial d'aquest acord i a renunciar a futures reclamacions.

[...]

En relació amb la qüestió relativa al contingut concret de l'acord proposat, és procedent, d'entrada, destacar que, segons doctrina consolidada del Consell d'Estat, l'acord ha de ser favorable a l'interès públic, per tal com l'Administració està sotmesa en la seva actuació a l'interès general, pel qual ha de vetlar, i també a la llei i al dret (article 103 de la Constitució espanyola).

El Consell Consultiu no pot compartir el criteri de la Direcció General de Patrimoni, Contractes i Obres Públiques, per tal com, si en el cas en què l'Administració, en exercici del seu *ius variandi*, desisteix d'un contracte de serveis, el contractista té dret «al 10 % del preu dels estudis, informes, projectes o treballs pendents de realitzar», no sembla raonable que, en un cas com el que ens ocupa, en què el contracte encara no havia estat adjudicat definitivament a l'UTE, i per tant aquesta no havia prestat cap servei a l'Administració, es pretengui una indemnització del 15 % de l'import ofert en la licitació. Sobretot quan, d'altra banda, no es pot compartir tampoc l'afirmació que l'aplicació del dit percentatge del 15 % sigui una pràctica corrent i generalitzada en els contractes de tot tipus subscrits per l'Administració; com així ho demostra el fet que totes les sentències (de diferents òrgans jurisdiccionals, audiències provincials i Tribunal Suprem) invocades en suport de la proposta van recaure en controvèrsies sorgides en l'àmbit del dret privat, entre particulars exclusivament, de resultes del desistiment o la resolució de contractes ja formalitzats en l'àmbit civil o mercantil. Concretament, la Sentència del Tribunal Suprem esmentada (la núm. 474/1993), com totes les de l'alt tribunal que hi tenen relació (que es pronuncien sobre el percentatge de benefici industrial aplicable en casos de resolució i desistiment contractual), va ser dictada per la Sala Civil. Aquest és el cas, també, de la Sentència del Tribunal Suprem núm. 840/1996, de 17 d'octubre, que, de la mateixa manera que la Sentència precedent, es pronuncia sobre el percentatge de benefici industrial. I la mateixa cosa es pot dir de les resolucions dictades per les audiències provincials.

No es pot dubtar que aquest pronunciament, per bé que singular, significa un toc d'atenció a les administracions actives en la transacció amb les contractistes, procediment que pot solucionar efectivament processos contenciosos, la proliferació dels quals sempre resulta indesitjable i antieconòmica.

## VII. ALTRES

Cal posar en relleu que el 2012 s'ha dictaminat sobre un supòsit absolutament singular, com és ara el procediment relatiu a la declaració d'interès general del centre de telecomunicacions dedicat a activitat permanent en el terme municipal de Sant Lluís (Menorca). Aquest assumpte dóna lloc al Dictamen 51/2012 (ponent, senyor Bauzá), que estableix unes consideracions que mereixen especial atenció:

El dictamen del Consell Consultiu esdevé preceptiu d'acord amb el que disposa l'article 18.13 de la Llei 5/2010 en relació amb l'article 37.5 de la Llei 6/1997, de 8 de juliol, del sòl rústic de les Illes Balears.

[...]

Malgrat això, pel fet de tractar-se d'una infraestructura de telecomunicacions no s'ha d'oblidar que s'hi ha d'aplicar, per la seva especificitat, el règim previst en el Pla Director Sectorial de Telecomunicacions, que el Govern de les Illes Balears aprovà mitjançant el Decret 22/2006, de 10 de març. Així es desprèn de l'article 14.3 de la Llei 14/2000, d'ordenació territorial de les Illes Balears, segons el qual «els plans territorials insulars i els plans directors sectorials aprovats pel Govern de les Illes Balears tenen el mateix rang. Això no obstant, en cas de conflicte prevaldran les determinacions del pla que tinguin caràcter més específic per raó de la mateixa, d'acord amb aquesta llei». Com que, ultra això i de conformitat amb l'article 19.2 del Decret 22/2006, el Pla Director Sectorial de Telecomunicacions «té el mateix rang que els plans territorials insulars [...] En cas de conflicte, prevaldran les determinacions del pla que tinguin un caràcter més específic pel que fa a la matèria».

[...]

En definitiva, la prohibició genèrica de la instal·lació d'aquestes infraestructures en sòl rústic protegit pel PTI hi continuarà sent amb caràcter de permanència, si bé aquesta prohibició es veurà desplaçada per la possibilitat material de la norma especial (Pla Director Sectorial de Telecomunicacions) seguida de la declaració d'interès general del Govern de les Illes Balears. Així, l'instrument que caldrà suspendre no serà tant el Pla Territorial Insular —insistim, la prohibició genèrica del qual es mantindrà— com les normes de planejament de l'Ajuntament de Sant Lluís, cosa que afecta el procediment de concessió de la llicència urbanística municipal.

[...]

Des del punt de vista competencial, la declaració d'interès general és competència del Govern de les Illes Balears, d'acord amb el que disposa l'article 3.4 de la Llei 9/1990, de 20 de juny, d'atribució als consells insulars de competències en matèria d'urbanisme i habitabilitat («No obstant l'atribució competencial genèrica que a favor dels consells insulars opera el contingut de l'article 1, correspon al Govern de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears l'exercici de les competències següents: [...] 4. Declaracions d'utilitat pública d'obres o instal·lacions en sòl no urbanitzable quan afectin l'àmbit territorial de més d'un consell insular»), així com en l'article 34.3 del PDS («En els altres casos, és l'òrgan competent del respectiu consell insular qui ha de declarar d'interès general la infraestructura o, si escau [...], el Govern de les Illes Balears quan es tracti d'infraestructures que afectin l'àmbit territorial de més d'un consell insular.») després d'haver-se reconegut, mitjançant resolució de la consellera d'Innovació, Interior i Justícia d'inici de l'expedient, que la infraestructura s'integra en una xarxa de telecomunicacions de caràcter multiinsular [...].

## VIII. OBSERVACIONS I SUGGERIMENTS

Arribats en aquest punt, pertoca, per complir el que disposa l'article 38 del Reglament orgànic del Consell Consultiu, fer algunes observacions i proposar

mesures que, a judici d'aquest òrgan assessor, han d'ajudar a millorar el funcionament de l'Administració autonòmica.

## **1. Elaboració de disposicions administratives**

Durant l'any 2012, en matèria d'elaboració de disposicions normatives, el Consell Consultiu ha detectat que no sempre es compleixen les exigències derivades dels articles 42 a 47 de la Llei 4/2011, de 14 de març, del Govern de les Illes Balears, cosa que a vegades ha donat lloc a alguna observació essencial.

Per contribuir a millorar la tramitació de les disposicions administratives, a continuació exposam un recull dels defectes procedimentals més significatius que aquest òrgan ha detectat durant l'any 2012 i, tot seguit, en farem les observacions pertinents.

### **1.1. Audiència i participació en el procediment d'elaboració de les disposicions reglamentàries**

Pel que fa a la fase d'audiència i participació en el procediment d'elaboració de les disposicions reglamentàries, encara que el Consell Consultiu considera que en línies generals s'ha dut a terme complidament, hi ha detectat diverses deficiències que cal corregir:

**a)** En algunes ocasions s'ha constatat que no s'ha consultat el Consell de Salut de les Illes Balears, òrgan col·legiat superior de participació comunitària i de consulta del sistema sanitari públic (*vid.* dictàmens 30/2012, 43/2012, 33/2012 i 100/2012).

Encara que l'informe emès pels òrgans col·legiats de consulta i participació pugui tenir caràcter facultatiu, volem subratllar, tal com hem fet en diversos dictàmens, la paradoxa que suposa disposar d'aquest tipus d'òrgans especialment qualificats i no consultar-los.

Per evitar que es desaprofitin els recursos que el legislador ha establert i per millorar el funcionament de l'Administració autonòmica, el Consell Consultiu recomana facilitar la intervenció d'aquests òrgans col·legiats en els processos de creació normativa.

**b)** En diverses ocasions s'ha detectat la falta de participació dels consells insulars i dels ajuntaments en els procediments d'elaboració de reglaments sobre les competències que els són pròpies.

D'acord amb l'article 45 de la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern de les Illes Balears, és necessari donar audiència a les entitats territorials quan la norma reglamentària que s'elabora afecta les competències pròpies d'aquests ens. Es tracta, doncs, d'un tràmit essencial i no pot ser substituït pel d'informació pública, perquè tenen naturalesa distinta (*vid.* Dictamen 1/2012). Ara bé, en determinats supòsits, aquest tràmit es pot formalitzar amb la sol·licitud d'informe a les organitzacions representatives d'aquestes entitats, com per exemple la Federació

d'Entitats Locals de les Illes Balears (*vid.* dictàmens 32/2012 i 55/2012, entre d'altres). L'any 2012, aquesta observació figura, amb caràcter essencial, en els dictàmens 1/2012 i 49/2012.

Finalment, el Consell Consultiu recomana que el tràmit de participació es faci extensiu a totes les institucions i els organismes públics que es puguin veure afectats per la regulació reglamentària, o també, encara que no en siguin afectats, si la matèria objecte de reglamentació és de gran transcendència.

## **1.2. Estudi de càrregues administratives**

En nombrosos expedients no hi consta l'estudi de càrregues administratives, o bé formalment hi és, però no compleix les exigències que ha fixat l'Acord del Consell de Govern de 16 de març de 2012 pel qual es determinen el contingut i el sistema d'elaboració d'aquest estudi (*vid.* dictàmens 97/2012, 88/2012 i 114/2012, entre d'altres)

Cal insistir que, en futures elaboracions de reglaments, s'ha de donar compliment al nou paràgraf que la Llei 12/2010, de 12 de novembre —de modificació de diverses lleis per a la transposició a les Illes Balears de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de desembre, del Parlament Europeu i del Consell, relativa als serveis en el mercat interior—, introdueix en l'apartat 2 de l'article 42 de la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern de les Illes Balears, el qual exigeix que en el procediment d'elaboració de disposicions reglamentàries s'incorpori «un estudi de les càrregues administratives, en relació amb l'administració i les persones interessades, que inclogui la nova regulació, si escau, amb la finalitat de fomentar la simplificació administrativa i evitar que s'incloguin tràmits o càrregues innecessàries».

L'estudi de càrregues administratives té per objecte identificar i quantificar els costos dels tràmits administratius per als ciutadans i les empreses. Es tracta d'un document que necessàriament s'ha d'incloure en el procediment d'elaboració de normes de conformitat amb les exigències que ha fixat l'Acord del Consell de Govern de 16 de març de 2012.

En el cas que la disposició normativa en projecte no comporti nous tràmits administratius, aquest informe ha de justificar degudament l'absència del càlcul econòmic de les càrregues.

## **1.3. Regulació del procediment específic que ha de seguir l'Administració insular per aprovar normes reglamentàries**

Finalment, en matèria d'elaboració de les disposicions reglamentàries, el Consell Consultiu reitera novament la reflexió que en els darrers anys incorpora en els dictàmens relatius a projectes de disposicions reglamentàries insulars, referent a la necessitat de regular el procediment específic que ha de seguir l'Administració insular per aprovar normes reglamentàries (*vid.* dictàmens 127/2008, 123/2009, 195/2009, 198/2009, 44/2011, 135/2011, 145/2011 i 79/2012).

L'Estatut d'autonomia, aprovat per la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer, atorga als consells insulars la potestat reglamentària normativa sobre les matèries previstes com a pròpies en l'article 70 del mateix Estatut. Ara bé, ni la Llei 8/2000, de 27 d'octubre, de consells insulars, ni la Llei 20/2006, de 15 de desembre, municipal i de règim local de les Illes Balears, regulen els tràmits que han de seguir el consells insulars per elaborar i aprovar les seves disposicions en ús de la potestat reglamentària normativa.

Dins aquest marc, cal recordar que la doctrina més actual del Consell Consultiu, encara que no unànime, sobre el procediment aplicable als consells insulars en l'exercici de la potestat reglamentària aconsella sostenir que l'article 49 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local, s'ha de completar amb els requisits essencials prevists pel legislador autonòmic per a l'exercici de la potestat reglamentària executiva dels articles 42 a 47 de la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern de les Illes Balears (*vid. dictàmens 145/2011 i 179/2012*)<sup>1</sup>.

Els denominats «tràmits complementaris» s'han incorporat a l'expedient d'elaboració del Projecte de reglament sobre el procediment que s'ha de seguir per a la declaració de festes d'interès cultural a l'illa de Mallorca, que ha donat lloc al Dictamen 179/2012, al qual s'incorpora un vot particular subscrit per la consellera Carmen Fernández.

En resum, el 2012, el Consell Consultiu insisteix també en la urgència amb què s'hauria d'emprendre la redacció i l'aprovació de la nova llei dels consells insulars, d'acord amb l'article 68 de l'Estatut d'autonomia de 2007.

## **2. Tècnica normativa**

Per garantir una adequada redacció de les disposicions administratives, el Consell Consultiu fa, i en alguns casos reitera, les recomanacions següents:

### **2.1. Referències a l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears**

Atès que materialment, tal com hem dit en ocasions anteriors, la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer, «suposa la redacció d'un nou Estatut d'autonomia», el Consell Consultiu recomana que aquesta Llei es mencioni en el preàmbul o en el text articulat de les normes emprant fórmules com: «l'Estatut d'autonomia aprovat per la Llei orgànica 1/2007» o «L'Estatut d'autonomia de 2007» (*vid. dictàmens 21/2012 i 30/2012*).

### **2.2. Denominacions dels òrgans al quals s'atribueixen facultats o funcions**

El Consell Consultiu ja s'ha pronunciat en diverses ocasions sobre la incorrecció dins el llenguatge reglamentari de les denominacions dels òrgans al quals s'atribueixen facultats o funcions.

En aquest context, són dues les fórmules que hem detectat que s'usen sistemàticament i que resulten inadmissibles perquè són imprecises:

---

<sup>1</sup>Ambdós dictàmens contenen un vot particular formulat per la consellera Carmen Fernández González.

### **a) Denominació «la persona titular»**

Cal recordar (*vid.* dictàmens 41/2010 i 41/2012, entre d'altres) que les competències atribuïdes a un òrgan administratiu no sempre les exerceix la persona que suposadament n'és la titular, perquè hi ha la possibilitat de fórmules de delegació interorgànica, a més de fórmules de suplència del titular (articles 11 a 21 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, del règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, i articles 5 a 19 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears). Per això, la denominació *persona titular* incorpora un *afegit* innecessari i contraproduent (no s'afegeix res als drets o a la igualtat de les dones en el context actual).

Per evitar aquest tipus de deficiència, el Consell Consultiu recomana, per exemple, que s'utilitzin expressions genèriques com «el secretari general d'Administracions Públiques» o «el secretari de la Junta Consultiva». És a dir, que es mencioni l'òrgan administratiu i no es faci referència al titular.

Aquesta és una observació de caràcter múltiple que es repeteix en la nostra doctrina. Durant l'any 2012, n'hem fet menció en els dictàmens 13/2012, 15/2012, 22/2012, 32/2012, 41/2012, 57/2012, 78/2012 i 113/21012.

### **b) Altres fórmules inconcretas («la conselleria competent en matèria de [...]», «l'autoritat sanitària [...]», «administracions públiques competents», etc.)**

El Consell Consultiu ja s'ha pronunciat en diverses ocasions sobre aquesta matèria i ha indicat en multitud de dictàmens (*vid.* dictàmens 13/2012, 15/2012 i 113/2012, entre d'altres) que es tracta d'una deficiència que s'ha de corregir, en el sentit que s'ha d'identificar quin és l'òrgan administratiu competent d'acord amb l'estructura administrativa del moment en què es dicta la norma, perquè l'àmbit reglamentari és l'idoni per dur a terme aquesta determinació.

En cas contrari, la norma resulta imprecisa i pot afectar la seguretat jurídica i provocar una situació que, altres vegades, hem assenyalat com «la recerca de l'òrgan competent».

## **2.3. Utilització conjunta del masculí i el femení**

El Consell Consultiu adverteix, una vegada més, i amb el respecte pertinent als criteris lingüístics de l'Institut Balear de la Dona, que s'ha d'evitar la utilització conjunta del masculí i el femení, perquè dificulta la lectura de la norma i perjudica molt sensiblement la bona redacció.

Per això, considera que aquesta qüestió es podria resoldre, en tot cas, emprant les formes no marcades i amb la inclusió d'una clàusula addicional en què es manifesti que les mencions genèriques en masculí que apareixen en l'articulat s'han d'entendre referides també al femení corresponent (*vid.* dictàmens 22/2012 i 31/2012).



## 2.4. Remissions a determinacions reglamentàries posteriors (pàssim)

Respecte de l'ús de fórmules que deriven la reglamentació a una futura normativa que ha de dictar o determinar «la Conselleria», com per exemple «La Conselleria [...] ha d'adoptar les mesures [...]» o «ha d'establir els requisits», el Consell Consultiu reitera que no és una manera de procedir adequada a dret. En el Dictamen 78/2012 n'explica el perquè:

[...] En primer lloc, perquè els reglaments de segon grau, en el dret autonòmic balear, corresponen únicament i exclusivament al conseller, d'acord amb l'article 38.2.b de la Llei 4/2001 («[...] els consellers poden dictar disposicions reglamentàries [...]») i amb l'article 39.3 («Les ordres són signades pel conseller competent»).

En segon lloc, perquè els reglaments són les normes adequades per determinar els procediments i l'organització administrativa responsable de cada acció, decisió o actuació prevista en la llei i, en aquest cas, en el reglament estatal bàsic. [...]

Dins aquest context, el Consell Consultiu reproduïx com a recomanació i exemple de procedir el que es va dir en el Dictamen 78/2012:

[...] cal canviar en cada cas, segons sigui adequat, la designació genèrica «Conselleria d'Educació, Cultura i Universitats» per «conseller d'Educació, Cultura i Universitats» si el que es vol és que es reguli mitjançant una ordre. En altres casos, si pertoca que dugui a terme l'acció un altre òrgan o una unitat de la Conselleria, s'ha d'especificar. A més a més, és convenient analitzar amb més cura quines són les qüestions que haurien de quedar regulades en el nivell normatiu de decret i en conseqüència incorporar-les al Projecte.

Finalment, per acabar aquest bloc, volem esmentar tres recomanacions més:

- 1) És necessari delimitar molt bé l'objecte de regulació i el contingut normatiu propi, com també evitar les còpies literals d'articles d'altres normes i limitar les remissions normatives als casos imprescindibles (*vid.* Dictamen 78/2012).
- 2) En la proposta de la norma, s'han de destriar les normes que incideixen en els ciutadans i les que només impliquen aspectes organitzatius dels ens, els centres o els òrgans de l'Administració. En les primeres, cal emprar un llenguatge clar i prescriptiu. En les segones, pot resultar vàlid, amb limitacions, un llenguatge en part descriptiu (*vid.* Dictamen 78/2012).
- 3) Dins el preàmbul del projecte reglamentari cal introduir una referència al règim competencial en què s'insereix la norma (*vid.* dictàmens 33/2012 i 113/2012).
- 4) La referència a les normes que es mencionen ha de ser completa, si més no la primera vegada que s'esmenten (*vid.* Dictamen 114/2012).

## 3. Procediment per fer les consultes al Consell Consultiu

Pel que fa al procediment per sol·licitar el dictamen, el Consell Consultiu fa les consideracions següents:

— Amb relació als requisits formals exigits per formular una consulta sobre un avantprojecte de disposició legal o un projecte de disposició reglamentària, cal recordar que l'article 26.3 del Decret 24/2003, de 28 de març, pel qual s'aprova el reglament orgànic del Consell Consultiu, disposa que s'han d'adjuntar a la consulta dues còpies autoritzades del projecte de disposició general sobre el qual se sol·licita l'emissió de dictamen. El Consell Consultiu insisteix en la importància d'aquest tràmit per garantir suficientment quin és el text del projecte sobre el qual definitivament es formula la consulta (*vid.* Dictamen 22/2012).

— Pel que fa a les consultes sol·licitades a l'empara de l'article 24.3 de la Llei 5/2010, de 16 de juny, reguladora del Consell Consultiu de les Illes Balears, és a dir, amb caràcter d'urgència, cal fonamentar-les suficientment, perquè l'ús d'aquesta fórmula altera d'una manera substancial l'ordre dels dictàmens d'aquest òrgan assessor i afecta altres sol·licituds formulades (*vid.* dictàmens 55/2012, 78/2012, 97/2012 i 114/2012).

#### **4. Contractació administrativa: preceptivitat del dictamen del Consell Consultiu en els procediments de modificació contractual**

Les administracions han de tenir en compte les restriccions que ha sofert aquesta institució d'acord amb la legislació actual, i també l'aplicació generalitzada de la quantia del 10 % de modificació per entendre preceptiu el dictamen d'aquest òrgan consultiu. Aquesta anàlisi, si es fa correctament, conduirà, en alguns casos, a abandonar la pretesa modificació contractual —perquè no és ajustada a dret— i a treballar en la línia d'un nou contracte administratiu, solució que demana el dret europeu i que potser també facilita —superades les reticències inicials— una gestió pública adequada en el pla econòmic i financer (dictàmens 67 i 83 de 2012)

#### **5. Procediments de responsabilitat patrimonial**

Els instructors d'aquests procediments han de delimitar determinades qüestions que poden condicionar les primeres decisions procedimentals i una adequada resolució. Ens referim a:

a) La diferenciació entre la responsabilitat patrimonial extracontractual i la contractual (Dictamen 68/2012).

b) La concurrència d'altres administracions (Dictamen 122/2012).

c) L'aplicació amb marcat caràcter restrictiu de la prescripció, declaració que només es pot utilitzar sobre la base de fonaments sòlids que no permetin dubtar de la voluntat d'abandó de l'acció durant el període anual de prescripció (regulat per l'article 142.5 de la LRJPAC). En particular s'ha de vigilar l'aplicació dels conceptes d'estabilització de les seqüeles en cas de danys personals (Dictamen 25/2012).

Altres elements de la instrucció dels procediments, que tenen conseqüències decisives en el desenllaç d'aquestes reclamacions i que exigeixen una particular dedicació dels funcionaris que els instrueixen, són:

a) El tractament de la fase probatòria tot recordant sempre la necessitat d'obertura de la fase quan no hi hagi concordança entre els fets al·legats o presentats i el relat fàctic de l'Administració; la necessària pràctica de les proves que no es declarin impertinents; la motivació de la declaració de proves impertinents, i la notificació de la resolució que decideixi aquests punts, d'acord amb l'article 9 i concordants del Reial decret 429/1993 (Dictamen 122/2012).

b) La pràctica adequada del tràmit d'audiència. No ho és quan s'inclouen en el procediment, amb posterioritat a l'acompliment del tràmit, altres documents o tràmits amb rellevància i nous sense que la part reclamant els conegui (Dictamen 84/2012).

## **6. Recursos extraordinaris de revisió (article 118 de la LRJPAC)**

Cal recordar que la tramitació imprescindible del procediment inclou la necessària valoració en la proposta de resolució de les condicions extraordinàries que permeten la revisió excepcional d'acord amb uns supòsits absolutament taxats en l'article 118 de la LRJPAC.

## **7. Procediments de revisió d'ofici**

— En aquests casos s'ha de seguir el procediment administratiu comú amb especial incidència en l'inici i la notificació del procediment, el tràmit d'audiència i la proposta de resolució, que tenguem en compte dues premisses bàsiques: el caràcter revisable de l'acte administratiu i la causa de nul·litat aplicable, incardinada en els supòsits prevists en l'article 62.1 de la LRJPAC i en les lleis sectorials (dictàmens 93, 109, 110 i 123 de 2013).

— La instrucció ha d'atendre —és a dir, evitar— la caducitat de l'article 102.5 de la LRJPAC, perquè la caducitat vicia el procediment, amb la conseqüència d'haver de reiniciar-lo si s'entén que hi ha una causa de nul·litat (perquè la nul·litat és imprescriptible).

— Per evitar la caducitat, s'imposa la celeritat en la tramitació del procediment i tenir en compte els còmputos d'aquest procediment, del termini de tres mesos i de la possible suspensió que s'ha de resoldre i notificar als interessats. En el cas de la suspensió més habitual, que és la de l'article 42.5.c de la LRJPAC, relativa a la sol·licitud de dictamen de l'òrgan de consulta, aquesta es fa eficaç en haver-se presentat en el Registre del Consell Consultiu, amb les conseqüències pertinents pel que fa al còmput del temps esmerçat en el procediment, de manera que això condiciona l'Administració activa en el temps que li resta per a la resolució definitiva (Dictamen 86/2012).

— L'instructor ha d'examinar amb deteniment les limitacions de la revisió imposades per l'article 106 de la LRJPAC i manifestar el seu parer en la proposta de resolució.

— En els casos de revisió d'ofici amb motiu de la nul·litat contractual —normalment en substitució del procediment de reconeixement extrajudicial de deute, d'acord amb la Instrucció 2/2012, de 12 de març, de la Intervenció General i l'Advocacia— l'òrgan

encarregat d'instruir ha de recordar la limitació de la revisió d'ofici, per la seva mateixa excepcionalitat (dictàmens 93 i 109 de 2012).

### **8. Transaccions judicials o extrajudicials**

Les exigències formals i substantives de la transacció judicial poden examinar-se en el Dictamen 65/2012, que posa l'accent en les característiques següents: a) relació jurídica litigiosa; b) voluntat de l'Administració i la part que ha de transigir a finalitzar la controvèrsia; c) producció de recíproques concessions per acabar el plet entaulat i d) acord o pacte transaccional favorable a l'interès general.

El criteri acceptable per quantificar la indemnització en el desistiment contractual en casos de serveis, pel lucre cessant, és estimar el 10 % del preu dels estudis, els informes o els projectes sense realitzar, d'acord —analògicament— amb l'article 285.3 de la Llei de contractes del sector públic, que disposa: «En el cas de la lletra b) de l'article anterior el contractista té dret al 10 per cent del preu dels estudis, informes, projectes o treballs pendents de realitzar en concepte de benefici deixat d'obtenir».