
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. En suma, és l'òrgan superior de consulta que actua com a filtre de la legalitat i com a control jurídic, cosa que contribueix, també, a millorar el funcionament de l'Administració pública.

I. AVANTPROJECTES DE LLEI

L'article 18.2 de la Llei 5/2010, de 16 de juny, reguladora del Consell Consultiu, exigeix la intervenció preceptiva d'aquest òrgan superior de consulta amb caràcter previ a l'aprovació dels avantprojectes de llei elaborats pel Govern en compliment de les previsions expressament establertes en l'Estatut d'autonomia, a excepció de la llei de pressuposts.

Durant el 2013, el Consell Consultiu s'ha pronunciat sobre dos avantprojectes de llei i en ambdós casos hi ha hagut un vot particular. El primer avantprojecte sotmès a consulta va ser sobre la modificació de la Llei 4/2011, de 31 de març, de la bona administració i del bon govern de les Illes Balears, i donà lloc al Dictamen 43/2013. El segon avantprojecte, relatiu a la Llei sobre l'ús dels símbols institucionals de les Illes Balears, originà els dictàmens 55/2013 i 66/2013.

Tots tres dictàmens tenen un vot particular: el del Dictamen 43/2013 el formularen els consellers Maria Ballester Cardell, Carmen Fernández González i Joan Oliver Araujo; respecte dels dictàmens 55/2013 i 66/2013, foren els consellers Pere Aguiló Crespí, Pedro A. Aguiló Monjo, Maria Ballester Cardell, Carmen Fernández González i Joan Oliver Araujo.

En l'anàlisi de l'Avantprojecte de Llei de modificació de la Llei 4/2011, de 31 de març, el Consell Consultiu, després d'advertir que la Llei que es pretenia modificar no havia estat objecte de dictamen perquè no s'havia fet la consulta escaient, i això suposava una vulneració de l'article 18.2 de la Llei 5/2010, considerà que la consulta era *preceptiva*, atès que encaixava en el supòsit del dit article 18.2. No arribà a la mateixa conclusió respecte de l'Avantprojecte de la Llei de símbols: en aquest cas, acabà manifestant que la seva intervenció com a òrgan de consulta era *facultativa*.

Així, en els dictàmens mencionats s'analitzà el procediment que s'havia de seguir per elaborar la norma i es recordà que és el que preveu l'article 36 de la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern de les Illes Balears, sobre el procediment de la iniciativa legislativa; en els articles 13 i 42 de la Llei 4/2011, de 31 de març, i en l'Acord del Consell de Govern de 28 de desembre de 2004 pel qual s'aproven les instruccions generals sobre el procediment per a l'exercici de la iniciativa legislativa del Govern.

Abans d'entrar a analitzar la qüestió de fons, en ambdós casos es recorda la doctrina del Consell Consultiu sobre l'àmbit d'actuació de la funció consultiva que li correspon, en el sentit que la seva participació en el procediment no s'ha de limitar a l'anàlisi sobre la constitucionalitat de la Llei sinó que ha de tenir també per objecte millorar-la i enriquir-la, sense interferir en les competències del Govern i del Parlament.

En aquest sentit, se cita la doctrina establerta en el Dictamen 153/2009:

Tal com s'ha formulat l'Avantprojecte sotmès a la nostra consideració, es preveu que el Consell Consultiu emeti el seu judici tecnicojurídic sobre la conformitat de l'objecte del dictamen amb la Constitució i l'Estatut. No obstant això, consideram que en aquest nou supòsit de consulta preceptiva es justifica la possibilitat de pronunciar-se, també, sobre l'oportunitat i la conveniència en l'assumpte que li ha estat sotmès a consulta; amb el benentès que el Consell no pot adoptar, en l'exercici d'aquesta facultat, posicions polítiques sobre el projecte, que pertocquen exclusivament al Govern i, en darrer terme, al Parlament. En aquests casos, el dictamen del Consell Consultiu ha de servir per mostrar diferents opcions al Govern, perquè aquest disposi de prou elements a l'efecte de facilitar-li la decisió. Entenem, per tant, que el conjunt de valoracions, tant jurídiques com d'oportunitat, que el Consell pugui adoptar en relació amb els avantprojectes de llei no comporten una interferència en la funció prelegislativa del Govern, i més tenint present el manteniment del principi angular de la funció consultiva resumit, com ja s'ha dit abans, en l'aforisme de no-vinculació formal de l'òrgan actiu.

En els dos casos, es manifesta que, atès el caràcter normatiu dels textos objecte de consulta i com que es formulen alternatives en les observacions exposades en el dictamen, es prescindeix de la distinció entre observacions substancials i no substancials prevista en l'article 4.3 de la Llei 5/2010.

Quant a aquesta qüestió, el vot particular corresponent al primer dictamen compartia la consideració de la majoria dels consellers sobre l'especial significació de la funció d'alt assessorament jurídic confiada al Consell Consultiu en relació amb la funció prelegislativa del Govern; en aquest sentit, l'òrgan assessor ha de vetlar per l'adequada inserció de la futura disposició en l'ordenament jurídic tenint en compte

els principis jurídics i les regles constitucionals i estatutàries i la legislació aplicable, cercant la coherència normativa i advertint, si cal, de l'existència de solucions disfuncionals, irraonables o poc adequades des d'un punt de vista tècnic. Ara bé, també s'hi manifestava que, en l'exercici de la funció consultiva, aquest òrgan assessor no pot expressar preferències per solucions normatives igualment vàlides.

II. DISPOSICIONS REGLAMENTÀRIES

Durant l'any 2013, el Consell Consultiu de les Illes Balears ha rebut diferents consultes sobre projectes de disposicions reglamentàries (decrets i ordres), elaborats tant pel Govern balear com pels consells insulars, que han donat lloc a l'emissió d'un total de 42 dictàmens. Amb l'objecte d'exposar, d'una manera clara i resumida, les principals novetats de la doctrina legal emesa per aquest òrgan consultiu en relació amb els projectes normatius examinats, hem considerat convenient classificar, amb caràcter previ, aquests dictàmens atenent els criteris següents:

1. El caràcter preceptiu o facultatiu del dictamen segons la naturalesa del projecte normatiu

A continuació analitzarem la doctrina d'aquest òrgan de consulta sobre les mateixes disposicions reglamentàries però des d'un altre punt de vista: la preceptivitat del dictamen. En aquest apartat, hem de destacar novament que durant l'any 2013 s'han emès un total de 42 dictàmens sobre disposicions reglamentàries, dels quals 41 es varen emetre amb caràcter preceptiu, i un, amb caràcter facultatiu.

En tots els supòsits estudiats durant l'any 2013, el Consell Consultiu, una vegada examinada la legitimació per sol·licitar el dictamen, analitzava l'objecte de regulació i el contingut de la disposició administrativa que se sotmetia a consulta, per determinar si, atenent la seva naturalesa, es tractava d'una simple norma *organitzativa* —sense efectes *ad extra* o que no afectava els ciutadans o les entitats que els representen— o bé d'una disposició amb uns efectes *ad extra* molt clars. En aquest darrer supòsit, el dictamen s'emet amb naturalesa *preceptiva* (la qual cosa no vol dir que tenguí caràcter vinculant).

Doncs bé, durant l'any 2013 només en el cas del **Dictamen 70/2013**, relatiu al Projecte de decret pel qual es modifica el Decret 108/2011, d'11 de novembre, pel qual es regula el Consell Balear de Transports Terrestres, el Consell Consultiu ha conclòs que la regulació en qüestió tenia un clar caràcter *organitzatiu*, ja que l'objecte de la norma era modificar la composició i el funcionament d'un òrgan col·legiat de l'Administració de la Comunitat Autònoma. Per aquest motiu el dictamen es va emetre amb caràcter facultatiu.

Tenint en compte que la resta de dictàmens emesos sobre disposicions reglamentàries tenen naturalesa preceptiva, a continuació tan sols farem referència als que corresponen a projectes de disposicions reglamentàries en què el pronunciament sobre la preceptivitat del dictamen és rellevant per la matèria objecte de regulació o pel contingut mateix de la norma:

— Dictamen 34/2013, relatiu al Projecte de decret de modificació del Decret 54/2002, de 12 d'abril, pel qual es regulen les indemnitzacions per raó del servei del personal al servei de l'Administració autonòmica de les Illes Balears

En el Dictamen 34/2013, s'analitza una disposició reglamentària que en modifica una d'anterior sobre funció pública. Respecte de la consulta obligatòria a aquest òrgan en relació amb la matèria objecte de regulació (funció pública), l'òrgan de consulta disposa:

[...] Efectivamente, se trata de un Proyecto de decreto que tiene por objeto la modificación de una disposición reglamentaria anterior a la que no se le puede atribuir naturaleza organizativa —tal como sostuvimos en nuestro anterior dictamen núm. 184/2004 sobre el primer Proyecto de modificación del Decreto 54/2002, de 12 de abril—. La materia de función pública afecta a una gran parte del personal al servicio de la Administración Pública, en el presente caso, autonómica, pero además la modificación proyectada va incluso más allá, al afectar también, en términos económicos, a aquellas personas externas a la Administración que se designen como personal colaborador en las pruebas de evaluación de conocimientos de lengua catalana que se convoquen por el Consorcio Institut d'Estudis Baleàrics. La conclusión anterior no queda desvirtuada tampoco por el hecho de que el Decreto 54/2002 no se sometiese al preceptivo dictamen de este órgano de consulta, a diferencia de su primera reforma que sí fue dictaminada.

— Dictamen 47/2013, relatiu al Projecte d'ordre del vicepresident econòmic, de Promoció Empresarial i d'Ocupació sobre modalitats d'apostes hípiques

Respecte del caràcter *ad extra* del reglament que s'analitza en el Dictamen 47/2013 i de la matèria que regula, això és, casinos, jocs i apostes, el Consell Consultiu manifesta:

La regulación prevista tiene claro contenido *ad extra* relativo al sector material del juego por cuanto la disposición reglamentaria en proyecto regula las diferentes modalidades de apuestas hípiques, externas e internas, que se efectúen en el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

El carácter preceptivo del dictamen confirma lo que, en materia de disposiciones reglamentarias sobre casinos, juegos y apuestas, el Consejo Consultivo ha sostenido en anteriores dictámenes sobre la misma cuestión, entre los que cabe señalar los números: 5/1997; 50/1998; 19/1999; 4/2000; 8, 55 y 86/2001; 20/2002, o 200/2005, entre otros.

— Dictamen 140/2013, relatiu al Projecte de decret pel qual es modifica el Decret 44/2004, de 14 de maig, pel qual s'estableixen el règim i el funcionament del Consell de Salut de les Illes Balears

En el Dictamen 140/2013, s'analitza el Projecte de decret que modifica el règim i el funcionament de l'òrgan superior de participació comunitària i consulta del sistema sanitari públic de les Illes Balears, el Consell de Salut. Concretament, es modifica la composició d'aquest òrgan col·legiat en el sentit d'incrementar els col·legis professionals que hi tenen representació.

Respecte de la preceptivitat de la consulta, el Dictamen 140/2013 reproduïx els mateixos arguments que, sobre aquesta qüestió, figuren en el Dictamen 44/2004,

relatiu al Projecte de decret pel qual s'estableix el règim i el funcionament del Consell de Salut de les Illes Balears, en què se sostenia que el projecte examinat era de naturalesa *no organitzativa*:

Es tracta, per tant, d'un reglament executiu en desenvolupament directe de la Llei esmentada que, encara que es refereixi a la regulació d'un òrgan col·legiat, excedeix l'àmbit estrictament organitzatiu quan canalitza la participació en el sistema sanitari públic «[...] dels ens territorials de les Illes Balears, de les organitzacions sindicals i empresarials més representatives, dels col·legis professionals d'àmbit sanitari i dels representants d'entitats ciutadanes relacionades amb la salut, així com de les associacions de consumidors i usuaris» (article 41.2 de la Llei 5/2003, de 4 d'abril). El dictamen mereix, per tant, la qualificació de preceptiu [...].

I s'afegeix, per al cas examinat en el Dictamen 140/2013:

Igual conclusión debe obtenerse en el presente caso aunque la finalidad de la norma proyectada se limite a modificar el apartado g del artículo 3 para incrementar el número de colegios profesionales del ámbito sanitario que obtienen representación para la composición del Consejo de Salud.

— Dictamen 56/2013, relatiu al Projecte de decret pel qual es crea i es regula la Comissió Consultiva de Convenis Col·lectius de les Illes Balears

Respecte de la preceptivitat del dictamen, s'hi fa la consideració jurídica següent:

Sens dubte, el dictamen té caràcter preceptiu, tot i que la denominació del Projecte palesa els components organitzatius del contingut de la norma, perquè és patent que, quan es crea i es regula la Comissió Consultiva de Convenis Col·lectius de les Illes Balears (CCCCIB), es determinen procediments i tràmits que tenen uns efectes *ad extra*, que van més enllà del simple funcionament de l'òrgan que es crea i que, per tant, afecten el dret a la negociació col·lectiva, l'aplicació dels convenis col·lectius i els conflictes que la dita aplicació provoca en els àmbits sectorials i d'empresa. Així doncs, les decisions que prengui l'òrgan que es crea amb la norma en projecte tenen efectes directes sobre les relacions laborals. Tot això determina que som davant una disposició reglamentària el contingut de la qual va més enllà de la simple organització i fa preceptiva l'emissió del dictamen.

— Dictamen 137/2013, relatiu al Projecte de decret pel qual es regula la Medalla d'Or de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i Dictamen 138/2013, relatiu al Projecte de decret pel qual es regula el Premi Ramon Llull del Govern de les Illes Balears

En els dictàmens 137 i 138, el Consell Consultiu analitza, respectivament, dos projectes de reglaments que tenen la naturalesa jurídica d'independents, ja que no desenvolupen, completen o executen cap llei.

Doncs bé, en el Dictamen 137/2013, una vegada determinada la naturalesa de la disposició projectada objecte d'examen, es pronuncia sobre el caràcter preceptiu o facultatiu del dictamen en els termes següents:

El Decreto por el que se regula la Medalla de Oro de nuestra Comunidad Autónoma es un reglamento que debe ser calificado de «independiente» dado que no desarrolla, completa o ejecuta una ley. Ahora bien, como tal reglamento independiente no puede calificarse como reglamento estrictamente organizativo porque produce de forma clara efectos *ad*

extra. Por ello, debe incardinarse en un tipo de reglamento que regula el ejercicio de un poder conferido al Gobierno de forma discrecional.

En consecuencia, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 18.7 de La Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consejo Consultivo de las Illes Balears, que establece como supuesto de consulta preceptiva los «*Proyectos de disposiciones reglamentarias, excepto las de carácter organizativo, del Gobierno de las Illes Balears, así como sus modificaciones*», la solicitud de dictamen tiene en nuestro caso tal carácter.

En el mateix sentit es pronuncia en el Dictamen 138/2013, sobre el Projecte de decret que regula el Premi Ramon Llull.

Quant a la *preceptivitat dels dictàmens sobre disposicions reglamentàries*, hem de recordar aquí els dos supòsits que preveu l'article 18 de la Llei 5/2010, de 16 de juny, i que són:

[...] 7. Projectes de disposicions reglamentàries, excepte les de caràcter organitzatiu, del Govern de les Illes Balears, com també les modificacions d'aquestes. També estan excloses de dictamen preceptiu les ordres per les quals s'aproven les bases reguladores de subvencions.

8. Projectes de disposicions reglamentàries dels consells insulars que es dictin en exercici de la potestat reglamentària normativa reconeguda en l'article 72 de l'Estatut d'Autonomia. [...]

El primer, l'apartat 7, sobre les disposicions reglamentàries no organitzatives del Govern, i el segon, l'apartat 8, sobre les disposicions reglamentàries no organitzatives dels consells insulars.

El Consell Consultiu vol advertir aquí que, encara que la dicció literal dels dos apartats no és exactament la mateixa, ja que l'apartat 7 es refereix tant als projectes de disposicions reglamentàries del Govern balear com a «les modificacions d'aquestes» (i afegeix, a més a més, que s'exclouen de dictamen preceptiu les ordres de bases reguladores), mentre que l'apartat 8 —sobre la preceptivitat de dictamen en el supòsit de disposicions reglamentàries insulars— no esmenta textualment que també inclou les *modificacions*, cal interpretar que els projectes de disposicions reglamentàries insulars de modificació de reglaments que tenguin efectes *ad extra* són de consulta preceptiva.

Durant l'any 2013, no ha arribat cap consulta sobre projectes de modificació d'un reglament insular, encara que el Consell Consultiu ha pogut constatar que se n'ha publicat algun en el *Butlletí Oficial de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears*.

Per finalitzar aquest apartat, cal recordar que la doctrina jurisprudencial considera que *l'omissió del dictamen preceptiu del Consell d'Estat, o del consell consultiu de la comunitat autònoma, en el procediment d'elaboració d'una disposició general té com a conseqüència jurídica la nul·litat de ple dret del reglament* (sentències del Tribunal Suprem de 17 de gener de 2000, de 17 de juliol de 2009 i de 26 de juny de 2009, entre d'altres), ja que, pel fet de tractar-se d'un tràmit qualificat d'*essencial*, es conclou que s'ha prescindit de manera total i absoluta del procediment per elaborarlo —article 62.1.e de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LRJPAC).

La doctrina legal anterior la recull també la jurisprudència menor en multitud de sentències, per exemple, recentment, la Sentència de l'Audiència Nacional de 22 de març de 2011, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de la Rioja de 26 de maig de 2008 (aquesta confirmada per la Sentència del Tribunal Suprem de 26 de maig de 2009) i les sentències del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears de 25 de gener de 2005 i de 8 de febrer de 2002.

En aquest sentit es pronuncien també el Consell d'Estat en el Dictamen 925/2013 i aquest òrgan de consulta en el Dictamen 54/2005, en el qual, arran de la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears de 25 de gener de 2005, diu:

Això no obstant, en la tramitació seguida per a l'elaboració d'aquest Decret, i abans d'aprovar-lo, no va ser consultat aquest Consell Consultiu, per la qual cosa existeix una patent inobservança dels mandats continguts en els articles 46.3 de la Llei 4/2001 i 10.6 de la Llei 5/1993, de manera que l'omissió del nostre dictamen determina, segons l'article 62.1.e de la Llei 30/1992, la nul·litat del Decret, ja que es tracta d'un tràmit essencial, sense que l'emissió ara del dictamen pugui tenir efectes convalidants o guaridors del vici de nul·litat de ple dret que aquí concorre.

2. El caràcter urgent de la consulta

Pel que fa a les consultes a l'empara de l'article 24.3 de la Llei 5/2010, de 16 de juny, és a dir, amb caràcter d'urgència, han estat nombroses durant l'any 2013. Concretament, se n'han rebudes quinze amb aquest caràcter.

Ara bé, tal com hem dit en altres ocasions, la via d'urgència en la sol·licitud de dictàmens s'ha d'utilitzar amb criteris objectius, ja que l'ús indiscriminat, sense justificació, la converteix en inútil. A més, cal recordar que la tramitació de la consulta pel procediment d'urgència no és una fórmula que l'Administració consultant pugui invocar en tots els casos i discrecionalment, *sinó que s'ha d'acreditar degudament en cada supòsit*, ni tampoc es pot convertir en una pràctica habitual i reiterada de les conselleries, tal com ha succeït en els darrers anys.

Així, el Consell Consultiu ha admès i s'ha pronunciat favorablement sobre el caràcter urgent de la consulta en els dictàmens 32/2013, 82/2013, 92/2013, 94/2013, 126/2013, 127/2013, 128/2013 i 145/2013; aquesta urgència no ha estat atesa en els dictàmens 1/2013, 34/2013 i 133/2013, perquè s'ha considerat que la motivació esgrimida no era d'entitat suficient per alterar el despatx normal dels assumptes sotmesos a consulta.

Finalment, per acabar, el Consell Consultiu vol fer *dues recomanacions* en relació amb dues pràctiques dutes a terme per l'Administració consultant:

a) L'ús, en determinades ocasions, de la previsió legal que figura en l'article 24.5 de la Llei 5/2010, de 16 de juny, segons la qual «en els supòsits en què el dictamen no tengui caràcter vinculant, i hagin transcorregut els terminis establerts en els apartats anteriors sense haver-se resolt, l'òrgan consultant pot considerar complet el tràmit de consulta preceptiva i continuar la tramitació del procediment».

Aquesta pràctica que impedeix emetre el dictamen corresponent s'ha utilitzat especialment en casos de sol·licitud de dictàmens per la via d'urgència, i en alguns casos de manera estricta. Respecte d'aquesta manera d'actuar, el Consell Consultiu recomana a les administracions consultants que facin la consulta per la via d'urgència, tal com ja hem dit en aquesta memòria, no de manera discrecional sinó tan sols en aquells supòsits en què la dita urgència sigui acreditada degudament, ja que a vegades complir el termini de 15 dies per emetre els dictàmens amb caràcter d'urgència és especialment difícil si tenim en compte la càrrega de treball del Consell Consultiu, l'organització de què disposa, la dotació de personal que té i, especialment, que aquest òrgan duu a terme habitualment només una reunió mensual (excepte en comptades ocasions).

b) El fet de sol·licitar amb caràcter d'urgència un dictamen i posteriorment desistir de la petició quan el Consell Consultiu ja l'ha elaborat o l'ha inclòs en un ordre del dia.

Actuar així implica per a aquesta institució un esforç inútil i, en conseqüència, es fa un mal ús dels escassos recursos materials i econòmics de què disposa per dur a terme l'activitat consultiva.

3. Doctrina emesa des del punt de vista competencial

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. Per analitzar aquest punt, hem de partir prèviament, en funció dels *títols competencials* que invoca l'executiu autonòmic o l'Administració insular en l'exercici de la potestat reglamentària, de la classificació dels dictàmens en els blocs següents:

a) Dictàmens sobre projectes de reglament (decrets o ordres) del Govern de les Illes Balears elaborats en exercici de competències de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears dels articles 30 i següents de l'Estatut d'autonomia

En aquest bloc s'insereixen, en primer lloc, els dictàmens que ha emès el Consell Consultiu sobre projectes normatius del Govern que desenvolupen matèries que són *competència exclusiva* de la Comunitat Autònoma (dels articles 30, 35 o 36 de l'Estatut, fonamentalment), i també els dictàmens emesos sobre projectes que fan ús de la facultat de *desenvolupament normatiu* de la Comunitat Autònoma (matèries de l'article 31 de l'Estatut) i els relatius a projectes que ha elaborat el Govern balear fent ús de les seves *competències executives* (matèries de l'article 32 de l'Estatut).

b) Dictàmens sobre projectes del Govern de les Illes Balears que declaren fer ús de la potestat reglamentària de principis generals normatius de l'article 58.3 de l'Estatut d'autonomia, perquè afecten competències pròpies dels consells insulars

Aquest és el cas del Dictamen 85/2013 —emès en matèria de serveis socials (article

70.4 de l'Estatut)—, sobre el Projecte de decret de modificació del Decret 86/2010, de 25 de juny, pel qual s'estableixen els principis generals i les directrius de coordinació per a l'autorització i l'acreditació dels serveis socials d'atenció a persones grans i persones amb discapacitats, i del Dictamen 115/2013 —emès en matèria turística i esportiva (apartats 3 i 4 de l'article 70 mencionat)— sobre el Projecte de decret pel qual es regula el busseig turístic i recreatiu a la comunitat autònoma de les Illes Balears, que més endavant examinarem.

c) Dictàmens sobre projectes dels consells insulars elaborats en desenvolupament de competències atribuïdes com a pròpies en el dit article 70 i d'acord amb les lleis autonòmiques pertinents

En aquest apartat s'insereixen els dictàmens 25 i 107, ambdós emesos sobre projectes de reglaments insulars: el primer, el Dictamen 25/2013, emès en matèria d'ordenació turística (apartat 3 de l'article 70), relatiu al Projecte de reglament del Consell Insular d'Eivissa pel qual es regulen determinats aspectes conformadors de la prestació de serveis turístics a establiments i en activitats turístiques situats a l'illa d'Eivissa; el segon, el Dictamen 107/2013, en matèria d'activitats classificades (apartat 11 de l'article 70), relatiu al Projecte de reglament regulador dels serveis d'admissió i control d'ambient intern en les activitats d'espectacles públics i recreatives, en l'àmbit de l'illa de Mallorca.

d) Dictàmens sobre projectes del Govern que declaren expressament fer ús de la clàusula de reserva competencial de l'article 69 de l'Estatut d'autonomia o de la facultat de coordinació de l'activitat dels consells insulars prevista en l'article 72.2 del text estatutari

Aquest és el cas dels projectes analitzats en els dictàmens 92/2013 —sobre el Projecte de decret pel qual s'estableix el Pla de Gestió Pluriinsular per a la Pesca amb Arts de Tirada Tradicionals en Aigües de les Illes Balears—, que analitzarem més endavant; 70/2013 —sobre el Projecte de decret pel qual es modifica el Decret 108/2011, d'11 de novembre, pel qual es regula el Consell Balear de Transports Terrestres—, i 129/2013 —sobre el Projecte de decret pel qual es modifica el Decret 9/1997, de 23 de gener, pel qual es crea el Registre de Societats Agràries de Transformació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears—, que també examinarem més endavant.

Com a resultat de l'anàlisi anterior, cal destacar que bona part dels dictàmens de l'any 2013 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 exclusives en l'article 30 de l'Estatut d'autonomia. En aquests casos, el Consell Consultiu ha considerat que no hi havia dubtes 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 mateixa norma.

Altrament, i respecte de les competències insulars atribuïdes com a pròpies en la relació de matèries contingudes en l'article 70 de l'Estatut i sobre les quals els

consells insulars tenen potestat reglamentària —com és el cas d'agricultura, de serveis socials o d'ordenació i promoció turística—, l'òrgan de consulta ha reiterat la seva doctrina, recollida durant els anys 2011 i 2012 en nombrosos dictàmens, que fa referència a 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 72.2 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 desenvoluparem amb més detall quina ha estat la doctrina del Consell Consultiu emesa durant l'any 2013 en relació amb cada un dels blocs de dictàmens anteriors, que s'han classificat segons els títols competencials.

3.1. Dictàmens sobre projectes elaborats en l'exercici de competències autonòmiques dels articles 30 i següents de l'Estatut d'autonomia

Dins aquest apartat podem incloure bona part dels dictàmens que ha emès el Consell Consultiu pel que fa a projectes normatius del Govern que responen a l'exercici de competències atribuïdes, amb caràcter exclusiu, a la Comunitat Autònoma per l'Estatut en l'article 30 (dictàmens 2, 3, 5, 6, 14, 44, 47, 53, 67, 68, 69, 70, 93, 94, 104, 105, 106, 138 i 140); l'article 35 (dictàmens 1, 4, 32, 84 i 130), o bé en altres preceptes estatutaris que així ho estableixen expressament (article 36.2 — que li atribueix la competència de desenvolupament legislatiu i d'execució en matèria d'ensenyament en tota la seva extensió—; article 127.2 —que li atribueix la competència per ordenar i regular la seva hisenda— o l'article 109 —sobre desenvolupament i execució del dret comunitari—, entre d'altres). De tots els dictàmens emesos en aquest apartat, volem destacar molt especialment, per la important doctrina del Consell Consultiu que contenen, els següents:

— ***Dictamen 70/2013, relatiu al Projecte de decret pel qual es modifica el Decret 108/2011, d'11 de novembre, pel qual es regula el Consell Balear de Transports Terrestres***

En aquest dictamen s'analitza un projecte de decret que elaborà la Conselleria d'Agricultura, Medi Ambient i Territori per modificar l'estructura i el funcionament del *Consell Balear de Transport per Carretera*, òrgan superior d'assessorament, consulta i debat sectorial de l'Administració autonòmica en els temes que afecten el sistema de transports terrestres en el seu àmbit territorial. En consideració a la naturalesa de la disposició projectada, clarament organitzativa atenent la seva finalitat, el dictamen s'emeta amb *caràcter facultatiu*.

Des del punt de vista competencial, una vegada analitzat el Projecte, l'òrgan de consulta conclou que la competència és exclusiva de la Comunitat Autònoma, atès que el Projecte de decret té per objecte crear i regular un òrgan de l'Administració autonòmica, «[...] lo que se enmarca dentro del ámbito competencial exclusivo previsto en el apartado 1 del artículo 30 del Estatuto de Autonomía en relación con

el 79, sobre el règimen organizativo de la Administración propia». Tot i això, quan s'analitza quin és l'òrgan competent per aprovar el Projecte de decret, l'òrgan consultiu adverteix que l'article 70.10 de l'Estatut d'autonomia del 2007 inclou la matèria de «transports terrestres» en la relació de competències pròpies dels consells insulars, respecte de les quals tenen potestat reglamentària per aplicació de l'article 72. *No obstant això, en el dictamen l'òrgan de consulta conclou que no es tracta d'un decret de principis generals i que la potestat reglamentària per aprovar la norma correspon al Govern balear, tant en virtut de l'article 79 de l'Estatut —perquè sosté que la competència autonòmica que s'exercita aquí és la d'autoorganització— com per aplicació de l'article 69 del text estatutari (que conté la «clàusula de tancament» o de reserva competencial), atès que el Projecte té per objecte regular un òrgan de consulta d'àmbit suprainssular sobre una matèria que és competència pròpia dels consells insulars d'acord amb l'Estatut d'autonomia. En conseqüència, l'òrgan consultiu conclou que els títols competencials que fonamenten la potestat reglamentària del Govern per a aquest cas concret són els articles 30.1, 30.5, 58 i 84.2 de l'Estatut.*

Pel que fa al contingut del Projecte, conclou en sentit favorable a l'aprovació de la norma, si bé formula un parell d'observacions amb caràcter essencial. Aquest dictamen s'aprovà per unanimitat dels membres del Consell Consultiu. Finalment, el Consell de Govern aprovà el Decret amb la fórmula ritual «d'acord amb el Consell Consultiu» i es publicà en el BOIB núm. 121, de 31 d'agost.

— Dictamen 44/2013, sobre el Projecte de decret pel qual es regula l'activitat industrial i la prestació de serveis en els tallers de reparació de vehicles automòbils i dels seus equips i components, i es crea el Registre Especial de Responsables Tècnics de Taller de Reparació d'Automòbils

En el dictamen s'examina un projecte de decret que la Vicepresidència Econòmica, de Promoció Empresarial i d'Ocupació elaborà amb la finalitat de reformar el funcionament d'un registre administratiu de responsables de tallers de reparacions d'automòbils i d'establir la manera d'acreditar la idoneïtat dels qui s'hi vulguin inscriure. El dictamen s'emet amb caràcter *preceptiu*, perquè es tracta d'un projecte reglamentari amb clars efectes *ad extra*.

Des d'una perspectiva competencial, es destaca que el Govern ha elaborat el Projecte de decret en exercici de la competència exclusiva en matèria d'indústria, que atribueix a la Comunitat Autònoma l'article 30.34 de l'Estatut amb aquesta indicació final: «s'ha de fer d'acord amb les bases i l'ordenació de l'activitat econòmica en general». Aquesta indicació enllaça amb l'exposició de tot el marc normatiu comunitari, estatal i autonòmic en què s'insereix la disposició, amb especial esment de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de desembre de 2006, del Parlament Europeu i del Consell, relativa als serveis en el mercat interior (*Directiva de serveis*), i de la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici, que la transposà a l'ordenament jurídic intern. L'examen del marc normatiu anterior condueix el Consell Consultiu a afirmar que el Govern té competència per regular el Projecte sobre la matèria proposada, si bé adverteix que el títol competencial està «restringit, tant per la normativa estatal bàsica [...] com per les competències pròpies dels consells insulars (article 70.5 i 7 de l'Estatut) relatives

a "inspecció tècnica de vehicles" i "activitats classificades"». Tot i així, l'òrgan consultiu conclou que no hi ha cap dubte sobre la competència del Govern per aprovar el Projecte, atès que s'han suprimit de l'avantprojecte totes les referències a la matèria d'ITV.

No obstant això, des del punt de vista substantiu o de fons, *el dictamen és desfavorable a la regulació projectada per diferents deficiències que es qualifiquen d'essencials*, per una qüestió de legalitat i jerarquia normativa. Així, s'explica que el *Projecte preveu un requisit restrictiu per a l'accés a l'activitat econòmica de taller de reparació d'automòbils que consisteix en l'exigència de capacitació per als responsables de tallers i que no té cobertura en la normativa bàsica estatal de transposició de la Directiva de serveis. Es tracta, per tant, d'una limitació de la llibertat d'empresa i d'exercici professional, que només es poden veure limitats per llei*. S'hi afegeix que aquest requisit restrictiu determinaria, a més a més, la necessitat d'acomplir el tràmit de comunicació del projecte a la Comissió Europea que preveu la disposició addicional quarta de la Llei 17/2009, de 23 de novembre. Per tot això, l'òrgan consultiu conclou desfavorablement respecte al Projecte, perquè considera que determinats articles infringeixen la legalitat i contravenen tant a la normativa estatal bàsica com a l'europea.

Altrament, dins aquest bloc de dictàmens sobre projectes del Govern, també volem destacar els següents:

a) Dictàmens sobre projectes en què el Govern exerceix la competència autonòmica exclusiva de l'article 35 («[...] ensenyament de la llengua catalana, pròpia de les Illes Balears, d'acord amb la tradició literària autòctona [...]») **i de l'article 36 de l'Estatut** («en matèria d'ensenyament no universitari»), que està en concordança amb el que disposa l'article 4 de l'Estatut d'autonomia

El Consell Consultiu ha analitzat, dins aquest bloc, diferents projectes normatius que desenvolupen aquests títols competencials. Aquí s'insereixen el **Dictamen 1/2013** —sobre el Projecte d'ordre del conseller d'Educació, Cultura i Universitats per la qual es determinen els títols, diplomes i certificats equivalents als certificats de coneixements de llengua catalana de la Direcció General de Cultura i Joventut—; el **Dictamen 4/2013** —sobre el Projecte d'ordre per la qual es fixen les titulacions que cal tenir per fer classes de llengua catalana i en llengua catalana, pròpia de les Illes Balears, a l'ensenyament reglat no universitari i s'estableix el *Pla de Formació Lingüística i Cultural (FOLC)*, que també esmenta com a títol competencial el de l'article 36.1 de l'Estatut, atès que en matèria d'ensenyament no universitari la Comunitat Autònoma de les Illes Balears és competent per regular «la formació i el perfeccionament del personal docent»—; el **Dictamen 84/2013** —sobre el Projecte de decret de modificació del Decret 75/1994, de 26 de maig, pel qual s'estableix el barem de mèrits en els concursos per proveir llocs de treball reservats a funcionaris amb habilitació nacional, que, a més de fer menció de l'article 4 de l'Estatut, en la relació de títols competencials que habiliten el Govern per regular aquesta matèria, fa referència als articles estatutaris 36.2 (desenvolupament legislatiu i execució, en matèria d'*ensenyament*) i 31.3 (desenvolupament legislatiu i execució de l'estatut dels funcionaris de l'Administració autonòmica i de la local) de l'Estatut d'autonomia,

atès que tenia per finalitat establir amb caràcter general la valoració com a *mèrit* dels coneixements de la llengua catalana en els concursos de provisió de llocs de feina reservats a funcionaris amb habilitació nacional—, i, finalment, el **Dictamen 130/2013** —relatiu al Projecte de decret d'avaluació i certificació de coneixements de llengua catalana—, en l'anàlisi del qual, per la important doctrina que conté, hem de detenir-nos.

El Dictamen 130/2013 examina el Projecte de decret que elaborà la Conselleria d'Educació, Cultura i Universitats sobre avaluació i certificació de coneixements de català. L'objectiu d'aquest Projecte era regular els certificats que acrediten de manera oficial els coneixements de llengua catalana i les proves per obtenir-los, al marge dels estudis reglats de català. Com que es tractava d'una norma amb un clar contingut *ad extra*, que afectava tercers aliens a l'Administració autonòmica, el dictamen es va emetre amb caràcter preceptiu.

D'altra banda, 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 (en la darrera redacció que aporta la Llei 9/2012, de 19 de juliol), en els articles 1.2.a, 6, 9, 16 i 33.1, entre d'altres, la Comunitat Autònoma de les Illes Balears disposa de la competència exclusiva en tot allò que fa referència a la matèria que s'insereix en l'article 35 de l'Estatut d'autonomia («[...] ensenyament de la llengua catalana, pròpia de les Illes Balears [...]»), i, per tant, el Govern pot exercir la potestat reglamentària de conformitat amb l'article 58 de l'Estatut (segons el qual correspon al Govern de les Illes Balears l'exercici de les competències a què es refereix el títol III —el qual conté precisament l'article 35— i la potestat reglamentària en les seves competències) i els articles 38 i següents de la Llei 4/2001, de 14 de març. També deixa clar que la Conselleria d'Educació, Cultura i Universitats té la competència material per iniciar i tramitar el Projecte, com a fase prèvia a l'aprovació pel Consell de Govern.

Pel que fa al procediment seguit en l'elaboració del Projecte, l'òrgan consultiu *advertí aquí que hi havia dues deficiències importants que s'havien d'esmenar*. La primera és la relativa a la manca de justificació suficient de l'absència de l'estudi de càrregues administratives que preveu l'article 42.2 de la Llei 4/2001, del Govern. En aquest punt, l'òrgan consultiu recordà:

Respecte de l'estudi de les càrregues administratives que comporta la nova regulació (estudi que tendeix a evitar que s'incloguin tràmits i càrregues innecessaris, exigit per l'apartat 2 de l'article 42 de la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern de les Illes Balears, redactat per 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), hem d'observar que en el procediment s'expressa que el Projecte «no introdueix noves càrregues administratives», sense més justificacions.

En aquest aspecte, el Consell Consultiu, reiterant les precisions que ja va fer a aquest efecte en els dictàmens 88/2012 i 97/2012 i que resulten també aplicables al cas present, vol cridar l'atenció sobre el contingut de l'estudi i el sistema que s'ha de seguir per elaborar-lo:

L'Acord del Consell de Govern de 16 de març de 2012 pel qual es determinen el contingut i el sistema d'elaboració de l'estudi de càrregues administratives és indubtablement

aplicable al cas que ens ocupa [...].

La segona deficiència del procediment que posà en relleu té relació amb el compliment del *tràmit* d'audiència previst en l'article 43 de la Llei 4/2001, que considera essencial; indica que no dur-lo a terme «pot fins i tot comportar la nul·litat de ple dret de la disposició normativa afectada». *En aquest cas concret, el Consell Consultiu advertí de l'omissió d'aquest tràmit amb referència a una disposició addicional —la quarta— introduïda en el text del Projecte de decret amb posterioritat al tràmit d'audiència i participació pública, per la qual cosa conclou que s'ha de suprimir aquesta disposició addicional quarta pels motius següents:*

[...] 2. En el cas examinat, tal com s'ha explicat en els antecedents, un cop sotmès el Projecte normatiu al tràmit d'audiència i una vegada valorades les diferents al·legacions formulades, l'òrgan encarregat de la tramitació incorpora al Projecte de decret una disposició addicional quarta, per la qual es pretén modificar l'article 5 del Decret 92/1997, de 4 de juliol, que regula l'ús i l'ensenyament de i en llengua catalana, pròpia de les Illes Balears, en els centres docents no universitaris, amb l'objectiu de modificar l'aspecte relatiu a l'habilitació per desenvolupar el procediment d'exempció de l'avaluació de la llengua i de la literatura catalanes. Un cop introduïda aquesta modificació, l'òrgan responsable de la tramitació no obre un nou tràmit d'audiència, a l'efecte que s'hi puguin presentar al·legacions, ni tampoc es planteja la necessitat de demanar informes preceptius per completar el procediment d'elaboració de la norma projectada.

No hi ha cap dubte que el Decret 92/1997 és un reglament executiu —així ho posa de manifest el nostre Dictamen 39/1997— i que el canvi proposat supera els aspectes purament organitzatius de l'Administració, perquè es predica d'un procediment que afecta un nombre indeterminat de persones. No consta tampoc cap resolució de la consellera per prescindir del tràmit d'audiència per motius greus d'interès públic [...]. Així doncs, tenint en compte que la disposició addicional quarta s'ha incorporat una vegada complerta la fase de l'audiència i la participació, i que no s'ha sotmès als tràmits i als informes prevists en els articles 42 a 46 de la Llei 4/2001, el Consell Consultiu considera que en la modificació realitzada per l'òrgan impulsor de la norma en la darrera versió del Decret, que ha estat remesa per a l'emissió del preceptiu dictamen, no s'ha seguit el procediment legalment establert per elaborar les disposicions administratives de caràcter general. Per tant, s'haurà de suprimir aquesta disposició addicional quarta.

No obstant això, des del punt de vista substancial o de fons, l'òrgan de consulta conclou en sentit favorable al Projecte, perquè «entén que la normativa projectada s'ajusta, en principi, a l'Estatut d'autonomia i a la legislació aplicable, en particular a la Llei 3/1986, de 29 d'abril, de normalització lingüística». Sens perjudici d'això, l'òrgan consultiu fa un seguit d'observacions essencials sobre el seu contingut. D'entre totes destaquem la relativa a la necessitat que el preàmbul de la norma, d'acord amb l'article 39.4 de la Llei 4/2001, faci referència al marc normatiu que l'habilita i «al títol competencial que confereix a la Comunitat Autònoma les atribucions sobre l'ensenyament de la llengua catalana, que és l'article 35 de la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer, de l'Estatut d'autonomia».

b) Dictàmens sobre projectes elaborats per l'executiu autonòmic en exercici de les competències de desenvolupament legislatiu i execució en el marc de la legislació bàsica estatal contingudes en l'article 31 de l'Estatut

En aquest apartat, hem d'ubicar el **Dictamen 34/2013** —relatiu al Projecte de decret de modificació del Decret 54/2002, de 12 d'abril, pel qual es regulen les indemnitzacions per raó del servei del personal al servei de l'Administració

autonòmica de les Illes Balears—, el **Dictamen 84/2013** —relatiu al Projecte de decret de modificació del Decret 75/1994, de 26 de maig, pel qual s'estableix el barem de mèrits en els concursos per proveir llocs de treball reservats a funcionaris amb habilitació nacional, que també esmenta com a títols competencials els dels articles 4 i 36 de l'Estatut—, i el **57/2013** —relatiu al Projecte de decret pel qual es regula la modalitat de prestació de serveis mitjançant el teletreball a l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears. Tots es refereixen a disposicions reglamentàries que despleguen la matèria continguda en l'apartat 3 de l'article 31 («Estatut dels funcionaris de l'Administració de la Comunitat Autònoma [...]»). D'altra banda, en desenvolupament de la competència autonòmica en matèria de protecció de dades personals (apartat 14 de l'article 31 de l'Estatut) es va elaborar el Projecte d'ordre de la consellera d'Administracions Públiques de creació, modificació i supressió de fitxers que contenen dades personals de la Conselleria d'Administracions Públiques i de l'EBAP, que va ser objecte del nostre **Dictamen 83/2013**.

Dins aquest bloc hem d'incloure també els dictàmens emesos sobre projectes normatius del Govern en matèria d'educació, elaborats en exercici de la competència de desenvolupament legislatiu i execució de l'*ensenyament* continguda en 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 s'ha pronunciat en els **dictàmens 32, 33, 42, 58, 59, 116 i 131 de 2013**. En tots, 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. Dels dictàmens esmentats, el més rellevant, sens dubte, per la doctrina que conté és el primer, que seguidament analitzam:

— ***Dictamen núm. 32/2013, relatiu al Projecte de decret pel qual es regula el tractament integrat de les llengües als centres docents no universitaris de les Illes Balears***

Amb aquest Projecte de decret es vol introduir en l'ensenyament no universitari de les Illes Balears un model nou, el «tractament integrat de llengües» (TIL), que té com a objectiu principal fomentar la capacitat de l'alumnat per expressar-se en les dues llengües oficials i, a més a més, en una llengua estrangera —preferiblement l'anglès— o dues. En consideració al seu objecte, el dictamen, sol·licitat com a *urgent* per la Conselleria, s'emet amb caràcter preceptiu, atès que la regulació en projecte, si bé té un contingut organitzatiu (tant respecte dels centres públics com dels privats concertats), també té una efectiva incidència sobre tota la comunitat educativa. Des d'un punt de vista competencial, l'òrgan consultiu no té cap dubte respecte de l'habilitació del Govern per regular aquesta matèria en exercici de la seva potestat reglamentària i de conformitat amb els títols competencials continguts en els articles 36.2 i 35 de l'Estatut d'autonomia.

Des del punt de vista procedimental, el dictamen observa que, si bé la Conselleria d'Educació, Cultura i Universitats, promotora de la norma, ha seguit en els aspectes essencials els tràmits derivats dels articles 42 i següents de la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern, tant l'estudi econòmic com l'estudi de càrregues administratives

derivades de la norma en projecte s'han elaborat succintament, quan per la importància que tenen era exigible que es fessin amb més detall. A més a més, adverteix que no consta en l'expedient, pel que fa al tràmit d'audiència i participació pública, que es donàs tràmit de participació a la Universitat de les Illes Balears, encara que conclou: «[...] si bien es de tener en cuenta que la misma forma parte del Consejo Escolar y que, por tanto, tuvo oportunidad por tal medio de formular las alegaciones u observaciones pertinentes». En aquest punt destaca que el tràmit d'audiència i participació en l'elaboració de la norma de tots els diferents estaments de la comunitat educativa, dels sindicats i de les entitats territorials (consells insulars i ajuntaments) s'ha acomplert mitjançant l'informe sobre el Projecte de decret que va emetre el Consell Escolar —«òrgan de participació i consulta de tota la comunitat educativa, a més dels consells insulars i municipis»—, en què estan representats.

Una vegada examinat el Projecte de decret, el dictamen, aprovat per la majoria dels membres del Consell Consultiu, es pronuncia en sentit favorable sobre la seva legalitat. No obstant això, formula també tot un seguit d'observacions *essencials* sobre el contingut del Projecte, d'entre les quals destacam, especialment, per la seva rellevància, l'observació relativa al «calendari d'aplicació». En efecte, la disposició addicional segona del Projecte preveia una habilitació expressa al director general d'Ordenació, Innovació i Formació Professional per establir, mitjançant una *resolució*, un calendari en què es concretàs el període d'implantació del Decret. Per contra, l'òrgan consultiu deixà clar que aquesta disposició no resultava conforme a dret perquè el calendari era una qüestió *essencial per a l'efectivitat de la norma projectada*, que havia de ser regulada, per tant, mitjançant una *disposició reglamentària*, encara que fos de segon rang normatiu (una ordre en comptes d'un decret).

Contràriament a l'opinió que manifestà la majoria de membres del Consell Consultiu en aquest Dictamen 32/2013, que avalà la conformitat a dret del Projecte, es pronunciaren els consellers Carmen Fernández González, Maria Ballester Cardell, Joan Oliver Araujo i Pere Aguiló Monjo mitjançant l'emissió conjunta d'un vot particular. Resta afegir que el Consell de Govern aprovà el Projecte de decret amb la fórmula ritual «d'acord amb el Consell Consultiu» i es publicà en el BOIB núm. 74, de 25 d'abril, com a Decret 15/2013, de 19 d'abril, pel qual es regula el tractament integrat de les llengües als centres docents no universitaris de les Illes Balears.

c) Dictàmens relatius a projectes normatius que desenvolupen les competències executives autonòmiques de l'article 32 de l'Estatut

En aquest bloc, durant l'any 2013, s'han emès un total de cinc dictàmens sobre disposicions del Govern que declaren fer ús d'aquestes competències i que invoquen, fonamentalment, l'exercici de les competències executives sobre la matèria prevista en l'apartat 11 de l'article 32 de l'Estatut («Legislació laboral. Formació professional contínua»). Aquests dictàmens són: **Dictamen 56/2013**, relatiu al *Projecte de decret pel qual es crea i es regula la Comissió Consultiva de Convenis Col·lectius de les Illes Balears*; **Dictamen 33/2013**, relatiu al *Projecte d'ordre per la qual es regula l'establiment dels preus públics que ha d'aplicar el Centre Integrat de Formació Professional Nauticopesquera per als ensenyaments que condueixen a l'obtenció de títols professionals i certificats d'especialitat de la*

marina mercant, en què l'òrgan consultiu també assenyalà que l'habilitació de la Comunitat Autònoma per elaborar i aprovar la norma reglamentària projectada, en l'àmbit material de la formació professional, derivava directament de la previsió continguda en l'article 85.2 de l'Estatut, que disposa que, en relació amb les competències relacionades amb l'article 32, «[...] la potestat executiva de la Comunitat Autònoma podrà dur annexa la potestat reglamentària quan sigui necessària per a l'execució de la normativa de l'Estat»; **Dictamen 42/2013**, relatiu al *Projecte d'ordre del conseller d'Educació, Cultura i Universitats per la qual es regulen els programes de qualificació professional inicial a les Illes Balears*, amb sentit desfavorable per deficiències procedimentals; **Dictamen 116/2013**, relatiu al nou *Projecte d'ordre de la consellera d'Educació, Cultura i Universitats per la qual es regulen els programes de qualificació professional inicial* (elaborat després de reiniciar el procediment per esmenar les deficiències que havia detectat el dictamen anterior), i **Dictamen 131/2013**, relatiu al *Projecte d'ordre de la consellera d'Educació de modificació de l'Ordre de la consellera d'Educació i Cultura de 13 de juliol de 2009 per la qual es regula l'organització i el funcionament dels cicles formatius de formació professional del sistema educatiu que s'imparteixen d'acord amb la Llei orgànica 2/2006, de 3 de maig, d'educació a les Illes Balears, en la modalitat d'ensenyament presencial*. De tots aquests dictàmens, en destacarem, per l'exhaustiu anàlisi de l'objecte de regulació i del marc normatiu estatal en què s'insereix, el següent:

— **Dictamen 56/2013 relatiu al Projecte de decret pel qual es crea i es regula la Comissió Consultiva de Convenis Col·lectius de les Illes Balears**

En aquest Dictamen s'examina un projecte de reglament, elaborat per la Vicepresidència Econòmica, de Promoció Empresarial i d'Ocupació, que té per objecte crear i regular el funcionament de la Comissió Consultiva de Convenis Col·lectius de les Illes Balears. D'acord amb això, el dictamen s'emet amb caràcter preceptiu, perquè la norma en projecte va més enllà de la simple organització d'un organisme autonòmic i té efectes *ad extra* perquè els procediments i els tràmits que regula afecten «[...] el dret a la negociació col·lectiva, l'aplicació dels convenis col·lectius i els conflictes que la dita aplicació provoca en els àmbits sectorials i d'empresa [...]».

D'altra banda, en l'àmbit autonòmic, *els títols competencials que invoca el Govern per a l'exercici de la potestat reglamentària sobre aquesta matèria i que s'invoquen en el Projecte són els articles següents de l'Estatut: l'article 32.11* —que atribueix a la Comunitat Autònoma competències executives en matèria de legislació laboral i formació professional contínua—, *l'article 30.1* —que li atribueix competència exclusiva per regular l'organització, el règim i el funcionament de les institucions pròpies en el marc de l'Estatut— i *l'article 27.2*, que desplega en les nostres illes la Llei 2/2011, de 22 de març, que regula la participació de les organitzacions empresarials i sindicals més representatives. L'òrgan consultiu conclou: «[...] de la normativa abans esmentada se'n desprèn, sense cap dubte, la competència del Govern de les Illes Balears per aprovar la norma en projecte, i de la Vicepresidència Econòmica, de Promoció Empresarial i d'Ocupació per impulsar l'elaboració d'aquest Projecte de disposició reglamentària de conformitat amb els articles 38.1 i 42.1 de la Llei 4/2001, de 14 de març [...]».

Pel que fa a l'exercici concret de la funció d'execució sobre aquesta matèria, el Consell Consultiu exposa, en la consideració jurídica quarta del dictamen, la doctrina següent:

Com ja s'ha dit, aquest Projecte de decret satisfà una necessitat externa que neix de la legislació laboral estatal i, per tant, el podem considerar com una mostra de la funció d'execució que, en aquesta matèria, està reconeguda en l'EAIB. La presència i la influència de la regulació estatal, que està representada, sobretot, pel Reial decret 1362/2012, que regula la CCNCC [Comissió Consultiva Nacional de Convenis Col·lectius], és evident en el text de la norma en projecte. Ara bé, la nostra Comunitat Autònoma hauria pogut optar per una altra solució, si més no temporalment, i considerar de manera més detallada la conveniència i el contingut de la regulació de la CCCIB [Comissió Consultiva de Convenis Col·lectius de les Illes Balears]. En efecte, la disposició addicional segona del Reial decret 1362/2012, regulador de la CCNCC, ofereix una possibilitat que ha estat rebutjada per la Conselleria promotora del Decret objecte de consulta:

Mitjançant convenis de col·laboració entre el Ministeri d'Ocupació i Seguretat Social i les comunitats autònomes, es pot establir l'actuació de la Comissió Consultiva Nacional de Convenis Col·lectius, adscrita a la Direcció General d'Ocupació del Ministeri d'Ocupació i Seguretat Social, en l'àmbit territorial de les comunitats autònomes en les quals encara no s'hagin constituït els òrgans tripartits equivalents a la Comissió i mentre aquests òrgans tripartits no es constitueixin. En aquests casos, les empreses i els representants legals dels treballadors poden sol·licitar a la Comissió la intervenció per a la solució de discrepàncies per falta d'acord sobre la inaplicació de les condicions de treball presents en el conveni col·lectiu d'aplicació, en les circumstàncies i amb les condicions que estableix aquest Reial decret. Aquesta disposició addicional ha estat corregida clarament per la disposició addicional sisena del Reial decret llei 5/2013, que hem comentat, i que converteix la CCNCC en òrgan competent mentre no es reguli ni es posi en marxa l'òrgan autònom. [...]

Finalment, el dictamen es va pronunciar a favor de l'aprovació del decret projectat, i conté una única observació *essencial*, de caràcter material, que fa referència a la necessitat d'incloure, en el preàmbul de la norma, la menció dels títols competencials de l'Estatut que justifiquen el projecte, a més d'expressar «la finalitat de la regulació i el marc normatiu que l'habilita», d'acord amb el que disposen l'article 39.4 de la Llei 4/2001, de 14 de març, i la doctrina d'aquest òrgan consultiu (dictàmens 6 i 47/2013, entre d'altres).

3.2. Dictàmens sobre projectes de l'executiu autònom que declaren fer ús de la potestat reglamentària de principis generals normatius de l'article 58.3 de l'Estatut d'autonomia

En aquest apartat, hem d'inserir els dictàmens en què el Consell Consultiu ha determinat quin és l'abast de la potestat reglamentària del Govern per establir principis generals normatius quan es tracta d'una regulació que afecta matèries pròpies dels consells insulars. Aquest és el cas del **Dictamen 115/2013**, relatiu al *Projecte de decret pel qual es regula el busseig turístic i recreatiu a la comunitat autònoma de les Illes Balears* —emès amb caràcter desfavorable pels motius que seguidament exposarem—, i del **Dictamen 85/2013**, relatiu al *Projecte de decret de modificació del Decret 86/2010, de 25 de juny, pel qual s'estableixen els principis generals i les directrius de coordinació per a l'autorització i l'acreditació dels serveis socials d'atenció a persones grans i persones amb discapacitats, i es regulen els*

requisits d'autorització i acreditació dels serveis residencials de caràcter suprainsular per a aquests sectors de població.

En el primer dels dos dictàmens —el **Dictamen 115/2013**—, emès amb caràcter preceptiu, s'examinà un projecte de decret, elaborat per la Conselleria de Turisme i Esports, que tenia per finalitat regular els requisits de capacitació del personal directiu i tècnic dels centres de busseig, la formació que el dit personal imparteix als practicants d'aquesta activitat subaquàtica —i que els permet obtenir determinades acreditacions—, i les acreditacions que es poden considerar equivalents per practicar la modalitat de busseig i per a les dites tasques formatives. Des del punt de vista competencial, el dictamen, aprovat per unanimitat de tots els consellers, afirmava amb rotunditat: «El tractament normatiu d'aquests aspectes no constitueix exercici de les competències que, en matèria d'ensenyament, tenen atribuïdes les institucions de la Comunitat Autònoma (article 36 de l'Estatut), com tampoc no implica afectació de les competències estatals en matèria de títols acadèmics i professionals (article 149.1.30a de la Constitució), per tal com es tracta d'una *formació no reglada* destinada exclusivament a l'aprenentatge d'una modalitat esportiva per a la qual són necessaris determinats coneixements tècnics, i que pot culminar en l'acreditació formal de la possessió de determinats coneixements i experiència, però sense que això tenguí efectes directes en el sistema educatiu.»

Això no obstant, més endavant, en analitzar el procediment seguit per elaborar el Projecte és quan l'òrgan consultiu adverteix la Conselleria promotora de la norma que la matèria que és objecte de regulació (busseig turístic i recreatiu) s'insereix dins dos àmbits materials (turisme i esport i lleure) *que són competències pròpies dels consells insulars* (article 70, apartats 3 i 9, de l'Estatut), *motiu pel qual, de conformitat amb el que disposa l'article 45 de la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern de les Illes Balears, aquests ens territorials haurien d'haver participat en el procediment, perquè les seves competències resulten afectades.* Aquest incompliment del tràmit d'intervenció d'ens territorials del dit article 45 és qualifica com una deficiència procedimental *greu*, perquè afecta un tràmit essencial. Per això, el Consell Consultiu exigeix la retroacció de les actuacions instructoras al tràmit corresponent per esmenar aquest defecte.

Això no obstant, la formulació d'aquesta observació essencial no impedeix al Consell Consultiu continuar examinant el contingut del Projecte. Així, en el dictamen reitera (en la consideració jurídica cinquena) la seva doctrina relativa a la *capacitat del Govern de dictar principis generals normatius* sobre les matèries que l'article 70 de l'Estatut d'autonomia assigna als consells insulars com a competències pròpies, *en desenvolupament de la facultat de coordinació de l'activitat dels consells insulars en l'exercici d'aquestes competències que li assigna l'article 72.3 de l'Estatut:*

— Amb la reforma estatutària de 2007, els consells insulars venen enfortida la seva posició institucional; milloraren el seu sostre competencial (articles 61, 70 i 71) i les potestats públiques a la seva disposició. Passaren a ser protagonistes indiscutibles del poder executiu de la Comunitat Autònoma (article 84.2 de l'Estatut) i esdevingueren ens dotats de poders reglamentaris ex Estatut (article 72 de l'Estatut), amb capacitat per engegar polítiques pròpies, especialment en el camp de les activitats de foment (article 73 de l'Estatut).

— En aquest context, l'article 70 del text estatutari establí com a competències pròpies dels consells insulars les corresponents a les matèries «Ordenació i promoció turística»

(apartat 3) i «Esport i lleure. Foment i promoció de les activitats esportives i de lleure» (apartat 9).

— Conseqüentment, el legislador estatutari ha volgut que els ens insulars poguessin innovar l'ordenament jurídic en aquestes matèries —en l'àmbit propi d'autonomia— mitjançant l'exercici de la potestat reglamentària (article 72 de l'Estatut), la qual cosa, com ja hem explicat en altres dictàmens, determina la correlativa limitació dels poders normatius del Govern de la Comunitat Autònoma, el qual només podrà aprovar, en els àmbits materials de l'article 70, decrets que incorporin principis generals normatius de conformitat amb l'article 58.3 de l'Estatut, els quals s'hauran de configurar d'acord amb els criteris formals i materials que aquest Consell Consultiu ha anat perfilant, entre d'altres, en els dictàmens 91, 92, 93, 101, 104, 127 i 197 de 2007, i 116, 124, 130, 142 i 149 de 2008.

— Així doncs, en analitzar l'articulat del Projecte, haurem de tenir en compte també aquesta perspectiva competencial i comprovar si cada una de les mesures normatives del Govern s'adequa a les exigències de l'Estatut d'autonomia i de la nostra doctrina, però deixant clar que els consells insulars són titulars de la potestat reglamentària en les matèries esmentades, en les quals, com ja hem explicat, s'ha de situar la matèria sobre la qual versa el Projecte que s'examina.

— Per descomptat, l'atribució de competències als consells insulars en el sector material que ens ocupa comporta ordinàriament també l'exercici de funcions executives en l'àmbit territorial corresponent, sempre que l'Administració de la Comunitat Autònoma no es reservi actuacions executives o de gestió vinculades als principis generals normatius o al principi de supraterritorialitat. En tot cas, la competència per atorgar l'autorització prèvia per al funcionament dels centres de busseig ha de correspondre, com a regla general, al consell insular competent.

— Aquestes afirmacions són compatibles amb les peculiaritats de l'illa de Mallorca, àmbit territorial on actualment la Conselleria de Turisme i Esports deté competències executives perquè no s'ha produït, en favor del Consell Insular, el traspàs corresponent en els termes de l'article 70 *in fine* del text estatutari.

D'aquesta manera, el Consell Consultiu consolida una doctrina que s'inicià a finals de l'any 2007 i que s'ha anat afermant en dictàmens posteriors (197/2009; 113, 114 i 116/2010; 48, 80 i 81/2011; 98/2012) fins a l'actualitat. Atenent la *facultat del Govern d'establir principis generals normatius* sobre aquesta matèria, l'òrgan consultiu també exposa:

[...]Tenint en compte l'article 58.3 de l'Estatut d'autonomia, d'acord amb la doctrina que, en relació amb aquestes qüestions, hem anat perfilant en nombrosos dictàmens, i en vista d'allò que ja hem exposat pel que fa a la matèria regulada, el títol del futur Decret s'hauria d'apropar a la fórmula següent: *Decret [...] pel qual s'estableixen principis generals en matèria de busseig [...]*.

També des d'una òptica formal, convindria que el Projecte contingués una nova disposició final —que tal vegada hauria de ser la primera— en virtut de la qual s'identificassin clarament els articles i les disposicions que han de gaudir de la consideració de principis generals normatius a l'efecte de l'article 58.3 de l'Estatut.

Des d'un punt de vista substancial, es pot considerar que, en conjunt, el contingut normatiu del Projecte respon a un tractament bàsic de l'ordenació del busseig recreatiu que ha de regir en totes les illes i que, al mateix temps, deixa un marge apreciable als consells insulars per dictar reglaments de desplegament o de complement de la normativa estatal en consideració als interessos territorials respectius.

Quant als registres prevists en l'article 18 del Projecte, el Consell Consultiu no veu cap

obstacle a crear un registre de caràcter autonòmic, independent dels que creïn els ens insulars, però coordinat amb aquests.

Sens perjudici del que s'acaba d'afirmar, la redacció d'alguns articles i disposicions hauria de ser revisada per substituir en general les referències a la Conselleria de Turisme i Esports per altres referències comprensives de les administracions competents.

Per acabar volem afegir que, en aquest cas, sens perjudici de l'existència del defecte procedimental indicat abans sobre l'absència de participació, en el procediment, d'ens territorials (deficiència que determinà la retroacció d'actuacions en l'expedient), el Consell Consultiu formulà, en la darrera consideració jurídica del dictamen, diverses observacions essencials materials o de contingut sobre el Projecte que examinarem en l'apartat corresponent.

3.3. Dictàmens sobre projectes de reglaments que emanen dels consells insulars, elaborats en desenvolupament de competències atribuïdes com a pròpies en l'article 70 de l'Estatut d'autonomia i d'acord amb les lleis autonòmiques

Durant l'any 2013 el Consell Consultiu ha examinat dos projectes de reglaments elaborats per l'Administració insular en desenvolupament de competències pròpies de l'article 70 de l'Estatut: el primer, Dictamen 25/2013), emès en matèria d'ordenació turística (article 70.3 de l'Estatut), relatiu al *Projecte de reglament del Consell Insular d'Eivissa pel qual es regulen determinats aspectes conformadors de la prestació de serveis turístics a establiments i en activitats turístiques situats a l'illa d'Eivissa*; el segon, Dictamen 107/2013, en matèria d'activitats classificades (article 70.11 de l'Estatut), relatiu al *Projecte de reglament regulador dels serveis d'admissió i control d'ambient intern en les activitats d'espectacles públics i recreatives, en l'àmbit de l'illa de Mallorca*. Passarem, a continuació, a comentar la doctrina continguda en aquest darrer dictamen.

— Dictamen núm. 107/2013, sobre el *Projecte de reglament regulador dels serveis d'admissió i control d'ambient intern en les activitats d'espectacles públics i recreatives en l'àmbit de l'illa de Mallorca*

Aquest dictamen es va emetre amb caràcter preceptiu, de conformitat amb el que disposa l'article 18.8 de la Llei 5/2010, perquè es tracta d'un projecte de disposició reglamentària que emana d'un consell insular i que es dicta en exercici de la potestat reglamentària normativa reconeguda en l'article 72 de l'Estatut d'autonomia, sobre una competència pròpia dels consells insulars derivada de l'article 70.11 ("espectacles públics i activitats recreatives"). Segons explica l'òrgan consultiu, això és així «[...] aunque el ejercicio de la potestad reglamentaria deba realizarse atendiendo a los principios generales sobre la materia contenidos en el Decreto 41/2011, de 29 de abril, del Gobierno de las Illes Balears, aprobado en parte (*vide* su disposición adicional primera) al amparo del artículo 58.3 del Estatuto de Autonomía».

Des del punt de vista competencial, el dictamen porta a col·lació els articles 72 i 84.2 de l'Estatut d'autonomia de 2007, que atorguen als consells insulars la potestat

reglamentària sobre les competències atribuïdes com a pròpies (en aquest cas, la de l'article 70.11), i destaca que es tracta d'un projecte de disposició reglamentària del Consell Insular de Mallorca que desplega la *Llei 16/2006, de 17 d'octubre, de règim jurídic de llicències integrades d'activitat de les Illes Balears*, atenent els principis generals que establí el *Decret 41/2001, de 29 d'abril, regulador dels serveis d'admissió i control d'ambient intern en les activitats d'espectacles públics i recreatius*. Volem subratllar també aquí la reflexió que conté el dictamen en relació amb la necessitat que s'emprenqui i s'aprovi urgentment una nova llei de 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 per elaborar projectes de reglaments dictats en desenvolupament de lleis:

[...] Antes de continuar, el Consejo Consultivo debe reiterar de nuevo la reflexión incorporada en sus anteriores dictámenes (núm. 124/2008, 123/2009, 195/2009, 198/2009, 44/2011, 135/2011, 145/2011 y 79/2012), relativos todos ellos a proyectos de disposiciones reglamentarias insulares, respecto a la urgencia con que se tendría que emprender la redacción y aprobación de la nueva ley de consejos insulares, requerida por el art. 68 del Estatuto de Autonomía, aprobado por Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, que regula las novedades derivadas de esta última que refuerzan considerablemente la posición de los consejos insulares en el entramado institucional de nuestra Comunidad Autónoma (*vid*, en especial, el artículo 39), particularmente, por lo que ahora importa, mediante el otorgamiento de la potestad reglamentaria normativa de desarrollo de las leyes (en su art. 72.1) sobre aquellas materias en la que el mismo Estatuto de Autonomía les otorga competencia propia (art. 70). Conviene añadir que la Ley 8/2000, de 27 de octubre, de consejos insulares actualmente vigente fija las reglas fundamentales de su régimen jurídico, organización y funcionamiento, pero, obviamente, por razones temporales, como que es anterior a la reforma estatutaria, no contiene regulación sobre el procedimiento específico que ha de seguir la Administración insular para la aprobación de reglamentos normativos dictados en desarrollo directo de las leyes. Como tampoco lo prevé la vigente Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears, por idéntica razón de ser, también, anterior a la reforma estatutaria mencionada. [...]

En aquest cas, una vegada examinat el procediment que ha seguit el Consell Insular de Mallorca per elaborar el Projecte, l'òrgan consultiu destaca: «[...] no sólo ha tenido en cuenta los trámites derivados del artículo 49 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, y del artículo 102 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, Municipal y de Régimen Local de las Illes Balears, sino también los derivados de los artículos 42 a 47 de la Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Illes Balears.» Per això, conclou que resulta conforme a dret, atès que «sin duda lo ha hecho siguiendo la doctrina actual del Consejo Consultivo acerca del procedimiento aplicable a los Consejos Insulares en el ejercicio de la potestad reglamentaria normativa de desarrollo y compleción de las leyes contenidas en los recientes dictámenes número 145/2011 y 79/2012».

Arribat a aquest punt, l'òrgan consultiu reitera la seva doctrina majoritària sobre el procediment aplicable als consells insulars en l'exercici de la potestat reglamentària normativa de desenvolupament i compleció de les lleis:

[...] 3. No sembra 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'establia 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. [...]

El Consell Consultiu consolida així la seva doctrina, iniciada amb el Dictamen 124/2008, en què abordà aquest assumpte, i l'ha ampliada, definint amb claredat la normativa aplicable, com es desprèn d'aquests darrers dictàmens de 2013. Des del punt de vista material o de contingut, el Consell Consultiu fa també una observació substancial sobre el projecte, en què recorda a l'Administració insular que ha de respectar els principis generals que estableix el Govern sobre aquesta matèria:

El Reglamento insular que se examina constituye, como hemos ya reiterado repetidas veces, desarrollo de la Ley 16/2006, de 17 de octubre (en particular, *vide* su artículo 39.5), que corresponde al Consejo Insular de Mallorca, sin perjuicio de que deba atender, también, a los principios generales establecidos previamente por el Gobierno de las Illes Balears, en aplicación del artículo 58.3 del Estatuto de Autonomía. A este respecto, no resulta ocioso recordar, de conformidad con nuestra doctrina (*vide*, por todos, el Dictamen n.º 98/2012), que:

«[...] a) los principios generales sólo se pueden establecer por Decreto del Gobierno, con expresa mención de que se trata de una norma de principios; b) corresponde, potestativamente, al Gobierno de la Comunidad Autónoma la definición de los principios generales normativos, pero no se puede obligar a los consejos insulares a esperar a que el Gobierno determine estos principios; c) los principios generales han de constituir un mínimo denominador común a todo el territorio autonómico, de modo que no puedan agotar la materia y han de dejar un margen amplio a la reglamentación de los consejos insulares; d) los decretos reguladores de principios generales no son susceptibles de planteamiento de conflicto en defensa de la autonomía local, por no ser disposiciones con rango de ley; e) los reglamentos de los consejos insulares requieren el previo y preceptivo dictamen del Consejo Consultivo; f) la relación entre los reglamentos autonómicos de principios generales y los reglamentos insulares es de competencia y no

de jerarquía [...]».

Y aún cabría añadir que los reglamentos de principios generales, por su naturaleza, son susceptibles de control jurisdiccional por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, que no sólo podrá atender a la hipotética vulneración del principio de jerarquía normativa en su vinculación a la Constitución, la ley y las disposiciones de rango superior, sino también por infracción del propio artículo 58.3º del Estatuto de Autonomía por no cumplir los requisitos predicados como esenciales para su legítima consideración de principios generales.

En este caso, además, como expresan con precisión los apartados 2 y 3 de la disposición adicional primera del Decreto 41/2011, de 29 de abril, transcrito al final de la consideración jurídica tercera, el resto de preceptos que no tienen la consideración de principios generales constituyen normativa provisional aplicable en el respectivo ámbito territorial de cada isla hasta que sean desplazados por la regulación de cada Consejo Insular.

Finalment volem subratllar que el **Dictamen 107/2013** s'aprovà per la majoria de membres del Consell Consultiu, que avalaren la legalitat del Projecte de reglament insular, si bé tingué un *vot particular*, formulat per la consellera *Carmen Fernández González*, que discrepà de l'opinió majoritària dels membres del Consell —que avalaren l'aplicació supletòria dels tràmits procedimentals de la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern, a l'Administració insular en l'elaboració dels reglaments— i reiterà els arguments manifestats *in extenso* en els vots particulars que formulà als dictàmens 145/2011 i 79/2012, emesos també sobre dos projectes de reglaments insulars. Així es pronuncià:

[...] En aquells casos, la meva discrepància es va plantejar respecte de la tesi majoritària segons la qual la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern de les Illes Balears, tot i el sentit literal del seu article 1, ha de ser aplicable al procediment d'elaboració de reglaments dels consells insulars. Aquesta posició majoritària, al meu parer, no es fonamenta adequadament i es basa tan sols en un voluntarisme jurídic que resulta difícil de compartir. En conseqüència, aquest vot discrepant es limita a remetre's a les consideracions que ja vaig tenir ocasió d'exposar al seu moment, sense necessitat de reiterar-les novament ara.

3.4. 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, o elaborats en exercici de competències amb caràcter suprainsular

Aquest és el cas dels projectes analitzats durant l'any 2013 en els dictàmens següents: **92/2013**, sobre el *Projecte de decret pel qual s'estableix el Pla de Gestió Pluriinsular per a la Pesca amb Arts de Tirada Tradicionals en Aigües de les Illes Balears* (la doctrina de qual exposarem a continuació); **70/2013**, sobre el *Projecte de decret pel qual es modifica el Decret 108/2011, del Consell Balear de Transports Terrestres* (al qual ja ens hem referit anteriorment i que s'ha d'inserir també en el bloc de dictàmens sobre projectes de reglament del Govern que desenvolupen competències exclusives de l'article 30 i següents de l'Estatut, atès que també esmenta, com a títols competencials, a més del 69, els apartats 1 i 5 de l'article 30); **129/2013**, sobre el *Projecte de decret pel qual es modifica el Decret 9/1997, de 23 de gener, pel qual es crea el Registre de Societats Agràries de Transformació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears*.

De tots aquests dictàmens, en volem destacar molt especialment, per la problemàtica competencial suscitada sobre la matèria regulada pel Govern i per la important doctrina que conté, el següent:

— Dictamen 92/2013, relatiu al Projecte de decret pel qual s'estableix el Pla de Gestió Pluriinsular per a la Pesca amb Arts de Tirada Tradicionals en Aigües de les Illes Balears

En aquest cas, el Govern sotmet a consulta un projecte de disposició reglamentària que té per objecte aprovar un pla de gestió pluriinsular per a la pesca amb arts de tirada tradicionals en aigües de les Illes Balears (PGPA). Atesa la finalitat de la disposició, amb clars efectes *ad extra* («[...] afecta a terceros ajenos a la Administración autonómica al regular algunas actividades pesqueras tradicionales que se desarrollen en aguas interiores en el ámbito territorial de las Illes Balears [...]»), el dictamen s'emet amb caràcter preceptiu.

Des del punt de vista procedimental, el dictamen adverteix que hi ha dues deficiències en la tramitació que dugué a terme la Conselleria d'Agricultura, Medi Ambient i Ordenació del Territori: en primer lloc, en una observació essencial, es refereix a la justificació insuficient de l'absència de l'estudi econòmic i a la necessitat que s'elabori abans d'aprovar el Decret; en segona lloc, en una observació no essencial, es fa referència a l'incompliment del requisit formal exigint per fer la consulta i que consisteix en l'absència de dues còpies de l'avantprojecte degudament autoritzades per l'òrgan competent.

Des de la perspectiva competencial, el dictamen recorda, en la consideració jurídica quarta, que ja es va pronunciar sobre aquesta matèria de pesca en el Dictamen 149/2008, emès sobre un projecte de decret que, posteriorment, el Consell de Govern aprovà com a *Decret 17/2009, de 6 de març, pel qual s'estableix un pla de gestió per a la pesca amb arts de tirada tradicionals en aigües de les Illes Balears*. Així, l'òrgan consultiu destaca que el Projecte sotmès a consulta pretén substituir íntegrament el Decret 17/2009 anterior, per la qual cosa porta aquí a col·lació la seva doctrina recollida en el Dictamen 149/2008 (reiterada en el Dictamen 15/2013, de caràcter desfavorable), en què fa una distinció, conforme a la jurisprudència constitucional, entre les matèries de «pesca» i la d'«ordenació del sector pesquer» i exposa:

[...] La Comunitat Autònoma de les Illes Balears és titular de la competència exclusiva en matèria de pesca i activitats recreatives en aigües interiors, cria i recollida de marisc i aquicultura, i en matèria de pesca marítima a les aigües de les Illes Balears, segons indica expressament l'article 30, apartats 22 i 50, de l'Estatut d'autonomia i, per tant, en l'exercici d'aquesta competència li corresponen la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva. D'altra banda, l'article 31.8 determina que també és titular de la competència de desenvolupament legislatiu i d'execució en la matèria «ordenació del sector pesquer».

Sobre la distinció entre les matèries pesca i ordenació del sector pesquer, amb citació de la jurisprudència constitucional pertinent, el Consell Consultiu, en el Dictamen 142/2008, ha exposat la seva opinió negativa sobre el fet que la regulació de la captura de la cigala pugui ser incardinada dins la matèria «ordenació del sector pesquer», perquè forma part,

clarament, de l'àmbit de la pesca marítima o pesca en aigües interiors de les Illes Balears. En el cas present, aquesta doctrina pot ser aplicada de la mateixa manera, ja que som en presència de la regulació autonòmica de la pesca amb arts de tirada tradicionals del jonquillo i del gerret, tal com s'ha explicat. Només s'ha de recordar que la STC 9/2001, de 18 de gener, va afirmar:

«Sintéticamente, por pesca marítima hay que entender la regulación de la actividad extractiva y, como presupuesto de ella, el régimen de protección, conservación y mejora de los recursos pesqueros, mientras que la ordenación del sector pesquero hace referencia a la regulación del sector económico y productivo de la pesca *en todo lo que no sea actividad extractiva directa*. De manera más detallada, la pesca marítima incluye la normativa referente a los recursos y a las zonas donde puede pescarse (fondos, caladeros, distancias, cupos), a los periodos en qué puede pescarse (vedas, horas) y a la forma y medios de realización de la actividad extractiva en el mar (artes, medios de pesca), mientras que la ordenación del sector pesquero abarca todo lo relativo a la organización de tal sector económico [...] [la cursiva és nostra].»

Per tant, una vegada analitzat el Projecte de decret, no hi ha dubte que som en presència d'una regulació normativa que s'engloba, sense dificultats, en la matèria *pesca marítima* i *pesca en aigües interiors*, i no en l'*ordenació del sector pesquer*, la qual cosa implica afirmar que la competència de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears respecte d'això ve determinada pels apartats 22 i 50 de l'article 30 de l'Estatut d'autonomia.

Ara bé, la Llei orgànica 1/2007 ha introduït una transcendental reforma estatutària en matèria de consells insulars, que es concreta, pel que aquí interessa, en l'ampliació de l'elenc de competències que se'ls atribueix amb el caràcter de «pròpies» i en relació amb les quals els correspon, amb caràcter indissociable de la seva titularitat, exercir la potestat reglamentària. Aquest aspecte de la reforma estatutària ja ha estat examinat pel Consell Consultiu en els dictàmens 92, 93, 101 i 104 de 2007, i 124, 127 i 142 de 2008, emesos arran de determinats projectes de decret i d'ordre elaborats pel Govern de les Illes Balears en relació amb competències pròpies (ex Estatut) dels consells insulars. *La doctrina exposada en els dictàmens esmentats pot sintetitzar-se així:*

A) *Des de l'entrada en vigor de la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer, de reforma de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears (EAIB), la potestat reglamentària del Govern ha quedat restringida, amb caràcter general, per l'existència d'un àmbit normatiu propi que correspon als consells insulars en les matèries a què es refereix l'article 70. 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 al seu àmbit territorial 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. Aplicant, mutatis mutandis, als «principis generals normatius autonòmics» les regles establertes pel Tribunal Constitucional sobre la normativa bàsica estatal i la de desenvolupament autonòmic, resulta: a) els principis generals només es poden establir per decret del Govern, amb menció expressa del fet 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; i f) la relació entre reglaments autonòmics de principis generals i els reglaments insulars és de competència i no de jerarquia.*

B) *Les competències enumerades en l'article 70 de l'EAIB, des de l'entrada en vigor d'aquest, són pròpies dels consells insulars, que poden exercir-hi la potestat*

reglamentària sense necessitat d'esperar l'aprovació d'un decret de traspàs acordat a la Comissió Mixta de Transferències, perquè, en termes generals, la potestat esmentada és inherent a la titularitat de la competència. S'assoleix aquesta conclusió, sense dificultat, traslladant a l'àmbit Govern - consells insulars la doctrina establerta pel Tribunal Constitucional en relació amb els reials decrets de traspàs de l'Estat a les comunitats autònomes, doctrina que la Sentència 240/2006, de 20 de juliol (FJ 12), resumeix així [...].

A la llum de les consideracions generals anteriors, hem de concloure que el Govern de les Illes Balears no pot dictar el Decret en projecte, ja que pretén la *regulació de la pesca amb arts de tirada tradicionals*, matèria que correspon als consells insulars com a pròpia, segons determina l'Estatut d'autonomia en l'article 70.12 (Agricultura, ramaderia i pesca), i no es pot englobar dins el títol competencial d'ordenació del sector pesquer, tal com pretén la Conselleria impulsora de la norma. En conseqüència, als consells insulars també els correspon la potestat reglamentària *ex article 72.1*.

En vista de la doctrina anterior i una vegada analitzada detingudament la matèria que és objecte de regulació en el Projecte, l'òrgan consultiu conclou en sentit favorable a la competència del Govern per regular el *Pla de Gestió Pluriinsular per a la Pesca amb Arts de Tirada Tradicionals en Aigües de les Illes Balears*, perquè considera que «[...] el Proyecto examinado ha de ser encuadrado como *materia relativa a "pesca marítima y pesca en aguas interiores"*, y no como relativa a "*ordenación del sector pesquero*»», i que, en conseqüència, «la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares resulta competente para dictar la normativa proyectada». Seguidament, el dictamen aprofundeix sobre la distribució competencial en l'organització autonòmica prevista en l'Estatut d'autonomia de 2007 entre consells insulars i Govern, i reproduïx la seva doctrina que figura en dictàmens anteriors relatius a projectes de disposicions reglamentàries del Govern que afecten matèries pròpies de l'Administració insular (de l'article 70 del text estatutari):

[...] vale la pena recordar, como antecedente, que el Consejo Consultivo ha tenido ocasión de examinar, a raíz de determinadas consultas sobre proyectos de decretos, el elenco de materias a que se refiere el aludido artículo 70, y ha elaborado una determinada doctrina, que aparece recogida en sus dictámenes 48, 80, 81 de 2011 (relativos a los principios normativos), 116/2010 y 69/2011 (relativos a la coordinación interinsular); 1, 17 y 35 de 2011 y 42/2012 (relativos a la cláusula de cierre del artículo 69 del Estatuto). Concretamente:

En lo que respecta a las *directrices de coordinación* hemos concluido:

La coordinación es, por tanto, un instrumento para orientar y condicionar «la actividad» de los consejos insulares en determinados supuestos y no es idónea, en sí misma, para justificar la existencia de disposiciones reglamentarias del Gobierno al amparo del artículo 58.3 del Estatuto de Autonomía, dado que los principios generales y las manifestaciones del principio de coordinación son conceptos diferentes. La coordinación no da cobertura, en definitiva, al espacio de normación de principios que puede corresponder al Gobierno en el ámbito de las materias del artículo 70 del texto estatutario. Todo ello permite afirmar, inmediatamente, que la doctrina del Consejo Consultivo construida para los principios generales no es trasladable a las facultades de coordinación del artículo 72.2 del Estatuto de Autonomía.

Hechas estas consideraciones, nada se opone a que las técnicas coordinadoras (fijación de objetivos, directrices de actuación, planificación, informes preceptivos, etc.) puedan ubicarse en determinados casos en vehículos normativos. Así sucedería, por ejemplo, en relación con objetivos de actuación administrativa establecidos en planes o directrices que se fijasen como vinculantes para los entes insulares.

De todo ello se desprende sin dificultad lo siguiente:

- a) *Que la coordinación del artículo 72 del Estatuto de Autonomía debe llevarse a la práctica de acuerdo con las determinaciones legales que la regulen.*
- b) *Que las facultades de coordinación en ningún caso constituyen principios generales normativos a los efectos del artículo 58.3 del texto estatutario, porque no sirven para establecer un mínimo común que facilite el ejercicio de los poderes reglamentarios insulares.*
- c) *Que, por exigencias de buena técnica normativa, las manifestaciones de la coordinación (directrices, planes, etc.) no deberían ser incluidas en los decretos de principios generales. Ahora bien, en determinados supuestos, podría ser admisible técnicamente que las directrices de coordinación de la actividad ejecutiva de los consejos (normalmente utilizadas para la fijación de objetivos y de criterios técnicos), puedan formar parte de un anexo de un decreto de establecimiento de principios generales. [Dictamen 116/2010]*

En relación con la cláusula de cierre del artículo 69 EAIB hemos asentado la siguiente doctrina:

La segunda parte del artículo 69, que se configura como una cláusula de retención de competencias a favor de la Comunidad Autónoma, debe ponerse en relación con el artículo 61.2 del Estatuto de Autonomía; éste dispone que «Los Consejos Insulares gozarán de autonomía en la gestión de sus intereses de acuerdo con la Constitución, este Estatuto y lo establecido en las leyes del Parlamento.» Esto último significa que la autonomía de cada consejo insular despliega sus efectos en su ámbito territorial y en defensa de sus intereses respectivos.

Pues bien, a partir de esta premisa, el segundo inciso del artículo 69 reserva a la Comunidad Autónoma aquellas competencias que, por su propia naturaleza, tienen un carácter suprainsular; las que incidan sobre la ordenación y planificación de la actividad económica general en el ámbito autonómico; y aquellas cuyo ejercicio exija la obligación de velar por el equilibrio o la cohesión territorial entre diferentes islas. Esta reserva previa es predicable no sólo de las competencias que no son propias (es decir, las del artículo 71), sino que también opera en el caso de las competencias propias del artículo 70. Así debe entenderse, pese a su confusa redacción, dada la finalidad sistemática de la disposición (el precepto está ubicado como antecedente de los artículos relativos a la atribución de competencias a los consejos insulares) y, desde un punto de vista semántico, por la rotundidad de la expresión «[...] sin que en ningún caso sean susceptibles de transferencia [...]».

Por consiguiente, la presencia de cualquiera de las tres circunstancias recogidas por el inciso final del artículo 69 del Estatuto, en los distintos ámbitos materiales, incluso en relación con los enunciados en el artículo 70, sitúa a éstos en el marco de competencias propias de la Comunidad Autónoma y habilita al Gobierno de las Illes Balears para la aprobación de disposiciones generales en aquel ámbito material; si bien conviene precisar, además, que la concurrencia de cualquiera de los casos que legitima la retención o la reserva de competencia a favor de la Comunidad Autónoma debe ser analizada en cada supuesto concreto de forma individualizada y restrictivamente para no vulnerar ninguna competencia insular. [Dictámenes 1/2011 y 42/2012]

D'aquesta manera, el Consell Consultiu reproduïx aquí la seva doctrina sobre la *interpretació de l'article 69 de la norma estatutària* (també anomenada «clàusula de tancament») continguda en els dictàmens 1/2011, 17/2011, 35/2011 i 42/2012. Cal subratllar que, arran de la interpretació d'aquest precepte de l'Estatut, la capacitat normativa del Govern s'ha vist ampliada en els supòsits en què concorren alguna de les tres circumstàncies següents: a) ens o matèries de caràcter suprainsular; b) ordenació i planificació de l'activitat econòmica general en l'àmbit autonòmic;

c) matèries en les quals hi ha l'obligació de vetlar per l'equilibri o la cohesió territorial entre les tres illes.

Una vegada traslladada la doctrina anterior al cas concret i analitzades les circumstàncies peculiars i el marc normatiu en què s'insereix el Projecte (amb especial referència a la Llei 8/1999, de 12 d'abril, de transferència de determinades funcions executives en matèria de pesca als consells insulars de Menorca, Eivissa i Formentera, que remarca el paper del Govern de les Illes Balears en matèria de coordinació interinsular i que li assigna el paper d'interlocutor davant l'Estat i la Unió Europea), *el Consell Consultiu conclou que el Govern de les Illes Balears té competència per aprovar aquest reglament pel caràcter suprainsular dels interessos afectats. La seva conclusió es fonamenta en els termes següents:*

[...] Aunque sea cierto que la reserva de competencia en favor de la Comunidad Autónoma al amparo de lo establecido en el artículo 69, segundo inciso, de nuestra Estatuto deba ser analizada en cada supuesto concreto, de forma individualizada y restrictivamente (para no vulnerar ninguna competencia insular), no es menos cierto que, en el caso que nos ocupa, resulta patente y manifiesto el carácter suprainsular de los intereses afectados, habida cuenta de los criterios de homogeneización y armonización ineludibles en la materia, dentro del territorio balear, lo que determina la necesidad de subsumir el caso en la hipótesis del citado artículo 69, inciso segundo, del Estatuto. Tanto más cuanto que el supuesto —es decir, la pesca con «artes de tirada tradicionales»— puede tener incidencia en la ordenación de la actividad económica del sector pesquero en todo el ámbito autonómico y, en tal aspecto, en la cohesión territorial entre las islas (utilizando expresiones del citado precepto estatutario). Apoya tal criterio, desde el aspecto normativo, la rotundidad con la que, en supuestos de afección de intereses de carácter suprainsular —como es el caso—, se pronuncia el citado artículo 69, inciso segundo, al expresar: «En cap cas no són susceptibles de transferència [...]».

Por efecto de la normativa europea y de los artículos 109 a 113 y 115 del Estatuto, el Gobierno de las Illes Balears es el único interlocutor válido entre ambas Administraciones. Lo que queda patente en toda la documentación obrante en el expediente, en la que la Comisión Europea se refiere siempre a «Islas Baleares», sin distinguo alguno. Sin olvidar, por otro lado, que es la Administración del Estado español la que ostenta la responsabilidad ante la Unión Europea en materia de relaciones internacionales, aunque con la posibilidad de repercutir cualquier sanción económica en la Comunidad Autónoma. Por ello, es lógico que la competencia para la aprobación del mencionado «Plan plurinsular» corresponda al Gobierno Balear.

Finalment, resta afegir que el dictamen s'aprovà per unanimitat de tots els membres d'aquest òrgan de consulta, i que el Consell de Govern l'aprovà «d'acord amb el Consell Consultiu» i el publicà en el BOIB núm. 137, de 5 d'octubre, com a Decret 44/2013, de 4 d'octubre, pel qual s'estableix el Pla de Gestió Pluriinsular per a la Pesca amb Arts de Tirada Tradicional en Aigües de les Illes Balears.

4. Doctrina del Consell Consultiu sobre els tràmits del procediment d'elaboració de les disposicions reglamentàries

Durant l'any 2013, en matèria d'elaboració de disposicions normatives, el Consell Consultiu ha constatat que no sempre es compleixen les exigències derivades dels articles 42 a 47 de la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern de les Illes Balears, cosa que ha donat lloc a alguna observació de caràcter essencial.

Per contribuir a millorar la tramitació de les disposicions administratives, a continuació exposarem un recull dels defectes procedimentals més significatius que han fet que aquest òrgan formuli una observació, essencial o no, i en farem els comentaris pertinents a fi que es tinguin en compte en tramitacions futures.

4.1. Inici del procediment

4.1.1. L'estudi econòmic

L'article 42.1 de la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern de les Illes Balears, disposa que per tramitar l'elaboració d'una disposició administrativa s'han d'adjuntar a l'avantprojecte una memòria i, quan sigui procedent, un estudi econòmic.

Doncs bé, l'any 2013, el Consell Consultiu ha detectat en diverses ocasions que no s'ha justificat degudament l'absència de l'estudi econòmic (*vid.* dictàmens 42/2013 i 92/2013), o bé que aquest no s'ha elaborat de manera adequada.

Respecte de l'estudi econòmic, el Consell Consultiu recorda que, atesa la importància que té, no es pot elaborar de manera succinta sinó que ha de ser minuciós i detallat (*vid.* Dictamen 32/2013).

Pel que fa a la *justificació de l'absència de l'estudi econòmic*, el Consell Consultiu ha constatat que *aquest estudi, o la justificació perquè no s'hagi incorporat, no es pot substituir per la valoració econòmica de l'estudi de càrregues administratives*, el qual té un abast i una finalitat diferents (*vid.* Dictamen 42/2013). En particular, en el Dictamen 92/2013 (relatiu al Projecte de decret pel qual s'estableix el Pla de Gestió Pluriinsular per a la Pesca amb Arts de Tirada Tradicionals en Aigües de les Illes Balears), davant un expedient en què l'òrgan responsable de la tramitació del projecte es limita a dir, per justificar l'absència d'aquest tràmit, que no és procedent cap estudi econòmic perquè «el Decret no preveu la creació de nous serveis ni la modificació dels existents [...]», el Consell Consultiu argumenta:

[...] en primer lugar, la falta de estudio económico resalta si tenemos en cuenta su pretendida justificación y la regulación pertinente del artículo 42.1 de la Ley balear 4/2001. Debemos recordar que la exigencia del apartado 1 de este artículo es distinta de la exigencia asentada en el apartado 3 para los casos de «creació de nous serveis o modificació dels existents». Desde luego aquí no se crean ni modifican servicios pero no se exige del estudio económico «si s'escau». Y, tratándose de la elaboración de un reglamento con plena incidencia en la materia de pesca tradicional, no cabe duda que puede y debe hacerse un estudio del impacto económico de la norma, no necesariamente impacto presupuestario público. En particular, este estudio —que puede ser, desde luego, de muy variada extensión— debe contemplar los efectos económicos de las medidas normativas propuestas. Para el caso, hay algunos datos de la pesca tradicional aportados por el Consejo Insular de Ibiza que apuntan en esta dirección, lo que podría simplemente completarse por la Conselleria promotora. Esta observación es esencial y deberá ser cumplida antes de la aprobación, en su caso, del Proyecto.

4.1.2. L'estudi de càrregues administratives

Tal com ja va succeir l'any anterior, durant el 2013 el Consell Consultiu ha detectat

nombrosos expedients en què no 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 1/2013, 56/2013, 106/2013 i 130/2013).

En els dictàmens anteriors, l'òrgan consultiu insisteix en el fet que l'estudi de càrregues administratives (previst en l'article 42.2 de la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern de les Illes Balears) 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 impliqui nous tràmits administratius, aquest informe ha de justificar degudament l'absència del càlcul econòmic de les càrregues.

4.1.3. La comunicació preceptiva del projecte a la Comissió Europea, prevista en el Reglament 850/1998

L'absència de la comunicació preceptiva del projecte a la Comissió Europea, prevista en l'article 46.2 del Reglament 850/1998, s'ha detectat durant l'any 2013 en una ocasió, i va donar lloc a una observació essencial (*vid.* Dictamen 15/2013).

En tramitacions futures cal acomplir aquest tràmit quan la legislació així ho estableixi, ja que ometre'l pot ocasionar la nul·litat del reglament, perquè es tracta d'un vici que podem qualificar de substancial.

A més, és convenient recordar que, si arran del compliment del tràmit de comunicació preceptiva del projecte a la Comissió Europea es produeixen canvis substancials en el text, s'hauran de retrotreure les actuacions a fi que la tramitació se sotmeti al que diu la Llei 4/2001.

4.2. 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, s'hi han detectat diverses deficiències que és necessari corregir:

a) L'omissió de consulta a òrgans deliberatius o consultius creats específicament per participar en el debat sobre disposicions normatives

En algunes ocasions s'ha obviat la sol·licitud d'informe a òrgans deliberatius o de consulta que han estat creats específicament per participar en el debat sobre disposicions normatives, o bé que, per la naturalesa que tenen, el seu parer hauria estat d'interès per millorar la norma.

Ens referim als supòsits següents: Dictamen 42/2013, no es va sol·licitar l'informe al Consell de Formació Professional; Dictamen 44/2013, no es va requerir la participació del Consell Balear de Consum ni tampoc la de la Junta Autonòmica d'Activitats de les Illes Balears; Dictamen 56/2013, no es va trametre el projecte normatiu ni a la Mesa Social Tripartida ni tampoc a la Fundació Tribunal d'Arbitratge i Mediació de les Illes Balears (TAMIB); Dictamen 94/2013, no es va consultar el Consell de Salut de les Illes Balears.

El Consell Consultiu recorda novament la seva doctrina (continguda en el Dictamen 113/2010, entre d'altres) relativa a la paradoxa que suposa crear òrgans deliberatius o consultius específics sobre la matèria, per participar en el debat de disposicions normatives, i després no consultar-los en el procediment d'elaboració dels projectes. Així, en particular, en el Dictamen 44/2013, davant la manca d'audiència al Consell Balear de Consum i a la Junta Autonòmica d'Activitats de les Illes Balears, l'òrgan consultiu es pronuncià en els termes següents:

El Consell Consultiu fa constar, un cop més, la seva crítica perquè l'Administració activa no consulta —en l'espai temporal adequat per fer-ho i amb plena constància en l'expedient— els òrgans de què disposa, ja creats i en funcionament, els quals, generalment, podrien aportar uns parers tècnics solvents per fonamentar —millor— l'opció normativa elegida. [...]

b) L'omissió del tràmit d'audiència

El compliment del tràmit d'audiència previst en l'article 43 de la Llei 4/2001, a causa del caràcter essencial que té, es fa mereixedor d'una menció especial. Durant l'any 2013, el Consell Consultiu tan sols ha detectat l'*omissió del tràmit d'audiència* en el procediment d'elaboració de normes reglamentàries en dues ocasions. Aquest supòsits són:

— **Dictamen 130/2013**, relatiu al Projecte de decret d'avaluació i certificació de coneixements de llengua catalana. En aquest supòsit l'omissió del tràmit d'audiència s'esdevé perquè, una vegada complerta la fase d'audiència i participació, l'òrgan encarregat de la tramitació incorpora al Projecte de decret una disposició addicional quarta (amb l'objectiu de modificar l'aspecte relatiu a l'habilitació per desenvolupar el procediment d'exempció de l'avaluació de la llengua i la literatura catalanes) sense obrir un nou tràmit d'audiència, a l'efecte que s'hi puguin presentar al·legacions, ni tampoc planteja la necessitat de demanar informes preceptius per completar el procediment d'elaboració de la norma projectada. En aquest dictamen, l'òrgan consultiu recorda que el tràmit d'audiència no és una qüestió purament formal, sinó que materialment té fonamentació en els principis constitucionals que marquen l'actuació de l'Administració pública i en el dret de participació pública, formulat en l'article 105 de la Constitució, amb la finalitat de salvaguardar les garanties dels ciutadans. És per això que, en compliment dels requisits formals, en particular el tràmit d'audiència i participació, s'ha d'exigir rigor i cautela en l'elaboració de les disposicions administratives generals, tal com s'ha establert en les normes rectores del procediment.

— **Dictamen 42/2013**, relatiu al Projecte d'ordre del conseller d'Educació, Cultura i

Universitats per la qual es regulen els programes de qualificació inicial a les Illes Balears. En aquesta ocasió l'omissió del tràmit d'audiència es produeix perquè es tracta d'una disposició que afecta els drets i els interessos legítims dels ciutadans (concretament el dret a l'educació, article 27 de la CE) i no consta en l'expedient cap resolució del conseller competent per prescindir del tràmit per raons greus d'interès públic; tampoc no hi ha cap informe del Consell Escolar (òrgan de participació i consulta de tota la comunitat educativa en què estan representats, a més dels sectors pròpiament educatius, els consells insulars i els municipis), ni tampoc cap indicatiu que el tràmit d'audiència als ciutadans s'hagués atorgat directament mitjançant altres entitats representatives (sindicats, patronals, titulars de centres privats i concertats, etc.). L'incompliment d'aquest tràmit determinà aquí la devolució de l'expedient a la Conselleria perquè esmenés aquesta deficiència, sense que l'òrgan consultiu entràs a analitzar la legalitat del contingut del projecte normatiu.

Pel que fa a l'abast que s'ha d'atribuir a l'omissió del tràmit d'audiència preceptiu, reproduïrem allò que es va assenyalar en el Dictamen 42/2013 (al qual es remet el Dictamen 130/2013, abans esmentat):

Convé precisar, d'entrada, que la Constitució, en l'article 105.a, estableix: "La llei regularà: a) L'audiència dels ciutadans directament o a través de les organitzacions i associacions reconegudes per la llei en el procediment d'elaboració de les disposicions administratives que els afectin." Per això, l'article 43 de la Llei balear 4/2001, de 14 de març, i, abans, l'article 24 de la Llei estatal 50/1997, de 27 de novembre, d'organització, competència i funcionament del Govern, i, fins i tot, en altres termes l'article 130.4 de l'anterior Llei de procediment administratiu de 1958 exigeixen en el procediment d'elaboració de disposicions generals la dita audiència "[...] dels ciutadans, directament o per mitjà de les entitats reconegudes per la llei que els agrupin o els representin [...]". [Dictamen 130/2013]

[...]

En cuanto al alcance que debe atribuirse a la omisión del preceptivo trámite de audiencia, conviene advertir que, tras la entrada en vigor de la Constitución (art. 105.a), y estando aún vigente el artículo 130.4.º de la L. P. A. de 1958, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de julio de 1996 —Ar. 6363— estableció que la participación ciudadana en la elaboración de las disposiciones administrativas debía considerarse un trámite preceptivo de ineludible observancia, con el consiguiente efecto de la nulidad e invalidez de la disposición por haber incurrido en omisión indebida del mismo, máxime si se tiene en cuenta que el derecho reconocido en el art. 105.a CE era de aplicación directa desde su aprobación, como declaró el Tribunal Supremo en sentencias de 12 de enero de 1990 —Ar. 335—, 21 de noviembre de 1990 —RJ 1991/1578— así como también en la de 7 de junio de 2001 —Ar. 6235—.

La jurisprudencia viene exigiendo que la audiencia de los ciudadanos a través de sus entidades representativas de los intereses afectados «reconocidas por la ley» debe realizarse en favor de sindicatos, colegios profesionales, asociaciones de consumidores y usuarios, cámaras de comercio, industria o navegación o agrarias, cofradías, pero también asociaciones empresariales que, aunque tengan carácter voluntario, guarden relación directa con el objeto de la disposición y no exista dificultad para la Administración de conocerlas, so pena de incurrir en nulidad de pleno derecho de la disposición administrativa (sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2004 —Ar. 3674— y 16 de marzo de 2005 —Ar. 4116—). Incluso, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2002 apuntaba que, teniendo en cuenta que la finalidad del trámite de audiencia no es otra que hacer efectivo el principio del art. 105.a CE, nada impide que dicha audiencia pueda ser llevada a cabo, en función de las circunstancias, recabando el informe de una entidad de afiliación voluntaria que agrupe los diversos derechos e

intereses afectados. [Dictamen 42/2013]

Finalment, en el Dictamen 92/2013 el Consell Consultiu reitera el seu advertiment relatiu al fet de modificar, després d'haver emès el dictamen preceptiu, la proposta reglamentària que l'Administració activa ha tramès a l'òrgan consultiu. L'òrgan consultiu insisteix que, en el cas de dictàmens preceptius de disposicions reglamentàries, *si després de l'emissió del dictamen del Consell Consultiu s'incorporen modificacions substancials* en el text del projecte que introdueixen nous continguts que no responen als suggeriments o a les propostes efectuades pel Consell, o els excedeixen, s'ha de fer una nova consulta respecte d'aquests canvis, tot això de conformitat amb el que disposa l'article 26 de la Llei 5/2010, de 16 de juny, i a l'efecte de garantir el compliment dels tràmits essencials d'audiència i participació pública.

4.3. La intervenció del ens territorials

Durant l'any 2013, només en una ocasió s'ha detectat que hi mancava la intervenció dels consells insulars i dels ajuntaments en un procediment d'elaboració d'un reglament sobre les competències que els són pròpies. Aquest incompliment del tràmit d'intervenció d'ens territorials de l'article 45 de la Llei 4/2001, de 14 de març, és qualificat d'essencial en el Dictamen 115/2013 (relatiu al Projecte de decret pel qual es regula el busseig turístic i recreatiu a la comunitat autònoma de les Illes Balears).

Cal recordar que, d'acord amb l'article 45 de la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern de les Illes Balears, és necessari consultar les entitats territorials quan la norma reglamentària que s'elabora afecta les competències pròpies d'aquests ens. Es tracta, doncs, d'un tràmit essencial que no pot ser substituït pel d'informació pública, perquè tenen naturalesa distinta (*vid.* Dictamen 1/2012), i alhora l'incompliment d'aquest tràmit dona lloc a una deficiència procedimental *greu* que podria invalidar el futur decret (*vid.* Dictamen 115/2013). Per aquest motiu, l'incompliment del tràmit mencionat determina, en el supòsit que s'analitza en aquest darrer dictamen, la retroacció d'actuacions instructores al tràmit corresponent, per esmenar aquest defecte.

Ara bé, en determinats supòsits, el 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).

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

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, l'òrgan consultiu ha advertit en nombroses ocasions durant l'any 2013 (dictàmens 25/2013 i 107/2013) que, 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 els consells insulars per elaborar i aprovar les seves disposicions en ús de la potestat reglamentària normativa.

Dins aquest marc, cal recordar que la doctrina actual del Consell Consultiu sobre el procediment que han d'aplicar els consells insulars en l'exercici de la potestat reglamentària sosté que el procediment que regula la Llei de bases de règim local per a l'aprovació d'ordenances s'ha de completar amb els tràmits que preveu el legislador autonòmic per a l'exercici de la potestat reglamentària dels articles 42 a 47 de la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern de les Illes Balears.

Els *tràmits complementaris* que s'han d'inserir en el procediment que es fixa en l'article 49 de la Llei 7/1985 són, en síntesi, tal com s'han recollit en els dictàmens núm. 145/2011, 79/2012 i 107/2013, aprovats per la majoria dels membres del Consell Consultiu, els que figuren a continuació:

a) S'han d'adjuntar a l'avantprojecte de reglament que s'elevi a l'aprovació inicial del ple insular la memòria i, si és el cas, l'estudi econòmic a què es refereix l'article 42.1 i 2 de la Llei 4/2001, com també «[...] 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», introduït en el dit article 42.2 per l'article 1 de 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 (BOIB núm. 171, de 25 de novembre).

b) S'han d'adoptar les mesures que permetin la intervenció dels ens territorials les competències dels quals puguin resultar afectades per la disposició projectada, en els termes indicats en l'article 45 de la Llei 4/2001. Però no només dels ajuntaments, com es preveu, sinó, singularment, en la corresponent interpretació teleològica que mereix, de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears. No resulta acceptable que aquesta darrera, la qual, a més de la incidència sobre les seves competències pròpies, ha de poder avaluar les possibilitats que li ofereixen els articles 58.3 (principis generals) i 72.2 (principis de coordinació) de l'Estatut, només pugui participar mitjançant l'aprofitament del tràmit d'informació pública. Convé afegir que serà en aquest tràmit d'intervenció expressa quan la Comunitat Autònoma podrà o, més aviat, haurà de sol·licitar l'informe dels òrgans col·legiats de consulta de caràcter autonòmic que es pugui considerar preceptiva per al resultat de la seva intervenció. En qualsevol cas, com que es tracta d'un reglament insular, el que és rellevant per a la correcció del procediment és l'atorgament de la intervenció al·ludida.

c) Abans de la sol·licitud del dictamen del Consell Consultiu s'ha d'obtenir l'informe dels serveis jurídics i de la secretaria tècnica competent, en els termes resultants dels apartats 1 i 2 de l'article 46 de la Llei 4/2001.

Finalment són pertinents les consideracions addicionals següents:

La primera consideració suposa que el Consell Econòmic i Social (CES) ha d'emetre dictamen preceptiu i no vinculant en relació amb els projectes «[...] de reglament dels consells insulars, independentment de la denominació que adoptin, sempre que [...] regulin de forma directa i estructural matèries socioeconòmiques, laborals i d'ocupació», segons resulta de la nova redacció de l'article 2.1.a.primer de la Llei 10/2000, de 30 de novembre, derivada de la Llei 5/2009, de 17 de juny, que modifica l'anterior. A més, si la regulació d'aquelles matèries no és «directa i estructural» el dictamen del CES es pot sol·licitar, d'acord amb l'article 2.1.b. primer, com a facultatiu i no vinculant, segons també resulta de la modificació efectuada per la Llei 5/2009. Convé afegir que la redacció

d'ambdós paràgrafs, en la seva interpretació conjunta, ha de qualificar-se de deficient i que, a més, en matèria laboral i d'ocupació no sembla que els consells insulars puguin tenir (*vid.* articles 70 i 72.1 de l'Estatut d'autonomia) competències pròpies.

La segona consideració deriva de la intervenció preceptiva de l'Institut Balear de la Dona i, particularment, del Consell Consultiu, la qual comporta que, en tot cas, sigui inaplicable la precisió del fragment final de l'article 49 de la Llei 7/1985, segons el qual, si no es presenten reclamacions o suggeriments, «[...] se entenderá definitivamente adoptado el acuerdo hasta entonces provisional», encara que en el tràmit d'informació pública, audiència i intervenció d'ens territorials aquells no es presentassin. En conseqüència, serà necessària l'aprovació definitiva mitjançant un acord exprés del ple insular. [...]

Convé recordar també aquí que els dictàmens 145/2011, 79/2012 i 107/2013 anteriors, que fixen aquesta doctrina, contenen un vot particular formulat per la consellera senyora Carmen Fernández González, en què se separa del criteri majoritari i manifesta que no comparteix 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; no comparteix tampoc la idea segons la qual els tràmits de la Llei 4/2001 s'han d'exigir en l'exercici de la potestat reglamentària independentment de quin sigui l'ens públic al qual correspongui aquesta potestat.

Aquesta tesi doctrinal exposada en el vot particular es recull també en el **Dictamen 25/2013**, relatiu al *Projecte de reglament del Consell Insular d'Eivissa pel qual es regulen determinats aspectes conformadors de la prestació de serveis turístics a establiments i en activitats turístiques situats a l'illa d'Eivissa*, que va tenir com a ponent la consellera Carmen Fernández i que es va aprovar per unanimitat. No obstant això, en aquesta ocasió el Consell Consultiu va concloure que el procediment tramitat per elaborar el Projecte de reglament insular era conforme a dret *perquè s'havien seguit les regles previstes en els articles 153 a 158 del Reglament orgànic del Consell Insular d'Eivissa* i perquè s'havien acomplert, essencialment, els tràmits següents: aprovació inicial, amb publicació i informació pública; informe d'impacte de gènere, i contestació de les al·legacions presentades. Resta dir que també figurava en l'expedient la documentació que acreditava l'acompliment dels altres tràmits que exigeix la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern de les Illes Balears (memòria justificativa, estudi de càrregues administratives i informe de la secretaria tècnica, entre d'altres). Per tot això, la conclusió va ser favorable al procediment que s'havia seguit.

5. Observacions materials o de contingut sobre els projectes normatius

Per garantir una redacció adequada de les disposicions administratives i en vista de les deficiències que s'han detectat en els projectes consultats, en els dictàmens de l'any 2013 es fan, i en alguns casos es reiteren, les observacions materials o de contingut que figuren a continuació.

5.1. Referències a l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears

Com que és una qüestió habitual en els procediments d'elaboració de projectes normatius, convé recordar, tal com hem dit en ocasions anteriors, que la Llei

orgànica 1/2007, de 28 de febrer, «suposa la redacció d'un nou Estatut d'autonomia». El Consell Consultiu reitera la *recomanació* 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, entre d'altres).

5.2. Denominacions dels òrgans al quals s'atribueixen facultats o funcions

El Consell Consultiu ja s'ha pronunciat en diverses ocasions sobre la incorrecció en el llenguatge reglamentari de les denominacions dels òrgans al quals s'atribueixen facultats o funcions. En aquest context, són dues les fórmules que s'han detectat que s'usen sistemàticament i que resulten inadmissibles perquè són imprecises:

a) Denominació «la persona titular»

Cal recordar 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, 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 (*vid.* dictàmens 13/2012, 15/2012, 22/2012, 32/2012, 41/2012, 57/2012, 78/2012, 113/21012, 5/2013, 3/2013, 69/2013 i 105/2013).

b) Altres fórmules inconcretes («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 o provocar una situació que, altres vegades, hem assenyalat com «la recerca de l'òrgan competent». Durant l'any 2013, n'hem fet menció en els dictàmens 5/2013, 6/2013, 14/2013, 67/2013 i 105/2013.

c) Fórmules referides a la «conselleria» com a òrgan per dictar nomes

Com ja ha reiterat el Consell Consultiu, són incorrectes les referències a la

«conselleria» com a òrgan per dictar normes. El Dictamen 32/2013 n'explica el perquè:

[...] una conselleria no es un órgano y [...], la potestad reglamentaria está atribuida en nuestra Administración autonómica al Govern de les Illes Balears —en primer término y de modo general—, y a los consellers en segundo término y con la específica habilitación normativa o legal. Deberían, pues, en consecuencia, según criterio de este Órgano asesor, ser modificados los referidos artículos en función de lo dicho.

5.3. Llenguatge no sexista

El Consell Consultiu recomana, una vegada més, que s'ha d'evitar la utilització conjunta del masculí i el femení per evitar l'ús del masculí amb valor genèric, perquè dificulta la lectura de la norma i perjudica molt sensiblement la bona redacció.

Per això, considera que aquesta qüestió es podria resoldre 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 5/2013, 56/2013, 70/2013, 85/2013, 116/2013, 137/2013 i 138/2013).

5.4. Remissions a determinacions reglamentàries posteriors

Respecte de l'ús de fórmules que deriven la reglamentació a una futura normativa que ha de dictar o determinar «la conselleria» («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 explica:

[...] En primer lloc, [...] 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, [...] 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 [...].

En aquest context, es 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.

L'any 2013, es reitera aquesta mateixa recomanació en el Dictamen 32/2013, en què l'òrgan de consulta insisteix, a més a més, en el fet que no resulta adequat a dret, habilitar un director general per al desplegament reglamentari d'un decret, atès que, segons resulta de l'article 38 de la Llei 4/2001, de 14 de març, aquest òrgan no

és titular de la potestat reglamentària.

5.5 Contingut del preàmbul de la norma

L'article 39.4 de la Llei 4/2001, de 14 de març, diu: «Els reglaments poden incloure un preàmbul, que s'ha de limitar a expressar la finalitat de la regulació i el marc normatiu que l'habilita.»

Durant l'any 2013, en nombroses ocasions, el Consell Consultiu ha detectat que els preàmbuls dels projectes examinats no compleixen els requisits exigits per l'article 39.4 de la Llei 4/2001 o, si els compleixen, ho fan de manera incompleta (*vid.* dictàmens 34/2013, 47/2013, 56/2013, 94/2013, 106/2013, entre d'altres).

En relació amb els requisits exigits per l'article 39.4 de la Llei 4/2001, de 14 de març, les deficiències detectades són, fonamentalment, a causa que el preàmbul del projecte de la norma examinada era incomplet.

En concret, tenint en compte la quantitat d'observacions que sobre aquesta matèria s'han fet durant l'any 2013 i que en diverses ocasions aquestes han tingut el caràcter de *substancials*, el Consell Consultiu, en relació amb el contingut del preàmbul, fa les recomanacions següents:

a) Hi ha de figurar una menció del títol competencial de l'Estatut d'autonomia vigent en virtut del qual la Comunitat Autònoma té competència per dictar la norma; ha de de justificar l'exercici de la potestat reglamentària sobre la matèria.

b) El marc normatiu en què s'insereix la proposta normativa s'ha d'elaborar amb rigor i s'hi ha d'incloure una menció expressa de la normativa autonòmica relacionada amb la matèria i, si escau, de la normativa bàsica.

c) La finalitat de la norma s'ha d'exposar sintèticament, però amb claredat; no és suficient limitar-se a formular-ne la necessitat.

d) En les disposicions reglamentàries que dicten els consellers en les matèries pròpies del seus departaments (article 38.2.a de la Llei 4/2001), en el preàmbul hi ha de figurar una menció del decret o la llei que els autoritza per dictar-les (*vid.* dictàmens 4/2013 i 14/2013).

e) Al final del preàmbul i abans de l'aprovació del reglament, cal introduir la fórmula ritual que estableix l'article 4.3 de la Llei 5/2010, de 16 de juny, respecte de si s'atén («d'acord amb [...]») o no («oït [...]») allò que ha dictaminat el Consell Consultiu (*vid.* Dictamen 47/2013). Cal recordar que en la fórmula promulgatòria no s'hi ha de mencionar cap altre informe o tràmit que el dictamen de l'òrgan consultiu. Les mencions d'altres organismes i entitats que han emès informe sobre el projecte, siguin preceptius o no, s'han d'incloure en el text introductori de la part expositiva (*vid.* Dictamen 67/2013).

5.6 Contingut dels projectes de decret de principis generals

Pel que fa als projectes de decret que elabora el Govern balear en exercici de la seva potestat reglamentària de principis generals normatius de l'article 58.3 de l'Estatut d'autonomia (perquè la regulació projectada afecta alguna matèria pròpia dels consells insulars), l'òrgan consultiu reitera la necessitat que el títol d'aquests projectes de decret indiqui expressament que es tracta de projectes de decret «de principis generals» sobre la matèria i, pel que fa al seu contingut, s'inclouï una disposició final en què s'identifiquin, formalment, quins preceptes reglamentaris constitueixen principis generals normatius. Aquestes observacions es recullen, amb caràcter essencial, en el Dictamen 115/2013, entre d'altres.

6. Propostes i suggeriments a l'Administració activa en relació amb el procediment d'elaboració de disposicions reglamentàries

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. Els suggeriments que formulam amb aquesta finalitat són, essencialment, els següents:

— La via d'urgència en la sol·licitud de dictàmens s'ha d'utilitzar amb criteris objectius, ja que l'ús indiscriminat, sense justificació, la converteix en inútil. A més, cal recordar que la tramitació de la consulta pel procediment d'urgència no és una fórmula que l'Administració consultant pugui invocar en tots els casos i discrecionalment, *sinó que s'ha d'acreditar degudament en cada supòsit*.

— Respecte de l'estudi econòmic, el Consell Consultiu recorda que, atesa la importància que té, no es pot elaborar de manera succinta sinó que ha de ser més minucios i detallat, i que l'absència de l'estudi econòmic s'ha de justificar degudament, sense que es pugui substituir per la valoració econòmica de l'estudi de càrregues administratives que té un abast i finalitat diferents.

— Insistim 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'inclouïn tràmits o càrregues innecessàries».

— Cal exigir rigor i cautela en l'elaboració de les disposicions administratives generals, tal com s'ha establert en les normes rectores del procediment. Volem recordar novament que els tràmits d'audiència i participació no són una qüestió purament formal sinó que són *tràmits essencials* i l'incompliment d'aquests tràmits en el procediment d'elaboració del projecte pot determinar la nul·litat de ple dret de la disposició reglamentària.

— Recomanam, per millorar el funcionament de l'Administració, facilitar en els processos de creació normativa la intervenció dels òrgans col·legiats deliberatius o consultius que s'han creat específicament en determinades matèries, per evitar la paradoxa que representa crear aquest tipus d'òrgans i no consultar-los, la qual cosa implica desapropiar els recursos que el legislador ha establert.

— Recomanam també, tal com ja vàrem fer en la memòria de l'any 2012, 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 que es dugui a terme en el cas que la matèria objecte de reglamentació sigui de gran transcendència.

— Quan la legislació així ho estableixi, el Govern haurà d'acomplir també el *tràmit de la comunicació preceptiva del projecte a la Comissió Europea* previst en l'article 46.2 del Reglament 850/1998, ja que ometre'l pot ocasionar la nul·litat del reglament, perquè es tracta d'un vici que podem qualificar de substancial.

— En matèria d'elaboració de les disposicions reglamentàries insulars, 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, 79/2012, 25/2013 i 107/2013). En resum, el 2013, el Consell Consultiu torna a insistir en la urgència amb què s'haurien 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.

— Finalment, en relació amb els requisits formals exigits per formular una consulta sobre un avantprojecte de disposició legal o un projecte de disposició reglamentària, cal recordar: d'una banda, que l'article 21 de la Llei 5/2010, de 16 de juny, preveu, en diferents apartats, quins són els òrgans de l'Administració activa legitimats per formular una consulta i en quins supòsits la poden formular; de l'altra, 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 ha insistit en la seva doctrina (*vid.* dictàmens 22/2012, 44/2013 i 92/2013) sobre la importància d'aquest tràmit per garantir suficientment quin és el text del projecte sobre el qual definitivament es formula la consulta.

Finalitzam així l'apartat relatiu a l'exposició de la doctrina més rellevant del Consell Consultiu emesa, durant l'any 2013, en relació amb els projectes reglamentaris examinats.

III. CONTRACTACIÓ

En l'àmbit d'interpretació contractual, el Dictamen 53/2013 precisa el condicionant de

la revisió de preus (de l'inici del termini o *dies a quo*) que s'ha d'aplicar en el cas, com aquest que s'examina, d'interpretació d'una clàusula de contracte mixt, entre obra pública i presentació d'un projecte constructiu. En efecte, el Consell Consultiu entén que no es pot resoldre per la via de l'ús de la prerrogativa d'interpretació dels contractes allò que en realitat es postula com a possible vulneració d'una interpretació teleològica de la normativa aplicable, que condueix a una solució sobre el *dies a quo* per a la revisió de preus diferent de la fixada amb claredat en els plecs que regiren la licitació; aquest plantejament només seria viable per la via de la revisió d'ofici de l'acte preparatori d'aprovació dels plecs. La consulta permet aclarir que la revisió de preus en contractes mixts de projecte i obra pública és procedent, d'acord amb els plecs i les clàusules, quan hi ha «preu cert» en el contracte d'obra. La data d'aprovació del projecte constructiu constitueix la data essencial, perquè implica disposar d'un «preu cert» i amb la quantificació del cost efectiu del projecte, moment a partir del qual es pot —en els termes que preveuen els plecs— calcular la revisió de preus.

En dos dictàmens d'interpretació contractual, 77/2013 i 110/2013, el Consell Consultiu ha explicat les exigències perquè pugui considerar-se viable la interpretació contractual: l'interès públic i la no imposició de clàusules no previstes o noves. Així mateix, en el Dictamen 110/2013, l'òrgan assessor especifica les diferències entre la interpretació contractual (que se cenyeix a casos en què no hi ha claredat en les clàusules o en el contingut del contracte) i la reclamació per l'equilibri economicofinancer de la concessió. També s'exposen, entre els criteris interpretatius, la preeminència del plec de clàusules o condicions que integren el contracte i la consistència dels criteris que figuren en el Codi civil com a teoria general de la contractació: literalitat, voluntat, sistemàtica i no afavoriment de la part que crea l'obscuritat de la clàusula (articles 1281, 1282 i 1285 del Codi civil).

En el Dictamen 97/2013, l'únic que examina una modificació contractual, s'exposen amb detall les exigències procedimentals de tramitació de les modificacions d'acord amb la normativa del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (TRLCAP) de 2000 i el Reglament de 2001, especialment pel que fa a l'exigència de dictamen preceptiu i d'informe d'Intervenció d'acord amb l'article 97.3 del Reglament (Reial decret 1098/2001). S'argumenta també, aportant la doctrina del Consell d'Estat i la jurisprudència, que no és procedent tramitar una modificació contractual amb caràcter «retroactiu».

Amb motiu de procediments de resolució contractual, s'han emès quatre dictàmens: 21, 121, 132 i 147/2013. S'ha reiterat amb insistència que els plecs de condicions o de clàusules constitueixen —amb el contracte formalitzat— la *lex contractu*, i per tant són la primera font que regula les obligacions contractuals. Queda ben clar que l'oposició del contractista és un requisit perquè el Consell Consultiu pugui emetre dictamen (així, el Dictamen 121/2013 ensenya que, en aquest sentit, no hi ha oposició del contractista quan només queda constància d'un silenci voluntari d'una societat concessionària després d'haver rebut correctament la notificació corresponent). En el nou context pressupostari, també és admissible que l'Administració activa desisteixi d'un contracte per contenció de la despesa. En aquest cas, no obstant això, caldrà retornar la garantia i indemnitzar el contractista amb un 10 % de l'import de les tasques que no s'han dut a terme en casos de

contractes de serveis —article 285 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSF).

IV. INTERPRETACIÓ NORMATIVA

L'any 2013 el Consell Consultiu ha tingut l'oportunitat d'examinar tres consultes facultatives —dictàmens 48, 65 i 123—, provinents dels consells insulars de Menorca, de Mallorca i de Formentera, respectivament. En els dictàmens 65 i 123, la posició del Consell Consultiu permet d'aclarir els termes dels articles 19.f i 21.d de la Llei 5/2010, de 16 de juny, pel que fa als requisits d'admissió d'una consulta de la presidència d'un consell insular amb caràcter facultatiu. Les exigències de la Llei són: a) l'especial transcendència a judici de l'autoritat que consulta, i b) que sigui un assumpte de rellevància notòria que pugui afectar directament l'àmbit respectiu de competències. En aquest sentit, el Consell Consultiu indica que un tema de compatibilitat d'un conseller insular concret que no té competències executives no es pot qualificar d'assumpte de *rellevància notòria* que afecti el règim jurídic competencial de la corporació insular. En el Dictamen 48/2013, s'admet la consulta facultativa del Consell Insular de Menorca per la seva relació amb el règim jurídic d'un conseller amb funcions executives sobre pesca, i s'insisteix en el fet que necessàriament s'ha de modificar la legislació dels consells insulars per adaptar-la a l'Estatut de 2007; es considera que, mentre això no es dugui a terme, hi haurà una dualitat de règims jurídic que se superposaran: com a conseller electe, l'òrgan competent per resoldre sobre la compatibilitat és el Ple; com a conseller executiu, és el president de la corporació en virtut de la competència residual legalment establerta. Aquest parer, que és unànim, també interpreta l'article 7.a de la Llei autonòmica 2/1996, de 19 de novembre, pel que fa al concepte de compatibilitat amb l'administració del patrimoni personal, i el diferencia de l'exercici d'una segona activitat, que és allò que veda l'article esmentat.

V. RESPONSABILITAT PATRIMONIAL

1. Responsabilitat patrimonial en l'àmbit urbanístic, *ius variandi* i anul·lació d'actes

Dos dictàmens (41 i 63/2013) s'han pronunciat sobre casos de reclamacions de responsabilitat patrimonial per suposats perjudicis amb motiu de l'activitat regulatòria (*ius variandi*): a causa de l'aprovació d'una norma amb rang de llei, en el primer cas, i de l'aprovació d'un pla d'ordenació de recursos naturals que afecta els drets cinegètics d'una finca, en el segon.

En el Dictamen 41/2013, el Consell Consultiu ha reiterat una assentada doctrina amb termes prou rotunds: «[...] la suspensió temporal de planejament efectuada pel Decret Llei 1/2007 tantes vegades repetit no ha produït —de manera avaluable i individualitzable— danys reals i acreditats, concrets i avaluable econòmicament, atès que és un acte d'eficàcia temporal limitada i la pèrdua de l'aprofitament urbanístic, com a dany efectiu i real, es concretarà únicament amb l'aprovació de l'instrument al qual es remet el dit Decret Llei. Mentre ha durat la suspensió —ara aixecada—, els danys al·legats han tingut la condició d'hipotètics i no produïts. I, una vegada aixecada, cap impediment hi ha perquè el desenvolupament de la

planificació urbanística aplicable a l'àmbit de Ses Fontanelles I es produeixi.»

En el Dictamen 63/2013, l'òrgan consultiu dilucida una reclamació no examinada fins ara sobre els drets cinegètics, i conclou: «[...] de conformitat amb la legislació i la jurisprudència sobre la matèria —dins la qual també cal esmentar la Sentència del TS de 20 de gener de 1999 (recurs 5350/1994)— en el cas present els reclamants tindrien dret a ser compensats, de conformitat amb el que disposa l'article 18.2 de la Llei 4/1989, de 27 de març, de conservació dels espais naturals i de la flora i fauna silvestres, per les privacions dels seus drets patrimonials legítims sobre el predi de la seva titularitat de resultes que el Govern aprovàs el PORN que regeix els usos i estableix aquestes limitacions dins l'àmbit de la reserva natural de s'Albufereta. Els danys complirien, per tant, a la llum de la jurisprudència, el requisit de l'antijuridicitat.»

En els dictàmens 7, 103 i 146/2013 es plantegen consultes relacionades amb la denegació de llicències urbanístiques i amb la clausura d'un local d'activitat d'oci, amb referència a processos judicials incoats o, en els dos darrers, pronunciaments judicials ja emesos. En aquests casos, el Consell Consultiu es planteja la qüestió sobre la competència d'emetre el dictamen quan encara no hi ha resolució judicial, i la conclusió és afirmativa: l'Administració manté la possibilitat de resoldre i, en lògica correspondència, aquest òrgan consultiu pot pronunciar-se sobre la consulta. En canvi, quan hi ha sentència de primera instància ja no hi ha competència de resoldre ni tampoc d'emetre dictamen, per la indubtable submissió de l'Administració al control jurisdiccional. En un altre ordre de coses, si l'acció entaulada davant el tribunal inclou la reclamació de responsabilitat, cosa que es denomina de *plena jurisdicció*, amb la triple identitat de subjectes, objecte i *causa petendi*, ja no es pot resoldre el cas en la via administrativa i s'haurà de sotmetre a la resolució judicial.

2. Responsabilitat patrimonial en espais públics, obres públiques i altra activitat administrativa

D'aquest grup de dictàmens en podríem destacar alguns per l'exposició més clara de la doctrina ja reiterada en algunes matèries. Per exemple, el Dictamen 79/2013 incideix en la interrupció de la reclamació de responsabilitat patrimonial (amb efectes decisius pel que fa a la prescripció); tot i que ja és un tema conegut, en aquest pronunciament queda clar que no interromp el termini de prescripció una acció penal iniciada sense que l'Administració en sigui part ni en tengui coneixement. Els dictàmens 17, 39, 40, 75, 101 i 135/2013 insisteixen en la importància de la prova del dany i de la causalitat que el relaciona amb el servei públic, prova que en principi correspon a la part reclamant i només en casos de facilitat probatòria (Dictamen 101/2013 —referit a l'existència de cera en els carrers a causa de les processons—) es pot invertir aquesta càrrega i afectar l'activitat probatòria de l'Administració concernida. Els dictàmens 9, 101, 112 i 124/2013 recorden la doctrina ja coneguda relativa a la concurrència de causes i la seva aplicació en la indemnització, que normalment consisteix a reduir-la en un 50 %.

En el Dictamen 20/2013, relatiu a una caiguda d'un vianant, el Consell Consultiu, en la mateixa línia que la jurisprudència, exigeix un deure de diligència al vianant per «esquivar fàcilment les anomalies lleus que hi ha», i modera, en conseqüència, la

responsabilitat patrimonial dels municipis per l'estat de manteniment de les vies públiques, element respecte del qual, sense desviar-se del principi admès de responsabilitat objectiva, l'òrgan consultiu introdueix unes cauteles a l'hora de considerar la relació de causalitat. Idèntica argumentació es podria aplicar al cas de manteniment de platges del Dictamen 86/2013, en el qual l'òrgan consultiu conclou que el servei públic s'ha de prestar en termes de «raonabilitat», i que no és exigible al concessionari efectuar la neteja, en qualsevol moment del dia i de manera peremptòria, de tot tipus d'abocament o dipòsit, sinó en el moment en què hi hagi una acumulació important de residus.

El Dictamen 35/2013, amb motiu d'una reclamació per un cessament anticipat de funcionaris interins de programa temporal del Consell Insular de Mallorca, examina les característiques d'aquests funcionaris i arriba a una conclusió desestimatòria de la responsabilitat, perquè l'Administració pot cancel·lar motivadament —en aquest cas es basa en la reducció de despesa— els programes temporals i perquè els funcionaris interins de programa no tenen un dret adquirit de completar el dit programa, sempre que no hi hagi cap indicati d'arbitrarietat o infracció d'un dret fonamental (com és el cas ara, que no hi hagi indicis de discriminació). Aquest pronunciament, això no obstant, es fonamenta en la legislació de la funció pública que era aplicable en aquell moment (Estatut bàsic de l'empleat públic de 2007 i Llei autonòmica 7/2007).

El Dictamen 61/2013 s'evacua amb motiu d'una reclamació d'un funcionari (bomber del Consell Insular de Mallorca) que, en una actuació d'extinció d'un incendi, ha patit danys personals importants. El dictamen examina amb deteniment la protecció dels funcionaris en les activitats pròpies del seu cos o especialitat i, en el cas d'activitats de risc inherent a la professió (com ara bombers o policies), la viabilitat de l'acció de responsabilitat patrimonial en els casos en què s'hagi provat un títol específic d'imputació. De fet, en la consulta formulada el funcionari reclamava per un suposat funcionament anormal o deficient (o negligent) del servei insular d'extinció d'incendis (falta de mitjans i de comandament adequat), encara que aquestes qüestions no són confirmades per l'aportació de proves de l'Administració insular. El Dictamen analitza també la compatibilitat entre la protecció social, la de riscos laborals i la genèrica en virtut de la responsabilitat civil.

3. Responsabilitat patrimonial sanitària

3.1. Qüestió prèvia. El termini de presentació de la reclamació

En matèria de responsabilitat patrimonial, abans d'analitzar l'objecte de la reclamació i el fons de l'assumpte, el Consell Consultiu es pronuncia sempre sobre si la reclamació s'ha presentat en el termini establert o no. Recordem aquí que tant l'article 142.5 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, com l'article 4.2 del Reial decret 429/1993, de 26 de març, pel qual s'aprova el Reglament dels procediments de les administracions públiques en matèria de responsabilitat patrimonial, disposen que 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'n manifestat l'efecte lesiu. En particular, i per al cas de danys de caràcter físic o psíquic a les persones, l'article 142.5 just ara esmentat disposa que el termini s'ha de començar a computar «[...] des de la curació

o la determinació de l'abast de les seqüeles», i això en ocasions ha plantejat a l'òrgan consultiu dificultats a l'hora de determinar el *dies a quo* a partir del qual les seqüeles per les quals es reclama a l'Administració sanitària estaven establitzades i començava, per tant, el còmput del termini de prescripció legalment establert.

Ara bé, cal tenir en compte que, quan es tracta d'una reclamació per responsabilitat patrimonial derivada de l'anul·lació en la via administrativa o per l'ordre jurisdiccional contenciós administratiu d'actes o disposicions administratives, el dret a reclamar prescriu al cap d'un any d'haver-se dictat la sentència definitiva, conformement a l'article 142.4 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre.

Respecte de *l'institut de la prescripció* en els procediments de responsabilitat de l'Administració pública, el Consell Consultiu ha sostingut, en una doctrina molt anterior a la que ara analitzam (dictàmens 199/2010, 207/2010 i 40/2012, entre d'altres), que la fixació d'un termini per exigir la responsabilitat de l'Administració pública és un principi de seguretat jurídica, de tal manera que l'ordenament jurídic es fonamenta en aquest principi per considerar extingida l'acció quan el titular no hagi manifestat la voluntat d'exercir-la durant el termini d'un any.

Determinar si la reclamació s'ha presentat o no dins el termini legalment establert es considera essencial i transcendent, ja que d'això dependrà que el dret a reclamar es consideri prescrit o no. La prescripció esdevé una circumstància impeditiva per entrar a analitzar el fons de l'assumpte i priva 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.

Seguint amb aquesta doctrina, durant l'any 2013, el Consell Consultiu ha emès un total de 24 dictàmens sobre reclamacions de responsabilitat patrimonial de l'Administració sanitària, de les quals només en una l'òrgan de consulta ha considerat prescrit el dret a reclamar. Aquest és el cas analitzat en el **Dictamen 108/2013**, relatiu a una reclamació per una atenció sanitària presumptament deficient que prestà el Servei de Salut de les Illes Balears durant un part. El part es produí el 29 de juny de 2004, si bé la reclamació no es registrà d'entrada a l'ens públic fins al 16 de juliol de 2010. Per defensar que la reclamació no era extemporània, els pares de la menor sostingueren que s'havia interposat en el termini d'un any des que el Jutjat d'Instrucció els notificà, mitjançant una providència, l'arxivament de les actuacions que se seguien pels mateixos fets en via penal. La data de notificació era el 23 de novembre de 2009, el *dies a quo* a partir del qual s'havia d'iniciar el còmput del termini. No obstant això, una vegada analitzat el cas, l'òrgan de consulta concloué, en el mateix sentit que l'Administració, que l'acció per reclamar havia prescrit malgrat la interrupció del termini de prescripció per l'acció penal, i fonamentava la seva conclusió en els arguments jurídics següents:

[...] El hecho dañoso se concreta, también por la parte reclamante, en el parto distócico atendido, según se manifiesta, defectuosamente, en el Hospital de Manacor entre el 29 de junio de 2004 y la madrugada siguiente de 30 de junio de 2004. El fallecimiento del recién nacido se produce en el mismo día 30 de junio de 2004. Debe tenerse en cuenta lo que en el Dictamen 77/2011 hemos establecido:

«[...] Tanmateix, a l'efecte de valorar la prescripció de l'acció, en aquest cas, hem de recordar que, de conformitat amb la doctrina del Tribunal Suprem, els informes mèdics

pericials emesos en ocasió d'un procediment judicial resulten determinants per fixar l'abast definitiu de les lesions. En concret, en la Sentència de 24 de febrer de 2009, el Tribunal Suprem manifestà les observacions següents: "[...] Junto al informe del médico forense no puede desconocerse que el perjudicado aportó a la causa penal un informe pericial médico-legal realizado por el facultativo [...], en el que recoge de forma amplia y detallada el conjunto de los tratamientos recibidos por el actor y clasifica las secuelas [...]. Este informe es emitido a instancia del denunciante y perjudicado en el proceso penal, lo que permite afirmar que desde la fecha de su emisión conoce las secuelas que le ha producido [...]. Es por ello que, desde la fecha de emisión de los dos informes, al menos del segundo de ellos en una interpretación más favorable para la parte actora, comienza el plazo para ejercitar la acción de responsabilidad [...]."»

No hay que olvidar que los reclamantes, al ser parte en el proceso penal, tienen conocimiento del mismo y, en particular, de los informes periciales [...]. Así las cosas, se habría sobrepasado en mucho el plazo de un año desde haberse manifestado el efecto lesivo del daño, puesto que se reclama el 16 de julio de 2010.

No obstant això, hem de destacar també aquí que l'any 2013 el Consell Consultiu aprecià, contràriament al que sostenia l'Administració sanitària en la proposta de resolució, que no hi havia prescripció de l'acció de responsabilitat patrimonial en un supòsit molt peculiar. Aquest fou el cas analitzat en el **Dictamen 36/2013**, relatiu a la reclamació d'un pare pels danys personals derivats de l'assistència que va rebre el seu fill en el Servei d'Urgències de Son Llàtzer. Aquests danys l'òrgan de consulta els qualificà de permanents, de conformitat amb la jurisprudència (Sentència del Tribunal Suprem de 18 de gener de 2008, entre d'altres), si bé, a l'hora de computar el termini legal que fixa l'article 142.5 de la LRJPAC per exercitar l'acció, l'òrgan consultiu no partí de la data en què, d'acord amb els informes mèdics, estarien establitzades les seqüeles, sinó que determinà com a *dies a quo* la data en què el reclamant obtingué la còpia de l'historial clínic del seu fill —arran de la resolució favorable de l'Agència Espanyola de Protecció de Dades, a la qual acudí després que l'hospital públic es negàs a traslladar-li una còpia de l'historial esmentat—, perquè va interpretar que en cap moment va voler desistir de l'acció (principi *pro actione*). Els arguments en què fonamentà les seves conclusions foren, essencialment, els següents:

No cabe duda, después del apunte efectuado sobre nuestra jurisprudencia, que estamos ante un supuesto de *daño permanente*, cuya determinación de su alcance es posible, a tenor precisamente del mismo informe del doctor B. (de 15 de marzo de 2010, ratificado con posterioridad) y del informe de la inspectora médica (de 4 de mayo de 2012), aunque este último contradice abiertamente el relato de secuelas efectuado.

El Consejo Consultivo debe pues plantearse qué fecha es la inicialmente válida para computar el año como plazo prescriptivo. La Administración, que aboga sin ambages por la prescripción, toma como base la fecha de 13 de marzo de 2009, alta de cirugía plástica aunque tenían una cita posterior a la que no acudieron. La parte reclamante argumenta a su favor en que optó en su día por acudir a la Agencia Española de Protección de Datos para, a su parecer, obtener la historia clínica total y decisiva del Hospital Son Dureta. Lo cierto es que el 16 de noviembre de 2009 dicha Agencia resuelve a su favor y el mencionado Hospital remite a la parte reclamante la historia clínica en fecha 23 de abril de 2010 (RS n. 4571, de 26 de abril de 2010). De la Resolución de la Agencia Española se desprende que el inicio del procedimiento de reclamación de datos (es decir, de la historia clínica) se remonta a 16 de febrero de 2009 (solicitó la historia al Hospital Son Dureta) contestándole insatisfactoriamente el 26 de febrero de 2009. Después tuvo que seguir el procedimiento ante la citada Agencia a partir de otra reclamación de 25 de marzo de 2009 que se resolvería a favor de don A. A. A. el 16 de noviembre de 2009 y

obtendria la resposta final del Hospital en la antes citada fecha de 26 de abril de 2010 (o días posteriores).

Así las cosas, no puede tenerse por inactiva la parte reclamante la cual, con mayor o menor acierto, ha optado por acudir a la Agencia Española de Protección de Datos en demanda de la completa y total historia clínica del Hospital Son Dureta. Aunque tal actuación podría haberse incardinado sin dificultad en el procedimiento de responsabilidad patrimonial lo cierto es que el Hospital —mediante su actuación ante la Agencia— tampoco ha contribuido a un desenlace diferente o a facilitar la historia clínica completa a la parte reclamante con mayor celeridad, lo que no ha efectuado hasta el 26 de abril de 2010. *Aunque dicha documentación no sea imprescindible para iniciar la acción es lo cierto que sí resulta conveniente para una adecuada determinación de la responsabilidad patrimonial y además constituye un derecho de todo paciente, independientemente de su voluntad de reclamar, obtener toda la información clínica. [...]*

En este estado de cosas, el Consejo Consultivo sólo puede concluir —contrariamente a la propuesta de resolución— que no procede dar por prescrita la acción de responsabilidad patrimonial presentada el 2 de febrero de 2011 ya que *se encontraba en el plazo anual si contamos a partir de la recepción de la documentación clínica (finales de abril de 2010), puesto que la parte interesada no sólo no había abandonado dicha acción sino que venía realizando actuaciones de demanda de documentación clínica que demuestran el interés en la reclamación finalmente ejercitada*, por cierto, frente al mismo organismo puesto que el Hospital Son Dureta es dependiente del Servicio de Salud de las Illes Balears y no tiene personalidad jurídica diferenciada, elemento que coadyuva a la conclusión que hemos adelantado.

En l'anàlisi del moment en què es va presentar la reclamació hi ha, a més a més, dos aspectes fonamentals sobre els quals el Consell Consultiu ha dictaminat: d'una banda, l'inici del termini per reclamar (*dies a quo*); de l'altra, la interrupció del còmput del termini. A continuació farem referència a aquests dos aspectes en el context de les lesions personals.

3.1.1. L'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. Aquest termini, en el seu inici i en els casos de lesions personals, ha estat considerat per la jurisprudència sota el principi de l'*actio nata*. La doctrina sobre aquest aspecte, que ja hem exposat en les memòries de 2011 (Dictamen 41/2011, entre d'altres) i de 2012 (dictàmens 10/2012 i 63/2012, entre d'altres), es reitera novament el 2013. Així, per exemple, en el **Dictamen 91/2013** s'exposa:

En el punto referente a la temporaneidad de la reclamación, debemos recordar que el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que el derecho a reclamar prescribe al año de haberse producido el hecho o acto que motiva la indemnización o de haberse manifestado su efecto lesivo. Ninguna duda cabe, pues, para este órgano consultivo respecto de la temporaneidad de la reclamación, al no haber transcurrido, en consecuencia, el plazo anual previsto en el artículo 142.5 de la LRJPAC.

D'altra banda, durant l'any 2013, l'òrgan consultiu ha continuat invocant la consolidada doctrina jurisprudencial del Tribunal Suprem que distingeix entre els danys continuats i els danys permanents (*vid.* les sentències del Tribunal Suprem de 16 de novembre de 2010, 22 de juny 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. En aquests casos, el Consell Consultiu entén que, si són *danys permanents* —que poden ser avaluats econòmicament des del moment en què es produeixi el fet o acte causant—, el *dies a quo* se situa l'endemà del dia 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 pels danys soferts pel reclamant en el genoll esquerre després d'una intervenció quirúrgica (artroscòpia) a l'Hospital Mateu Orfila (Dictamen 37/2013), el Consell Consultiu, de conformitat amb la doctrina anterior, va considerar els danys com a «permanents» a l'efecte de determinar el *dies a quo* per a l'exercici de l'acció de responsabilitat i va concloure que la reclamació no era extemporània, sobre la base dels arguments següents:

L'acció de reclamació, que té entrada en el Servei de Salut el 17 de setembre de 2010, s'ha interposat en un termini inferior a l'any que preveu l'article 142.5 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, perquè el procés assistencial pel qual es reclama és una meniscopatia del genoll esquerre que va intervenir-se el 19 de juny de 2008, amb reintervencions, no va obtenir l'alta fins al 14 de setembre de 2009 i la valoració d'incapacitat és del 26 d'octubre de 2009. Per tant, tal com ha considerat la instrucció, la reclamació no és extemporània.

En altres supòsits de reclamacions sanitàries per danys permanents, no obstant això, hi ha hagut més dificultats per determinar, una vegada analitzat l'historial clínic i tots els informes mèdics que figuren en l'expedient, quina era la data d'estabilització de les seqüeles objecte de reclamació, a fi de poder determinar si la reclamació era extemporània o no. Aquest ha estat el cas analitzat en el **Dictamen 54/2013**, en què la reclamant sol·licità responsabilitat patrimonial a l'Administració sanitària per les seqüeles derivades d'una intervenció quirúrgica en el peu, intervenció que li practicaren en un hospital integrat en la xarxa pública del Servei de Salut. Doncs bé, pel fet de tractar-se de danys permanents, l'òrgan consultiu planteja, inicialment, que el *dies a quo* per al còmput del termini legal és la data d'una ressonància magnètica mitjançant la qual es concretà l'origen del mal que patia la reclamant («neuroma de Morton»). Tanmateix, atesa la dificultat per determinar quina era, en aquest cas, la data d'estabilització de les seqüeles per les quals es reclamava, i en vista que la reclamant mai no havia deixat de rebre cap tractament mèdic o rehabilitador, ni de sotmetre's a proves per esbrinar l'origen de la seva malaltia, en el dictamen es conclou que la reclamació no ha prescrit, perquè la interessada mai no ha abandonat l'acció (principi *pro actione*). Així s'explica, amb més detall, en la consideració jurídica tercera del dictamen:

[...] Doncs bé, en el cas present, de l'aplicació de la jurisprudència anterior resulta que,

en primer lloc, la senyora M. M. M. sembla que reclama pels *danys permanents* i les seqüeles derivades de la intervenció quirúrgica del 13 de gener de 2010, i que hem de tenir en compte que l'alta hospitalària va tenir lloc el 14 de gener de 2010, dia en què, teòricament, es fixà el dany produït. En aquest cas, si partim que la reclamació es presentà el 8 de novembre del 2011, la conclusió és que havien passat vint-i-tres mesos des del *dies a quo* i, per tant, el dret hauria prescrit clarament.

Això no obstant, pel fet de tractar-se de danys físics, de conformitat amb el que disposa l'article 142.5 abans esmentat, el termini s'ha de computar «[...] des de la curació o la determinació de l'abast de les seqüeles». En aquest cas, consideram més adequat tenir present el conjunt de fets que envolten la qüestió que es presenta a consideració d'aquest Consell Consultiu. Així, de l'històric clínic es desprèn que la reclamant es va sotmetre a una intervenció, en principi simple, que afectava una deformitat en un peu, la qual és molt freqüent —el galindó— i que no necessita d'un ingrés hospitalari llarg, atès que l'endemà de l'operació se li donà l'alta hospitalària, la qual cosa ens condueix a entendre que en el moment de l'alta hospitalària no s'havia fixat el dany, ni tan sols es podia fixar, i que és en el transcurs del seguiment de la intervenció quirúrgica i del procés de rehabilitació posterior quan es determina l'abast de les lesions i s'estableix la relació que poden tenir amb l'acte quirúrgic. [...] Seguint el nostre raonament, atesos els fets que consten en l'expedient analitzat, ens cal determinar el moment en què sembla que es fixaren els danys o seqüeles. I per això, ens resulta important tenir en compte, d'una banda, la dificultat per atribuir el dany que pateix en l'actualitat la interessada a la intervenció quirúrgica a què fou sotmesa —com exposam més endavant— que condueix a afirmar al pèrit de part que «[...] no podemos señalar un acto médico concreto causante de la situación clínica de doña M. M. M. [...] sí podemos establecer una desproporción total del daño sufrido» i, de l'altra, que els metges del Servei de Salut de les Illes Balears i de la mútua laboral que han tractat la perjudicada tenen la convicció unànime que la causa del dolor actual són els neuromes intermetatarsians o neuroma de Morton, i per això és important destacar que és a partir del descobriment d'aquesta última patologia quan es podria considerar que les seqüeles estan estabilitzades i, per tant, començaria a computar-se el termini legal de prescripció.

Així doncs, de l'històric clínic es desprèn que mitjançant la prova de la ressonància magnètica que efectuaren a la pacient el 6 de maig de 2010 es determinaren les complicacions derivades de la intervenció —complicacions respecte de les quals s'informà la interessada— i aparegué el neuroma de Morton, causa dels dolors continuats de la senyora M. M. M. Si partíssim d'aquest dia com el d'estabilització de les seqüeles per al còmput del termini (*dies a quo*), hauriem de concloure igualment que el seu dret a reclamar hauria prescrit perquè, com ens consta en els antecedents, *la data de registre de la reclamació és de dia 8 de novembre de 2011*. Per tant, haurien transcorregut divuit mesos.

Ara bé, tot i que els raonaments que hem exposat són coherents amb l'anàlisi formal d'allò que consta en l'expedient, no podem ignorar la realitat que envolta el cas i que, com hem dit abans, marca l'apreciació exacta i indubtable del dia a partir del qual es podria començar a comptar el termini de prescripció: *la dificultat per establir l'acte mèdic i/o la patologia que provoca la situació actual de la interessada*. Molt més si partim dels fets —que també són palesos en l'expedient— que la reclamant mai no ha abandonat cap tractament mèdic o rehabilitador que li hagi prescrit el sistema sanitari, que la interessada ha estat sotmesa a proves i anàlisis durant un llarg període de temps que han impedit fer un càlcul de la quantitat compensatòria reclamada, que la patologia que ha derivat posterior a la intervenció quirúrgica tot i que no n'és una seqüela se situa en el mateix membre que fou intervingut i que *l'actitud de la interessada no és expressiva d'un abandonament o inacció del seu dret*. Per tant, aquest òrgan consultiu s'inclina a considerar que la reclamació ha estat presentada en el termini previst legalment, sens perjudici dels raonaments que s'han exposat i, per tant, ens cal entrar a analitzar el fons de la qüestió.

Per contra, en altres ocasions, el Consell Consultiu ha conclòs que no era davant

una reclamació de responsabilitat patrimonial sanitària per danys permanents sinó per *danys continuats* en el temps, de conformitat amb la jurisprudència (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). Aquest fou el supòsit analitzat en el **Dictamen 88/2013**, relatiu a una reclamació de responsabilitat patrimonial plantejada davant el Servei de Salut pels danys morals soferts per una dona i la seva filla a causa d'una infecció per VIH que patí el seu espòs i pare, de resultes d'un contagi en un hospital públic. En aquest cas, seguint la seva doctrina sobre el còmput del termini en aquests supòsits de danys continuats (*vid.* Dictamen 20/2012, entre d'altres), considera que el termini de prescripció està obert fins al moment posterior en què es pugui determinar l'abast de les seqüeles derivades del diagnòstic de la malaltia o fins i tot, en aquest cas, estaria obert fins a la mort del pacient, data que considera com a *dies a quo* per a l'exercici de la reclamació. Així ho fonamenta en el dictamen quan sosté:

La acción de reclamación ha sido ejercitada temporáneamente, toda vez que ésta ha sido planteada (2/6/2009) dentro del plazo de un año desde el conocimiento efectivo de la infección por VIH mediante una resolución del director general del Servei de Salut, de 3 de junio de 2008. Por lo demás, en el caso de las infecciones por VIH su especial forma de producción y manifestación de la enfermedad y sus consecuencias debemos estimar que estamos ante un supuesto de *daños continuados*, daños que, en la práctica, dejan abierto el plazo de prescripción de acuerdo con reiterada jurisprudencia que interpreta lo previsto en el artículo 142.5 de la citada Ley y artículo 4.2 del Reglamento de Procedimiento aprobado por el Real Decreto 429/1993. A igual conclusión llegaríamos si se computara desde el fallecimiento del paciente, 14 de enero de 2010.

3.1.2. La 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 2013 ha examinat l'òrgan de consulta en relació amb la interrupció del termini de prescripció.

3.1.2.1. L'exercici d'accions judicials: civils i penals

La interrupció del termini de la reclamació per l'exercici d'accions judicials és un tema que ha estat examinat detingudament en els dictàmens 31/2013, 73/2013, 90/2013 i 143/2013, pel fet que el reclamant interposa —amb caràcter previ a l'acció de reclamació de responsabilitat patrimonial— un acció penal davant els tribunals de justícia.

Respecte de si la incoació de diligències prèvies i les actuacions en l'ordre penal interrompen el termini de prescripció, el Consell Consultiu entén que efectivament l'interrompen; el termini comença a computar novament des de la data de la sentència o de la notificació de la interlocutòria de sobreseïment. Aquest ha estat el cas analitzat detingudament en el Dictamen 108/2013, en què, malgrat la interrupció del termini per l'exercici de l'acció penal, sostingué:

Ocurre sin embargo que la parte reclamante ejerció, conforme a su derecho, la acción penal desde la interposición de querrela ante el Juzgado de Instrucción competente el 18

de octubre de 2004. Se inicia así un procedimiento penal que se dirige tanto contra el doctor M. como contra el Hospital de Manacor como responsable civil.

El transcurso de la acción penal, como se ha expuesto en los antecedentes, sigue los hitos siguientes:

- a) El Juzgado de Instrucción dicta Auto de Sobreseimiento provisional, el 27 de marzo de 2007.
- b) Los reclamantes, asistidos por abogado y procurador, recurren en apelación ante la Audiencia Provincial.
- c) La Audiencia Provincial (sección 2) dicta Auto confirmatorio del sobreseimiento el 25 de julio de 2008.
- d) Este Auto de la Audiencia es correctamente notificado a la parte reclamante (apelante en aquella litis) el 1 de septiembre de 2008.

De ahí debemos concluir que la acción de responsabilidad patrimonial prescribe al año de dicha notificación, en septiembre de 2009.

La parte reclamante alega, con apoyo en Sentencias del Tribunal Constitucional, que el plazo no ha prescrito puesto que el plazo *a quo* estima debe contarse a partir del 23 de noviembre de 2009, fecha de notificación de la providencia de archivo de las actuaciones.

Para este análisis, que resulta fundamental en este asunto, debemos partir de los datos de derecho positivo para luego profundizar en la jurisprudencia, incluyendo por supuesto la alegada por los reclamantes. [...]

El Tribunal Supremo viene considerando en las SSTS 10 de mayo de 1991, 23 de enero de 2001, 16 de mayo de 2002, 18 de junio de 2006, 29 de enero de 2007, 10 de abril de 2008, 1 de diciembre de 2008, 22 de abril de 2009, entre otras, la eficacia interruptiva del proceso penal. [...]

En nuestros dictámenes también hemos tenido la oportunidad de abordar esta cuestión, indicando la naturaleza interruptiva del proceso penal (e incluso del civil en algunos casos). Ahora bien no puede entenderse que el plazo quede interrumpido indefinidamente sino hasta cuándo se mantiene hábil dicho proceso para los intereses de la parte (que en definitiva, es hasta el sobreseimiento de las actuaciones) siempre que dicho momento de finalización se notifique debidamente a la parte reclamante para que ésta pueda tener conocimiento de la iniciación del plazo prescriptivo anual. [...]

En conclusión, lo que aquí ha sucedido no es una falta de notificación de la finalización del procedimiento penal ni una falta de notificación de la resolución judicial que limite el paso a la prosecución de la acción penal. En efecto, repetimos, los mismos reclamantes (a través de su procuradora y abogada designadas) reciben el Auto de confirmación del sobreseimiento el 1 de septiembre de 2008. La providencia de archivo de 11 de agosto de 2008 (que dicen recibir muy posteriormente, el 23 de noviembre de 2009) no es más que una consecuencia del sobreseimiento anterior que no añade información jurídica relevante del estado del proceso penal. De otro modo, después de la confirmación en apelación del sobreseimiento de las actuaciones con la advertencia del Juzgado «sin perjuicio de las acciones civiles que puedan corresponder a los querellantes», la parte reclamante no podía sino deducir que se iniciaba el plazo de prescripción para dichas acciones, en el caso, la acción de responsabilidad patrimonial. De todo lo que antecede se desprende que ha transcurrido sobradamente el plazo de prescripción al tiempo de presentar la reclamación por responsabilidad patrimonial, siendo extemporánea dicha reclamación.

Por todo ello, este Consejo Consultivo entiende que la reclamación debe ser íntegramente desestimada al apreciar la prescripción de la acción ejercida (el 16 de julio de 2010) por transcurso de más de un año desde la fecha de notificación del Auto de la Audiencia Provincial de 25 de julio de 2008 (notificado el siguiente 1 de septiembre de 2008).

Arriba a una conclusió diferent en els altres dictàmens (31/2013, 73/2013, 90/2013 i

143/2013), en què conclou que l'acció de responsabilitat patrimonial no ha prescrit, atès que l'acció penal ha interromput el termini de prescripció de l'article 142.5 de la LRJPAC. En aquests termes es pronuncia, per exemple, en el **Dictamen 31/2013** quan sosté:

El termini per exigir la responsabilitat de l'Administració pública és d'un any, en virtut de l'article 142.5 de la Llei 30/1992 i l'article 4.2 del Reial decret 429/1993. Aquest és un termini de prescripció i no de caducitat, de manera que, produïda la interrupció, el termini de l'any s'ha de comptar des del moment en què aquesta va acabar. Alhora, és també un principi de seguretat jurídica, de manera que l'ordenament jurídic, fonamentat en aquest element, considera extingida l'acció quan el seu titular no hagi manifestat la voluntat d'exercir-la durant aquest termini. D'altra banda, cal invocar també, en aquest supòsit, la previsió establerta en l'article 146.2 de la Llei 30/1992, en la redacció donada per la Llei 4/1999, de 13 de gener, que elimina qualsevol dubte o confusió sobre els efectes de l'exigència de responsabilitat penal del personal al servei de les administracions públiques amb relació al termini per interposar l'acció de reclamació de danys i perjudicis. La conclusió que se'n desprèn és que l'exercici previ de la via penal interromp, en tot cas, el termini de prescripció per a la interposició de l'acció de responsabilitat patrimonial.

En aquest cas, la pacient es va posar de part i va ingressar a l'Hospital Can Misses el 5 de juny de 2006. S'inicien les diligències prèvies del Procediment abreujat X/2007 en virtut de la denúncia que la senyora A. A. A. formalitzà el 20 de març de 2007 contra el metge que la va atendre [...]. D'altra banda, el 22 de gener de 2008, mentre està en tràmit aquell procediment, té entrada al Servei de Salut un escrit de la representant de la part interessada en què es formula la reclamació per danys i perjudicis derivats de l'assistència sanitària durant el part. Per tant, l'acció no ha prescrit.

Ara bé, hem de recordar novament aquí que, pel que fa a l'exercici d'accions del reclamant davant l'ordre civil pels mateixos fets objecte de reclamació, la conclusió de l'òrgan consultiu és ben diferent (no interrupció del termini de prescripció de l'acció de responsabilitat patrimonial), tal com ha reiterat en ocasions anteriors (Dictamen 40/2012, entre d'altres), si bé en el transcurs de l'any 2013 no ha tingut oportunitat de pronunciar-se sobre aquesta qüestió.

1.2.2. El tractament rehabilitador

Respecte de si el tractament rehabilitador o pal·liatiu que rep un pacient pot interrompre el termini de prescripció, el Consell Consultiu entén, de conformitat amb la jurisprudència, que aquest tractament no és causa per la qual es pugui interrompre el termini a què està subjecta l'acció de reclamació de responsabilitat patrimonial. Així es pronuncia en el Dictamen 54/2013 —ja esmentat quan analitzàvem la determinació del *dies a quo* per al supòsit de danys permanents— per remissió a la doctrina continguda en el Dictamen 63/2012, en què sostingué:

[...] Para determinar la fecha de inicio del plazo anual ha de estarse al informe médico en que se declare la finalización de las posibilidades terapéuticas curativas o se determine el alcance y consolidación de las secuelas, aún cuando continúe el tratamiento de modo paliativo o la rehabilitación para mejorar la calidad de vida o evitar complicaciones en la salud de los pacientes, puesto que la asistencia sanitaria, en estos casos, no modifica las secuelas que están estabilizadas previamente [...].

En este sentido se manifiesta la Jurisprudencia y, muy especialmente, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 21 de junio de 2007, Sección 6.^a (recurso 2908/2003), y en su Sentencia de 22 de junio de 2010, dictada por la Sala de lo Contencioso-

Administrativo, Sección 4.^a. En esta última distingue los «daños continuados» —aquellos que como tales no permiten conocer aún los efectos definitivos del quebranto— de los «daños permanentes» —aquellos donde las lesiones son irreversibles e incurables aunque no intratables, cuyas secuelas resultan previsibles en su evolución, siendo por tanto cuantificables—, por lo que afirma que «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».

3.2. Qüestió de fons. Acreditació del nexa causal. La càrrega de la prova de la relació de causalitat

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 d'1 i de 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 (*vid.* dictàmens 19/2013, 23/2013, 29/2013, 36/2013, 37/2013, 50/2013, 76/2013 i 91/2013, entre d'altres). I això resulta necessari tant si es tracta d'una acció imputable a l'Administració com d'una omisió, 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 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 50/2013 i 125/2013, entre d'altres), per corroborar la realitat de les afirmacions genèriques del reclamant i determinar si hi ha o no nexa causal, l'òrgan de consulta només pot acudir als informes mèdics i a l'historial clínic que figuren en l'expedient.

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 considera que s'ha de 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 apreciacions del reclamant com a legítimes però insuficients si no estan avalades tècnicament. En aquest sentit es pronuncia el Consell Consultiu en el **Dictamen 119/2013**, sobre una reclamació per retard de diagnòstic d'una meningitis aguda, motiu principal de la defunció d'un pacient; els reclamants atribuïren la deficient atenció sanitària a l'absència d'una analítica que s'hauria d'haver efectuat al pacient en el moment inicial, quan li implantaren un catèter.

L'òrgan consultiu, una vegada analitzat l'expedient, rebut aquesta acusació i conclou que no hi ha infracció de la *lex artis ad hoc*:

Al respecto, hemos de recordar que *no se ha aportado ninguna prueba o pericia, ni siquiera indiciaria, de la transmisión del germen en o durante la implantación del catéter epidural*, intervención correctamente planteada que no era la primera vez a la que se sometía la paciente. *Tampoco se acredita qué tipo de analítica podría haberse efectuado en tal momento inicial*. Aunque hipotéticamente se admitiera que el germen se ha contraído en la intervención hospitalaria, haría falta especificar y acreditar mediante pericial cuál sería este supuesto protocolo de prevención y detección del germen.

[...]

Conviene ahora señalar que los reclamantes, por su parte, no han aportado prueba pericial alguna tendente a acreditar la existencia de nexo causal entre el fallecimiento y la actuación médica, o al menos indicios suficientes de infracción de la *lex artis*, siendo insuficientes sus solas apreciaciones y los esfuerzos dialécticos efectuados, que no pueden prevalecer sobre el criterio facultativo expuesto por los peritos médicos en sus informes, cuyos conocimientos técnicos o especializados —si bien son meramente ilustrativos, no vinculantes y sujetos a valoración conforme a las reglas de la sana crítica— resultan, por regla general, muy relevantes y, en este caso, determinantes ante la ausencia absoluta de cualquier otro medio probatorio de similar valor que los contradiga.

Este Consejo Consultivo, de conformidad con reiterada jurisprudencia (sentencias, entre otras, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1999 y de 1 y de 8 de febrero de 2000) dictada en aplicación de los principios sobre distribución de la carga de la prueba, sienta la regla general de que el reclamante, salvo excepciones, debe acreditar la realidad de los hechos, así como de los daños efectivos producidos, sean físicos, síquicos o morales, y de la relación de causalidad existente entre éstos y aquéllos, para la prosperabilidad de las pretensiones de resarcimiento deducidas por responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, de suerte que cuando, al tiempo de dictar resolución, permanezcan inciertos o dudosos los hechos relevantes para la decisión, se desestimarán las pretensiones del actor.

Igualment, cal destacar que, de conformitat amb la doctrina del Consell Consultiu, no és suficient per estimar la responsabilitat patrimonial acreditar la relació de causalitat entre els danys al·legats i el funcionament del servei públic sanitari, 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 88/2013**, en què s'analitza una reclamació sanitària pels danys derivats d'un mal funcionament dels serveis públics que consistí en un retard de diagnòstic de la causa del contagi del virus de la immunodeficiència humana (VIH) a un pacient. Doncs bé, una vegada analitzat l'històric clínic i els informes mèdics que figuren en l'expedient, l'òrgan de consulta conclou, sobre la base dels arguments que es detallen a continuació, que els danys no són antijurídics —perquè es tracta d'un supòsit en què es pot aplicar l'exempció de l'article 141.1 de la LRJPAC— ni tampoc hi ha hagut cap retard de diagnòstic:

En otro orden de cosas, ciertamente el Consejo Consultivo debe plantearse si el contagio por VIH indiciariamente producido en el medio hospitalario es susceptible de constituir un daño antijurídico, basado en un funcionamiento anormal del servicio público sanitario, puesto que es conocido que la Jurisprudencia ha abordado este tipo de infecciones en muchos casos ocasionadas presumiblemente a través de transfusiones sanguíneas o productos hemoderivados. Lo primero que hay que destacar es que estamos ante una responsabilidad basada en el suministro de un producto o medicamento, de uso sanitario,

por los servicios médicos hospitalarios, no ante una cuestión de praxis médica, centrado el debate en los términos que hemos expuesto. La responsabilidad derivada por productos suministrados por terceros se regula en la actualidad mediante la Directiva 85/374/CEE, sobre responsabilidad civil de productos defectuosos y su transposición en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias [...]. Así las cosas, únicamente cabría reclamar, lo que aquí ni se ha planteado, frente al fabricante o importador del Hemofactor transfundido.

Volviendo sobre las circunstancias del contagio en la valoración de la antijuridicidad del daño debemos acudir a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2004 (recurso de casación 2911/01), que concluye:

«A todo lo expuesto debe añadirse además que resulta acreditado que la transfusión de sangre se efectuó el tres de noviembre de 1984 y aún cuando se aceptara que la misma determinó el contagio de HIV, esta Sala entre otras en sentencias de once de marzo y cuatro de julio de mil novecientos noventa y ocho —recursos 6930/1993 (RJ 1998\2709) y 1612/1994 (RJ 1998\6821)—, veintinueve de noviembre de dos mil dos —recurso de casación para unificación de doctrina 12/2002 (RJ 2003\283)— ha dicho que hasta el año 1985 el estado de los conocimientos de la técnica no permitía detectar la existencia del VIH en sangre, por lo que todas las transfusiones de plasma, efectuadas con anterioridad a dicho año 1985, en que se hubiese podido inocular el indicado virus, no generan responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por no ser la lesión causada antijurídica, según lo establecido en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992\2512, 2775 y RCL 1993, 246), de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y así lo ha declarado también esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sus sentencias de veinticuatro de noviembre de dos mil SIC, diez de febrero (RJ 2001\2629), diecinueve de abril (RJ 2001\4172), once de mayo (RJ 2001\7418), diecinueve (RJ 2001\8022), veintiuno de julio (RJ 2001\9167) y uno de diciembre de dos mil uno (RJ 2002\5180), catorce (RJ 2003\861) y veintiuno de octubre de dos mil dos (RJ 2003\1113), y veinticinco de enero de dos mil tres (RJ 2003\941).»

La aplicación de la citada jurisprudencia al caso conduce irremediabilmente a aplicar ahora la previsión legal del artículo 141.1 de la LRJPAC, que exime de responsabilidad patrimonial «los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos».

En opinión del Consejo Consultivo estamos ante un supuesto subsumible con naturalidad en este precepto, máxime a la luz de la jurisprudencia citada, que ha estimado que hasta 1985 los conocimientos de la ciencia y de la técnica no permitían detectar la existencia de VIH en sangre, extremo que normativamente se estableció, para los fabricantes e importadores de hemoderivados, el 1 de octubre de 1985 y más tarde aún para los bancos de sangre hospitalarios. Similares fechas maneja la inspectora médica y el doctor A., facultativo especialista en la materia. En cambio, las alegaciones de los reclamantes hacen abstracción de esta cuestión, sin aportar ningún dato a su favor, e inciden únicamente, como queda dicho, en un supuesto error de diagnóstico y su retraso.

Llegados a este punto, podemos concluir que, si hubo contagio ocasionado con la transfusión del hemoderivado el 29 de abril de 1985 (supuesto del que partimos), no había disponibilidad de detectar el VIH —partiendo del estándar de calidad general de los productos hemoderivados que obligaba a la aplicación de test a partir de 1 de octubre de 1985— ni por tanto el daño es antijurídico, puesto que opera la exención del artículo 141.1 de la LRJPAC. Por lo demás, tampoco hay error de diagnóstico ni retraso de diagnóstico. La tardanza desde 1985 —supuesta fecha de contagio— hasta 2002 es la que propicia el estado de salud del paciente, sin que este retraso implique tampoco

efecto negativo alguno en la terapia o en el tratamiento de la enfermedad, que, aun hoy, es incurable. En consecuencia, procede desestimar íntegramente la reclamación.

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 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 concorri la responsabilitat patrimonial de l'Administració, tenint en compte que l'obligació del professional és de mitjans i no de resultats (dictàmens 80/2013, 91/2013, 134/2013 i 144/2013, entre d'altres). 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 119/2013 —citat anteriorment— en què manifestà:

[...] Sin embargo, en materia de imputación de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios sanitarios, no basta, al menos en el campo de la medicina curativa, con la sola ocurrencia de la relación de causalidad, sino que se precisa, para la antijuridicidad del daño, la concurrencia, además, de una actuación médica contraria a la *lex artis*, entendida ésta como parámetro de valoración de la corrección o adecuación de la actuación médica al deber del profesional sanitario de actuar con arreglo a la diligencia debida, teniendo en cuenta, para modular ésta, que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados; es decir, que la obligación se concreta, no en garantizar, en todo caso, la curación del enfermo, sino en prestar la debida asistencia médica mediante la correcta aportación de todos los medios y técnicas que la ciencia médica pone a su alcance en cada momento. De este modo, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha *lex artis* responde la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tienen la consideración de antijurídicos por lo que deben ser soportados por el perjudicado.

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 casos de què tracten els dictàmens 19/2013, 23/2013, 29/2013, 31/2013, 36/2013, 37/2013, 46/2013, 50/2013, 54/2013, 62/2013, 73/2013, 76/2013, 80/2013, 88/2013, 90/2013, 91/2013, 117/2013, 119/2013, 125/2013, 134/2013, 143/2013 i 144/2013. Atès el vessant tècnic d'aquest tipus de reclamacions sanitàries, l'òrgan de consulta estima 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».

Per contra, l'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 31/2013, 117/2013, 125/2013 i 143/2013. Per aquest motiu entén que és procedent estimar-les parcialment. Així, en els tres primers dictàmens, considera provat, sobre la base dels informes mèdics i l'historial clínic que figura en l'expedient, que hi hagué un

retard en el diagnòstic de la malaltia del pacient o una mala praxi en l'atenció prestada i, per tant, conclou que hi ha hagut 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 143/2013**, l'òrgan de consulta arriba a la mateixa conclusió anterior —hi hagué mala praxi—, però per una causa ben diferent: falta d'atenció i culpa *in vigilando* dels cuidadors del Servei de Psiquiatria de l'Hospital Can Misses que assistiren el pacient, amb antecedents de suïcidi, que patia un brot esquizofrènic i es llançà des d'una finestra de l'hospital al carrer. L'òrgan de consulta sosté textualment: «[...] en el presente caso, existe responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por cuanto ha existido un funcionamiento anormal, al haberse omitido actuaciones exigibles de vigilancia —en atención a los antecedentes médicos del paciente— y de seguridad —supuestamente no se bloqueó la ventana por la que se precipitó. El hecho de que hubiese ingresado por una patología psiquiátrica de larga evolución y cuadro de alucinaciones hacía exigible unos mínimos mecanismos de vigilancia y custodia que no se adoptaron. [...] La carencia de precauciones al respecto ha de ser atribuida por tanto, por vía de omisión, al centro hospitalario, debiendo asumir las consecuencias de un funcionamiento deficiente, en este caso, justamente el de vigilancia y control, por el cauce de una culpa *in vigilando*». Per aquest motiu emet el dictamen en sentit favorable, si bé parcialment, «[...] por cuanto no existe relación de causalidad entre las lesiones sufridas por la caída del paciente y la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Público de Salud, que fue totalmente correcta y ajustada a la *lex artis*, sino por la ausencia de una correcta vigilancia y control sobre el paciente por parte del personal del Servicio de Psiquiatría del Hospital Can Misses». Pel fet que es tracta de danys físics aplica, per valorar-los, el barem de la Direcció General d'Assegurances i Fons de Pensions.

Altrament, en aquest punt de l'anàlisi de l'existència de relació de causalitat en aquest tipus de reclamacions, cal destacar que també hi 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 i documentació clínica. L'òrgan de consulta segueix la jurisprudència del Tribunal Suprem sobre la interpretació i l'abast del consentiment informat (sentències de 14 d'octubre de 2002, 2 d'octubre de 1997 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 del dit 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 dóna lloc a la indemnització corresponent quan, de resultes de l'actuació d'aquest servei, es deriven seqüeles sobre les quals no s'informà el reclamant.

En els dictàmens 37/2013, 46/2013, 90/2013 i 134/2013, el Consell Consultiu abordà detalladament el tema del consentiment informat, i va concloure que el Servei de Salut havia complert adequadament l'obligació legal descrita en els preceptes indicats i que havia informat el pacient sobre els riscos i les possibles complicacions inherents a la intervenció mèdica, descrits en el document que signà. En relació amb

la validesa del document de consentiment informat i el seu caràcter de mòdul rector per valorar l'adequació a la *lex artis*, el Consell Consultiu, en el Dictamen 134/2013, manifestà:

[...] es necesario hacer mención a la validez del Documento de Consentimiento Informado (DCI), puesto que en la reclamación se recoge que éste era deficiente. Sobre este extremo hay que afirmar que el DCI que firmó el paciente para la cirugía realizada el día 20 de julio de 2011 *es el recomendado por la Sociedad Española de Cirugía, por lo que es acorde a la lex artis ad hoc*. Así lo señala la inspectora médica en su informe, al afirmar que la percepción de la parte reclamante contradice las evidencias, ya que el DCI firmado:

«a) No es un documento genérico sino que es un documento específico para el procedimiento de resección del esófago.
»b) Contiene la descripción del procedimiento.
»c) Contiene registrados los beneficios y alternativas del procedimiento.
»d) Contiene registrados los riesgos generales y específicos del procedimiento.
»Entre los riesgos específicos [...] graves se señala: "Dehiscencia de la laparotomía", que fue la complicación que el paciente presentó.
»Se registra que estas complicaciones: "pueden llegar a requerir una reintervención, generalmente de urgencia, y en algunos casos puede producirse la muerte".
»Este DCI se ajusta a las recomendaciones de la Sociedad Española de Cirugía, se ajusta por lo tanto a la *lex artis ad hoc*.»

El supòsit que s'analitza en el Dictamen 37/2013, sobre la reclamació de responsabilitat sanitària formulada pels danys i les seqüeles derivats d'una intervenció quirúrgica (artroscòpia), és diferent. El reclamant al·lega que el document de consentiment informat era insuficient perquè no contenia cap informació sobre la prova diagnòstica i els efectes que tenia. En aquest cas, el Consell Consultiu considera que no s'han de tenir en compte les al·legacions anteriors, sobre la base dels arguments següents:

a) L'argument del reclamant rau, no en la inexistència, sinó en la insuficiència formal del consentiment informat per a dues intervencions efectuades a l'Hospital Mateu Orfila. El Consell Consultiu, per molt que entén que, indubtablement, el consentiment informat és una de les manifestacions de l'autonomia i l'autodeterminació del pacient, considera que s'ha de ponderar el compliment del consentiment informat en els casos d'intervencions menors (recordem que som davant una cirurgia sense ingrés, amb un caràcter, l'artroscòpia, de prova diagnòstica), sense maximalismes i procurant que el formalisme no sigui excessiu ni tan rígid que eviti una adequada atenció mèdica, perquè un excés d'informació mèdica pot entorpir l'efectiva teràpia i el funcionament dels serveis sanitaris. Arribats en aquest punt, en aquest cas no podem acceptar aquesta al·legació del reclamant per tres raons:

1. [...]

2. El pacient va ser informat, segons explica l'Administració, perquè va subscriure el consentiment de la cirurgia sense ingrés i el consentiment per a l'anestèsia locoregional. Raó de més perquè no pugui acceptar-se que no coneixia el tipus de prova diagnòstica i els efectes d'aquesta, a més de ser un procediment imprescindible per tractar-lo.

3. El consentiment informat no opera en els casos en què no hi ha nexa causal entre els danys i el funcionament del servei sanitari. En aquest supòsit, com veurem seguidament, el nucli essencial de queixa del reclamant es contreu a la manca d'asèpsia del medi quirúrgic o de la sala d'operacions on va ser atès el senyor C. C. C. Basti una mostra de la jurisprudència del Tribunal Suprem en relació amb la matèria del consentiment informat, per exemple la Sentència de 7 d'abril de 2011, per reforçar la tesi exposada:

«Es obvio, puesto que así expresamente lo afirma la Ley, que el consentimiento "será verbal por regla general", para añadir a continuación aquellos supuestos en los que esa regla cede ante la necesidad de que el consentimiento sea por escrito cuando se trate de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. En este supuesto hubo sin duda información verbal. [...] Y con esos antecedentes resulta también claro que esa información verbal era suficiente dadas las características de la intervención a efectuar. Así resulta por otra parte del informe de la Inspección cuando se refiere a la intervención practicada y a la información facilitada a la recurrente [...]. No consta en la reclamación firma de consentimiento informado, pero dada la poca complejidad del procedimiento (biopsia-extirpación) no entraría dentro de los supuestos donde se hace obligatorio que sea por escrito según la Ley 41/2002: "El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente". Es decir su no existencia por escrito, en este caso, no es fundamental para el desenlace de este procedimiento médico.»

Amb més raó, en el cas present, la falta de consentiment al·legada no és atensible.

No obstant això, l'existència del document de consentiment informat, adequadament emplenat i signat, en l'historial clínic del pacient sí que serveix de fonament per desestimar la reclamació de responsabilitat patrimonial que s'examina en el Dictamen 46/2013. El reclamant interposà la reclamació pels danys derivats de la pèrdua d'un ronyó —òrgan que havia donat la seva esposa— que li trasplantaren en un hospital públic. Tant el donant com el receptor de la donació signaren el consentiment informat previ en què explícitament constava el risc o el possible fracàs de la intervenció. En aquest cas l'òrgan de consulta deixa clar que el document de consentiment informat que va subscriure el pacient era complet i ajustat a dret, perquè no sols informava dels riscos generals inherents a la intervenció (un trasplantament de ronyó) sinó que informava també del possible risc o fracàs de la dita operació. En aquests termes es pronuncià l'òrgan consultiu:

[...] el Consejo Consultivo debe reseñar también algunos elementos que figuran en los extensos documentos de información al paciente (consentimiento informado). En el suscrito el 21 de febrero de 2011 por doña A. A. A., como donante de riñón (donación de vivo), se expresa:

«A pesar de la experiencia y de los resultados obtenidos hasta la actualidad por el grupo de trasplante renal del centro, no se puede garantizar un resultado satisfactorio una vez realizado el trasplante.[...] Complicaciones para el receptor:

- »1) Las complicaciones derivadas del acto quirúrgico más frecuentes pueden ser: Accidentes anestésicos. Hemorragias, infecciones de la herida, [...] trombosis, roturas renales, etc. Todo ello de forma leve o muy graves, aunque esto último ocurre de forma muy infrecuente (menos del 2%).
- »2) Derivadas de la medicación inmunosupresora: [...]
- »3) Recidivas de patologías previas de tipo renal.»

En el documento suscrito por el paciente, don B. B. B., el mismo día se establece la misma información. Con posterioridad, el 24 de febrero de 2011, don B. B. B. suscribe el documento de consentimiento informado respecto de la trasplantectomía renal que tuvo que practicarse ante la complicación sufrida.

En termes similars es pronuncià en el **Dictamen 90/2013**, relatiu a una reclamació per la mort d'un pacient produïda, suposadament, a causa d'una intervenció de cirurgia plàstica practicada a l'Hospital Son Dureta, en què el familiar reclamant al·lega la insuficiència del document de consentiment informat. El Consell Consultiu estima que aquesta al·legació no té prou fonament, d'acord amb els arguments següents:

En cuanto a la falta de consentimiento informado, el reclamante reconoce que el documento fue firmado, si bien entiende que la información facilitada fue insuficiente dado que en ningún momento se explicó al paciente que uno de los riesgos de la intervención podía ser el fallecimiento. Frente a ello, este Consejo Consultivo entiende que la información suministrada fue acorde con los riesgos de la intervención a la que el paciente fue sometido, porque debe tenerse en cuenta que el fallecimiento no fue una consecuencia de complicaciones derivadas de la intervención o del posoperatorio sino producto de un fallo hepático agudo, derivado de otras causas.

Per acabar aquest apartat només cal recordar el fet que solament en els casos d'«urgència vital» —degudament acreditats— el Consell Consultiu considera que no és exigible el consentiment informat del pacient, la qual cosa eximeix el Servei de Salut d'aquesta obligació, d'acord amb 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 i documentació clínica.

3.3. La valoració de la pèrdua de l'oportunitat terapèutica en les reclamacions en matèria sanitària

Pel que fa a les reclamacions de responsabilitat patrimonial sobre les quals el Consell Consultiu ha dictaminat favorablement perquè hi concorren els requisits de l'article 139 de la LRJPAC, cal destacar que l'alt òrgan de consulta, durant l'any 2013, ha estimat en tres reclamacions sanitàries, en total, la pèrdua de l'oportunitat terapèutica (dictàmens 31/2013, 117/2013 i 125/2013). En totes ha entrat a valorar la quantitat 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. Analitzam, a continuació, aquests tres dictàmens:

— **Dictamen 31/2013.** La reclamació analitzada aquí es fonamenta en la deficient actuació dels facultatius del Servei de Salut en l'assistència que es prestà a la reclamant durant un part, la qual sol·licita ser compensada per les seqüeles que pateix derivades d'una episiotomia defectuosa. El Consell Consultiu, una vegada analitzat l'expedient, conclou, contràriament a l'Administració, que efectivament hi ha hagut una pèrdua d'oportunitat terapèutica, perquè considera acreditat que hi va haver una mala praxi en l'assistència, tot això sobre la base dels informes mèdics aportats per l'ens públic i d'acord amb els documents pericials i les proves testificals practicades dins el procés penal incoat contra el ginecòleg que operà la pacient. Fonamentà així les seves conclusions:

[...] Tanmateix, aquest òrgan assessor no pot compartir el criteri establert en la proposta de resolució sobre la manca d'activitat probatòria de la interessada, atès que en l'expedient, a més dels informes mèdics aportats per l'Administració consultant, també hi

consten altres documents pericials i declaracions testificals que permeten arribar a una conclusió diferent de la mantinguda per la Instrucció.

[...]

Per tant, en el decurs del procediment previ a l'obertura del judici oral ja s'afirma, segons la metgessa forense, que l'actuació mèdica no fou correcta i determina les seqüeles derivades de la sutura defectuosa. D'altra banda, en la declaració testifical del doctor A. incorporada a les diligències prèvies, el metge que va tractar la senyora C. C. C. explica que cridava l'atenció el nivell de la lesió que presentava quan ja havia passat gairebé mig any des del part, i manifesta que no és freqüent que la sutura de l'episiotomia derivi en una sutura de llavi menor a introit vaginal. A més, l'escrit d'acusació de la Fiscalia qualifica els fets com un delict de lesions greus per imprudència professional i, a partir dels criteris establerts en l'informe del metge forense, quantifica el dany produït a la pacient. [...] En virtut de tot el que s'ha exposat anteriorment, aquest Consell Consultiu considera que la lesió que pateix la senyora C. C. C. ha estat conseqüència de la defectuosa assistència sanitària que li prestà el servei públic de salut. No cal dir que, en aquest cas, la pacient no podia pretendre que s'evitàs tot el dany que va patir, però sí que li oferissin una actuació mèdica més diligent. Per tant, pertoca estimar la responsabilitat patrimonial de l'Administració del dany causat a la reclamant.

Això no obstant, quant a la indemnització sol·licitada, entén que tan sols es pot estimar parcialment, atès que parteix de la valoració de les lesions de la pacient establerta en l'informe de la metgessa forense i hi aplica el barem de la Resolució de 21 de gener de 2013, de la Direcció General d'Assegurances i Fons de Pensions, per la qual es publiquen les quanties d'indemnitzacions per mort, lesions permanents i incapacitat temporal que resultaran d'aplicar durant el 2013 el sistema de valoració de danys i perjudicis causats a persones en accidents de circulació, la qual cosa determina, una vegada afegit el 10 % del factor de correcció, una indemnització final de 42.317,78 euros, més l'interès legal.

— **Dictamen 117/2013**, relatiu a una reclamació de responsabilitat patrimonial interposada pel mal funcionament dels serveis públics sanitaris perquè no van diagnosticar precoçment una trombosi venosa profunda (TVF) al reclamant, que havia acudit en diferents ocasions al Servei d'Urgències de l'Hospital d'Inca amb dolors forts al genoll dret i que, a més a més, tenia antecedents, sense que se li efectués cap prova diagnòstica. La detecció de la seva patologia no es produí fins molt després, en una consulta programada de Radiologia de l'Hospital, en què li practicaren una ressonància magnètica que permeté diagnosticar-li la trombosi que patia i que provocà l'ingrés hospitalari. En opinió del Consell Consultiu, en aquest supòsit «[...] no se ha aplicado la *lex artis ad hoc* en las consultas de Urgencias, previas al diagnóstico de 19 de octubre de 2011, y el paciente, por más que no pueda pretender la curación de la patología, sí debe ser indemnizado por esta pérdida de oportunidad terapéutica», atès que considera que l'Administració no ha posat els mitjans necessaris per efectuar un diagnòstic des de les primeres consultes d'Urgències, diagnòstic que era perfectament viable fent una prova complementària tan senzilla. En conseqüència, conclou, en sentit similar a l'anterior dictamen, que aquesta pèrdua d'oportunitat ha de ser assumida per l'Administració perquè hi concorren els requisits de l'article 139 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre. Pel que fa al «*quantum* indemnizatori», aplica al cas la jurisprudència del Tribunal Suprem (sentències del Tribunal Suprem de 23 de setembre de 2010 i de 15 de juny de 2011, entre d'altres), que posa en relació la doctrina sobre la pèrdua

d'oportunitat terapèutica amb la indemnització o reparació derivada de la responsabilitat sanitària, i valora els *danys morals* derivats del retard diagnòstic de conformitat amb aquesta jurisprudència, tenint en compte determinats factors propis del cas, com eren: la joventut del pacient i l'afectació de les seves capacitats vitals i laborals. Atès que no hi ha hagut seqüeles, tot i haver-hi retard diagnòstic, valora els danys morals en 5.000 euros (seguint el criteri establert en el Dictamen 118/2012), als quals afegeixen 886,60 euros en concepte de dies d'hospitalització i improductius. Aquesta darrera quantitat resulta de l'aplicació del barem d'accidents de circulació, inclòs el 10 % del valor de correcció.

— **Dictamen 125/2013.** El cas examinat en aquest dictamen és diferent. El Consell Consultiu considera procedent l'estimació parcial de la reclamació per un mal funcionament del servei públic sanitari i perquè els facultatius intervinents de l'Hospital d'Inca van infringir la *lex artis*. En concret, l'òrgan de consulta destaca en el dictamen que, en menys de devuit hores, el pacient va acudir quatre vegades a centres de salut públics (dues al PAC de Pollença, una a l'Hospital d'Inca i una altra al Centre de Salut del Port de Pollença), per trobar remei a la insuficiència respiratòria i a la faringitis aguda que patia i no va rebre l'ajuda que requeria. El pacient va morir per asfíxia en el centre de salut mentre esperava una ambulància que el traslladàs novament a l'hospital. Per tot això, l'òrgan de consulta conclou que hi va haver, en aquest cas, una pèrdua d'oportunitat, i manifesta:

[...] la probabilidad de salvar la vida del don A. A. A. quedó reducida a la mínima expresión, al no haberle internado en el Hospital de Inca en el momento adecuado, esto es, cuando acudió a Urgencias, la mañana del día 18 de junio de 2013, con una grave disnea. El haber diferido su ingreso a «si empeoraba» le privó de la posibilidad, razonable, de salvar su vida, pues su dolencia no tenía que ser necesariamente mortal con las técnicas médicas con que cuenta un hospital, aunque sea comarcal. Por tanto, esta pérdida de oportunidad de salvar la vida debe ser asumida por la Administración, aunque el desenlace pudiera haber sido el mismo, por lo que concurren los presupuestos para la aplicación del artículo 139 de la Ley 30/92. En este sentido, es ilustrativa la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears de 27 de octubre de 2009 [...].

Quant a la valoració dels danys morals sosté que, *en aquests supòsits de pèrdua d'oportunitat, la quantificació sempre té un component subjectiu: «[...] pues no se reparan los daños reales y efectivos sufridos, sino una posibilidad de haberlos evitado. Así se ha manifestado este órgano de consulta en otras ocasiones, tal como es de ver en su Dictamen núm. 119/2009, donde estimó que el daño moral no se refería al fallecimiento de la paciente, en ese caso, sino a la pérdida de oportunidad a la que se había visto sometida.»*, per la qual cosa s'ha de fer una ponderació raonable de les circumstàncies del cas. Així, aplicant la doctrina anterior, el Consell Consultiu valora de manera raonable aquesta pèrdua de possibilitats de curació del pacient, a conseqüència de la manca d'ingrés hospitalari, en una quantitat total, a un tant alçat, de 60.000 euros, que s'ha de repartir entre la viuda i els tres fills (xifra actualitzada en termes de 2013). Cal destacar aquí que l'ens públic va resoldre aquesta reclamació amb la fórmula «oït el Consell Consultiu».

— **Dictàmens 19/2013, 52/2013, 62/2013, 73/2013, 76/2013 i 88/2013.** En aquests dictàmens, relatius tots a reclamacions derivades d'un hipotètic retard de diagnòstic

d'una malaltia, el Consell Consultiu ha declarat, en sentit contrari als dictàmens anteriors, que no hi havia pèrdua d'oportunitat. És el cas, per exemple, del Dictamen 19/2013, relatiu a una reclamació de responsabilitat patrimonial pel retard de diagnòstic, perquè no es practicà una TAC cranial a un pacient que sofrí un traumatisme cranioencefàlic per una caiguda, cosa que hauria pogut determinar un pronòstic avançat de l'estat del pacient i hauria pogut evitar que empitjoràs i morís. El Consell Consultiu, no obstant això, després d'examinar l'historial clínic, els informes mèdics i la pericial de part, conclou finalment que no hi ha hagut pèrdua d'oportunitat terapèutica o curativa en aquest cas perquè, de conformitat amb l'informe mèdic dels especialistes de B, companyia asseguradora de l'ens públic, «[...] el Traumatismo cráneo-encefálico que sufrió el paciente el 16 de abril de 2010 era, inicialmente, de carácter leve de acuerdo con la escala de Glasgow, por lo que no estaba indicado la necesidad de practicarle un TAC como prueba de imagen diagnóstica». En conseqüència, considera que s'ha de desestimar la reclamació, perquè no hi ha hagut mala praxi, i conclou en els termes següents:

[...] la asistencia que los facultativos sanitarios prestaron a don A. A. A.—primeramente en el Hospital de Inca y, posteriormente, en Son Dureta— se ajustó a la sintomatología que en cada momento presentó y a los protocolos médicos —con la salvedad de la deficiente cumplimentación del primer informe de urgencias—, por lo que no influyó en el resultado final, siendo la causa de la muerte la que expresamente recoge el informe de autopsia («[...] la muerte se produjo por traumatismo cráneo-encefálico con destrucción de centros vitales superiores; parada cardiorrespiratoria final»). Adelantar en unas horas el diagnóstico, tal como señala la Inspección Médica, no hubiese variado el pronóstico. En este sentido debemos insistir, tal como reiteradamente ha recogido en su doctrina este órgano de consulta, en que la carga de la prueba en este tipo de reclamaciones recae sobre el reclamante (dictámenes 106 y 120/2012, entre otros), quien no ha desvirtuado en modo alguno, con sus alegaciones y el informe pericial de parte aportado, las conclusiones coincidentes de todos los restantes informes médicos obrantes en el expediente.

— **Dictamen 73/2013.** El Consell Consultiu, en aquest dictamen relatiu a una reclamació pel retard en el diagnòstic d'una miocarditis aguda que, segons l'informe de l'autòpsia, fou la causa principal de la mort del pacient, conclou en el mateix sentit del dictamen que hem comentat abans. Els reclamants al·leguen un error de diagnòstic. Sostenen les seves manifestacions amb un informe pericial de part que conclou que hi va haver un error de diagnòstic del facultatiu que va atendre el pacient, un jove de 23 anys, en el Servei d'Urgències de l'Hospital Mateu Orfila, atès que no va tenir en consideració els antecedents mèdics de risc cardíac del malalt ni la simptomatologia que presentava, i això determinà la pèrdua d'oportunitat terapèutica de curació del pacient, al qual no practicà tampoc un electrocardiograma, prova que hauria permès diagnosticar la patologia cardíaca (que presentava la mateixa simptomatologia que una patologia digestiva). Doncs bé, ben al contrari del que sostenen els reclamants, el Consell Consultiu, sobre la base dels informes mèdics aportats per l'Administració, conclou que no hi ha hagut pèrdua d'oportunitat terapèutica en aquest cas, perquè «el paciente falleció a consecuencia de una miocarditis aguda de tipo tóxico-medicamentoso, por lo que la actuación de los facultativos sanitarios no influyó negativamente en el resultado final». Destaca també en el dictamen que el pacient no tenia antecedents de patologia cardíaca i que, de conformitat amb l'informe definitiu de l'autòpsia i l'informe d'Inspecció, «[...] dada la edad y la ausencia de sintomatología (su tensión arterial y ritmo cardíacos

eran normals, no presentava alteraciones en la auscultación) no existía indicación absoluta de realizar un electrocardiograma». I hi afegeix: «Adelantar en unas horas el diagnóstico, tal como señalan la Inspección Médica y el forense, no hubiese variado el pronóstico». En conseqüència, d'acord amb tot el que s'ha exposat i davant l'absència de relació de causalitat entre els danys reclamats i l'actuació del Servei de Salut, entén que s'ha de desestimar la reclamació i no entra a valorar el *quantum* indemnitzatori sol·licitat.

— **Dictamen 52/2013.** El Consell Consultiu, en la reclamació examinada en aquest dictamen, relativa a un retard en el diagnòstic d'un càncer de mama, arriba també a la conclusió que no hi ha pèrdua d'oportunitat terapèutica. En aquest cas, si bé advertí que sí que hi havia un retard de diagnòstic, concordà amb la Inspecció Mèdica de l'ens públic que no hi havia hagut una pèrdua d'oportunitat terapèutica, perquè un diagnòstic precoç no hauria canviat el pronòstic de la malaltia, ni l'absència d'aquest diagnòstic havia agreujat en cap cas l'estadi de la malaltia de la pacient, per aquests motius considerarà procedent desestimar la reclamació, sobre la base dels arguments següents:

[...] el dictamen pericial de la Inspectora Médica —único obrante en el procedimiento— señala que los conocimientos actuales sobre el cáncer de mama y los datos objetivos de la evolución del caso, al igual que el dato del estadio inicial del carcinoma ductal infiltrante, estadio I, sin invasión de ganglios linfáticos ni metástasis, de buen pronóstico, que presentaba doña A. A. A. al ser diagnosticada en julio de 2011, permiten afirmar que dos años y medio antes tal carcinoma se hallaba en estadio 0 ó de carcinoma intraductal *in situ*, cuyo tratamiento es el mismo que más tarde se le aplicó; sin que, por tanto, el referido retraso haya implicado agravamiento de la enfermedad, ni un peor pronóstico de la misma. Lo que permite concluir que los daños invocados por la reclamante son derivados de la propia enfermedad y del tratamiento necesario de la misma, tratamiento que no hubiese variado en el caso de haber sido diagnosticada en diciembre de 2008.

Finalment, cal afegir que, en el mateix sentit que tots els dictàmens anteriors sobre inexistència de pèrdua d'oportunitat terapèutica o de curació, es pronuncia l'òrgan de consulta en els dictàmens **62/2013** (reclamació per un retard diagnòstic d'un càncer colorectal), **76/2013** (relatiu a una reclamació pel retard diagnòstic d'un càncer de bufeta, en què, en relació amb un suposat retard del Servei de Salut per fer la prova diagnòstica —una cistoscòpia—, l'òrgan consultiu considera acreditat que «[...] la realización de la prueba diagnóstica anterior que hubiese podido adelantar el diagnóstico de la tumoración vesical que padecía se retrasó por culpa del propio paciente» i que, per tant, no hi va haver *mala praxi* ni cap retard diagnòstic imputable a l'ens públic), i, finalment, **88/2013** (retard diagnòstic del VIH), dictamen que ja hem comentat en relació amb la necessària antijuridicitat dels danys com un dels requisits necessaris perquè hi concorri la responsabilitat patrimonial de l'Administració.

VI. RECURSOS EXTRAORDINARIOS DE REVISIÓN

El 2013, només hi ha hagut una consulta amb caràcter previ a la resolució d'un recurs extraordinari de revisió, la qual va donar lloc al Dictamen 89/2103. D'aquest dictamen, interessa destacar-ne la interpretació que s'ha de fer respecte de la naturalesa dels actes fermes en via administrativa (requisit exigut per l'article 108 de la

LRJPAC).

El Consell Consultiu recorda que el recurs administratiu de revisió és extraordinari en un doble sentit: s'interposa contra actes fermes en via administrativa i només és procedent quan hi concorren els motius fixats taxativament en l'article 118.1 de la LRJPAC. Per això, no es pot convertir en una via per recórrer un acte amb qualsevol argumentació i per qualsevol motiu, cosa que obliga a fer-ne una interpretació restrictiva (sentències del Tribunal Suprem de 28 de juliol de 1995, 9 de juny de 1999, 3 de desembre de 1999 o 26 d'abril de 2004).

Dit això, en el cas que analitzava el Consell Consultiu, per determinar la procedència del recurs que s'havia plantejat, calia analitzar la situació de fermesa de l'acte administratiu recorregut: una resolució d'adjudicació d'un acord marc dins l'àmbit de contractació centralitzada. En el moment de formular el recurs no es podia interposar el recurs administratiu especial de contractació, de caràcter potestatiu (el termini és de 15 dies hàbils, d'acord amb l'article 40 del TRLCSP), però sí que era possible el contenciós administratiu (el termini és de dos mesos, d'acord amb l'article 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa), per bé que, segons les dades contingudes en l'expedient, no constava que s'hagués interposat aquest darrer recurs. Així les coses, i seguint la doctrina del Consell d'Estat (Dictamen 2956/1996, de 26 de setembre), el Consell Consultiu va fer les consideracions següents:

a) Per interposar el recurs extraordinari de revisió, no és exigible que hagi transcorregut el termini del recurs contenciós administratiu, perquè són dues vies compatibles atesos els motius tan fixats de la revisió extraordinària. És a dir, res no impedeix al ciutadà optar pel recurs extraordinari en lloc del contenciós administratiu sempre que s'atengui a les limitacions o a la configuració legal de les causes del recurs elegit.

b) Es pot entendre que la legislació permet, fins i tot, la possible simultaneïtat del recurs extraordinari de revisió i del recurs contenciós administratiu, pel diferent abast dels seus objectes (independentment, d'altra banda, de la potestat de la revisió d'ofici, que només la pot iniciar, formalment, l'Administració i ens situa davant actes nuls).

En el Dictamen 2956/1996 esmentat (doctrina reiterada en el Dictamen 2773/1997), el Consell d'Estat afirma:

[...] porque la estricta y tasada relación de motivos que pueden alegarse en revisión siempre es más limitada que el pleno conocimiento profundo del asunto del que es susceptible la cuestión en sede jurisdiccional. Sólo bajo las concretas y precisas circunstancias de los cuatro apartados del artículo 118.1 puede ampararse el recurso extraordinario de revisión en sede administrativa. Nunca esa vía puede suplantar a la jurisdicción plena.

A més, segons el Consell Consultiu, l'Administració, en el cas que s'interposi un recurs contenciós administratiu contra el mateix acte (cosa que no havia succeït en l'expedient objecte de consulta), ha de prendre les cauteles següents:

- a) Cal esbrinar les causes o motius del recurs per avaluar si és o no possible la simultaneïtat de recursos, en funció que coincideixin o no aquests motius. Dit d'una altra manera, no s'entén que hi hagi una litispèndència automàtica.
- b) S'han de respectar en tot moment els pronunciaments judicials en el recurs contenciós administratiu interposat (principalment pel que fa a mesures cautelars, de creixent rellevància en el camp contractual).
- c) Una vegada s'hagi dictat sentència, en primera instància, la resolució administrativa no podrà perjudicar-la ni alterar-la.
- d) Si hi ha recaigut una sentència, ja només es podrà impugnar per mitjà dels recursos pertinents en la via contenciosa, inclòs, si escau, el recurs judicial extraordinari de revisió.

En conclusió, el Consell Consultiu va considerar admissible el recurs extraordinari de revisió, des de l'òptica de la fermesa en via administrativa, perquè la pretensió afectava un acte ferm que no havia estat objecte de recurs dins el termini establert ni en la forma escaient.

VII. REVISIONS D'OFICI

1. Revisió d'ofici d'una resolució sancionadora. Revisió d'ofici i revocació

El Dictamen 13/2013 resulta molt interessant en el sentit que analitza les diferències substancials entre la revisió d'ofici d'actes nuls, *ex articulo* 102.1 de la LRJPAC, i la revocació, *ex articulo* 105.1 de la mateixa Llei. Aquesta diferenciació la trobam també en el Dictamen 60/2013.

El Consell Consultiu, després de recordar que ambdós preceptes s'enquadren en el mateix capítol I, sota la rúbrica «Revisió d'ofici», i d'estudiar-ne la literalitat del contingut, acudeix a la doctrina del Consell d'Estat, que en el Dictamen 1749/1994, de 23 de febrer de 1995, assenyala:

Aunque participan de la característica común de eliminar actos propios de la Administración, la revisión del acto y la revocación son categorías distintas legal y dogmáticamente. Podría sostenerse que la potestad de revocación es, en principio, discrecional, lo que no excluye que se ejercite a iniciativa del afectado. Mas ha de tenerse muy presente también que, en cuanto afecta a la firmeza de los actos administrativos, el ejercicio de la potestad de revocación no está abierto a todo tipo de eventuales alegaciones de ilegalidad. Por de pronto, opera el límite genérico plasmado en el artículo 106 de la Ley 30/1992 aplicable a todos los supuestos de los artículos precedentes y, por tanto, también a la revocación.

En el dictamen en qüestió es tractava d'una multa: una resolució del director general de Consum sancionadora per una conducta infractora. En qualsevol cas, era un acte de gravamen, i el Consell Consultiu considerarà que en aquest supòsit no es podia parlar de cap manera de revisió d'ofici (que es predica d'actes favorables) i que aquesta consideració hauria estat més que suficient per inadmetre la sol·licitud.

Ara bé, si es considerà la possibilitat —hipotètica— de la revocació de la sanció, com a acte desfavorable o de gravamen, segons el Consell Consultiu, s'hauria d'ajustar al que estableix l'apartat 1 de l'article 105 de la LRJPAC, ja que, per a la revocació, les facilitats previstes en la Llei esmentada no eximeixen de la necessitat de seguir un procediment, al qual són aplicables les disposicions generals sobre procediments administratius contingudes en el títol VI (articles 68 i següents) de la LRJPAC.

Finalment, s'assenyala una altra diferència entre la revisió d'ofici i la revocació: la revocació no està sotmesa a les limitacions temporals estrictes de l'apartat 5 de l'article 102 de la LRJPAC, sinó a l'amplitud determinada per l'apartat 1 de l'article 105 del mateix cos legal, que disposa que l'Administració pot revocar «en qualsevol moment els seus actes de gravamen o desfavorables». La revocació, en definitiva, de perfils més difusos que la revisió d'ofici per actes favorables o revisió en sentit estricte, està limitada per dos grups de circumstàncies:

a) Les que s'indiquen en el mateix apartat 1 de l'article 105 esmentat. Es tracta d'elements de respecte a la Constitució (principi de legalitat, prohibició de dispensa, manteniment del principi d'igualtat) i a l'interès públic.

b) Les que figuren en l'article 106, com a límits genèrics a qualsevol revisió d'ofici o revocació, en què, a causa de determinades circumstàncies, com per exemple la prescripció d'accions i el temps transcorregut, podria incórrer —la revisió— en una actuació contrària «a l'equitat, a la bona fe, al dret dels particulars o a les lleis».

Després d'analitzar la documentació que constava en l'expedient i tenint en compte els arguments esgrimits, el Consell Consultiu considerarà que no s'havia d'admetre a tràmit la sol·licitud de revisió d'ofici i que pertocava desestimar-la íntegrament, tant si es considerava una revisió d'ofici com si s'entenia que era una revocació.

2. Revisió d'ofici de llicències urbanístiques

Dos dictàmens va aprovar el Ple en relació amb la revisió d'ofici de llicències. En el Dictamen 49/2013, el cas examinat era un acte administratiu autoritzador típic, com és la concessió d'una llicència d'obres en sòl rústic. Ja que es tractava d'una revisió de la llicència d'obres atorgada, les infraccions urbanístiques que s'haguessin pogut cometre durant l'execució de les obres quedaren fora de l'examen i del judici de legalitat que s'hi efectuava; en conseqüència, aquesta anàlisi es va referir, exclusivament, a la contraposició de la llicència amb les normes urbanístiques i sectorials aplicables.

El Consell Consultiu acceptà, sense dificultats, la concurrència de les causes de nul·litat al·legades i considerarà que en la tramitació d'atorgament de llicència s'havien infringit regles del procediment específic seguit per l'Administració municipal que tenen la característica de tràmits essencials —la inexistència d'informe jurídic en un procediment de llicència d'obres, i d'informe previ i vinculant de la CIOTUPH en relació amb el sòl rústic i la construcció d'habitatge o, en el cas concret, el projecte de la legalització d'un habitatge construït sense llicència. Per tant, pertocava declarar la nul·litat de ple dret de l'Acord de la Comissió de Govern de l'Ajuntament.

L'altre dictamen, el 22/2013, resulta interessant pel fet que estudia el tema de la cosa jutjada. Tal com s'explica en l'expedient, «[...] el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Palma dictó sentència [...], que devino firme, por la que se anuló anterior acuerdo del Ayuntamiento por el que se habían declarado nulas las licencias cuya revisión de oficio se pretende en el nuevo procedimiento tramitado». El problema jurídic que s'havia de resoldre es plantejava perquè la Sentència anul·là l'acord municipal per un defecte formal (concretament per la manca del dictamen del Consell Consultiu), sense que en la decisió de la Sentència s'hi ordenàs retrotreure les actuacions en el procediment administratiu. Després d'analitzar la literalitat de l'article 222 de la Llei d'enjudiciament civil i la Sentència de 19 de novembre de 2012 de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem —se'n transcriu un fragment en el dictamen—, el Consell Consultiu va entendre que no hi havia cosa jutjada que impedís a l'Ajuntament dictar una resolució definitiva en el procediment de revisió d'ofici que s'analitzava.

Quant al fons de la qüestió, la proposta de resolució considerava que les dues llicències objecte de revisió incorrien en el vici de nul·litat de l'article 62.1 de la LRJPAC, atès que s'entenia que ambdós actes eren de contingut impossible: la primera llicència, de 1993, es va concedir per dur a terme unes obres en una caseta que no existia, i la segona, de 1997, legalitzava les obres que s'havien fet. El Consell Consultiu considerà que ambdues eren nul·les de ple dret, però no perquè es tractàs d'actes de contingut impossible, atès que la impossibilitat a què es refereix la Llei és la impossibilitat material, no la legal (Sentència del Tribunal Suprem de 2 de novembre de 2004). Dit això, el Consell Consultiu manifestà que els dos actes eren nuls, en efecte, tot i que únicament d'acord amb la lletra *f* de l'article 62.1 de la LRJPAC, que determina que són nuls de ple dret «Els actes expressos o presumptes contraris a l'ordenament jurídic per part dels quals s'adquireixen facultats o drets quan no es tinguin els requisits essencials per a la seva adquisició». Així, el Consell Consultiu, per a l'atorgament de la primera llicència, va concloure que era un requisit essencial l'existència de la caseta on s'havien de fer les obres i, respecte de la segona, que la parcel·la havia de tenir trenta mil metres per ser edificable, pel fet que es trobava en una zona ARIP (d'acord amb la Llei 1/1991, de 30 de gener, d'espais naturals i de règim urbanístic de les àrees d'especial protecció de les Illes Balears).

3. Revisió d'ofici de l'atorgament de la compatibilitat a professors que cobraven la nòmina simultàniament d'un centre públic i d'un centre privat

Mereixen especial menció els dictàmens 133/2013 i 145/2013, sobre la revisió d'ofici de resolucions per les quals s'autoritzava la compatibilitat de l'activitat pública amb l'activitat privada a funcionaris docents. Els procediments s'iniciaren com a conseqüència de l'Informe provisional específic sobre la gestió dels concerts educatius vigents durant el curs escolar 2010-2011, elaborat per la Sindicatura de Comptes, en què es posava de manifest que en aquell curs hi havia quinze professors que cobraven «nòmines simultàniament» d'un centre públic i d'un centre concertat, i que aquest fet vulnerava «la incompatibilitat dels empleats públics, regulada en l'article 2.1 de la Llei 53/1984». En l'Informe 80/2012, definitiu, s'arribà a

la mateixa conclusió.

Pel que fa a les qüestions més rellevants analitzades, cal fer referència a la naturalesa dels actes administratius del conseller d'Educació i Cultura de reconeixement de compatibilitat que es dictaren el 2002. Segons el Consell Consultiu, era imprescindible recordar que les resolucions per les quals es reconegué als interessats la compatibilitat per a l'exercici de dues activitats docents, al centre públic i al centre concertat, quedaven automàticament sense efecte en cas de canvi de lloc al sector públic. Això determinava, en vista dels canvis de destinació que, en els casos analitzats, s'havien produït, que els actes administratius que es pretenia revisar havien ja consumat els seus efectes, cosa que evidentment exclouïa tota possibilitat de revisar-los. Dit d'una altra manera, les resolucions no eren eficaces ni emparaven la compatibilitat del funcionari des del primer canvi de destinació.

Un cop haver arribat a aquesta conclusió, el Consell Consultiu conclouïa que, en el cas que algun interessat presentàs una sol·licitud d'autorització de compatibilitat amb dades fàctiques similars, l'Administració activa hauria de resoldre d'acord amb la prohibició d'incompatibilitat retributiva o econòmica que estableix l'article 1.2 de la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques:

D'una banda, en la Sentència de 17 de febrer de 2003 del Tribunal Superior de Justícia de Castella-la Manxa s'analitza el supòsit de la impugnació de la resolució administrativa desestimatòria d'una sol·licitud de compatibilitat formulada per una funcionària d'una escola oficial d'Idiomes, que, a la vegada, vol continuar prestant serveis com a docent en un centre d'educació concertat. Per determinar si s'ha d'aplicar o no en aquest cas la prohibició d'incompatibilitat econòmica de l'article 1.2 de la Llei d'incompatibilitats, el Tribunal analitza la naturalesa de l'activitat prestada en els centres docents concertats i l'origen de les retribucions d'aquest professorat. Així, en el seu fonament jurídic tercer, sosté de manera contundent:

«[...] Ahora bien, el artículo 1.2 de la Ley de Incompatibilidades es un precepto específico, que actúa sobreponiéndose a la regla general del artículo 1.1, y que hace que el debate acerca de la naturaleza jurídica (pública o privada) de las funciones en el colegio devenga irrelevante. [...] La cuestión a responder es la de si puede considerarse que la remuneración percibida por la demandante por la actividad desempeñada en el colegio concertado es una remuneración que se percibe «con cargo al presupuesto de una Administración Pública», o no. Y la respuesta debe ser positiva, por los motivos que vamos a señalar. El artículo 49 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 julio 1985, Reguladora del Derecho a la Educación, dispone:

»1. La cuantía global de los fondos públicos destinados al sostenimiento de los centros concertados se establecerá en los Presupuestos Generales del Estado y, en su caso, en los de las Comunidades Autónomas. [...] 5. Los salarios del personal docente serán abonados por la Administración al profesorado como pago delegado y en nombre de la entidad titular del centro, con cargo y a cuenta de las cantidades previstas en el apartado anterior [...].

[...]

»Así pues, es claro que aunque los pagos que realiza la Administración a los trabajadores de los centros concertados (incluidas las cuotas sociales y fiscales correspondientes) los hace por delegación, los hace con cargo y a cuenta de las cantidades consignadas presupuestariamente (artículo 49.5 de la LOE).»

Posteriorment, la Llei orgànica 10/2002, de 23 de desembre, de qualitat de l'educació (LOCE), va derogar l'article 49 de la LODE que menciona la Sentència, si bé aquesta Llei també es va derogar amb l'entrada en vigor de la Llei orgànica 2/2006, de 3 de maig, d'educació (LOE), que, en l'article 117, regula els mòduls dels concerts educatius en uns termes molt semblants al precepte anterior («5. Els salaris del personal docent els abona l'Administració al professorat com a pagament delegat i en nom de l'entitat titular del centre, amb càrrec i a compte de les quantitats que preveu l'apartat anterior [...]»).

El Tribunal conclou, després d'interpretar tota la normativa educativa anterior, que es dóna en la interessada la circumstància d'incompatibilitat de l'article 1.2 de la Llei d'incompatibilitats, perquè no posa en dubte que les retribucions que percep en el col·legi concertat són a càrrec del pressupost de la Comunitat Autònoma.

En vista del que s'ha exposat, el Consell Consultiu va concloure que, de conformitat amb els fonaments jurídics de la Sentència esmentada —en què s'analitza el règim d'incompatibilitats aplicable a l'activitat pública i a l'activitat privada prestada a centres docents concertats, com és el cas— i amb el que disposa la normativa educativa (article 117.5 de la Llei orgànica 2/2006, de 3 de maig, d'educació, i normativa concordant), malgrat la naturalesa privada de l'activitat que alguns docents de centres públics presten a centres concertats, les remuneracions que perceben les abona l'Administració mitjançant el sistema de pagament delegat, és a dir, a compte i a càrrec de fons públics. Es desprèn de tot el que s'ha mencionat anteriorment que, en els supòsits que es plantejaven, les resolucions d'atorgament de la compatibilitat eren contràries a l'ordenament jurídic, perquè la declaració de compatibilitat a favor dels interessats contravenien al principi d'incompatibilitat retributiva contingut en l'article 1.2 de la Llei 53/1984.

4. Revisió d'ofici d'una declaració de compatibilitat com a funcionari de carrera amb una activitat privada. Límits a la revisió d'ofici. Dictamen 99/2013

D'aquest dictamen, en què s'estudia la revisió d'ofici d'una declaració de compatibilitat d'un funcionari de l'Ajuntament de Ciutadella de Menorca amb una activitat privada, val la pena fer ressaltar la doctrina del Consell Consultiu sobre l'abast del límit temporal previst en l'article 106 de la LRJPAC. En aquest sentit, es manifestava literalment:

Una cuestión que no puede pasar desapercibida a este órgano de consulta es la relativa a los límites de la revisión de oficio.

En este sentido no debemos olvidar que la revisión de oficio es una institución que también debe ser objeto de interpretación restrictiva, por cuanto consiste en dejar sin efecto, eliminándolo de la vida jurídica, un acto dictado por la propia Administración que lo anula, extremo que a su vez es contrario al principio general del Derecho consistente en *nemo potest venire contra actum proprium*.

No en vano el art. 106 determina que «*las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes*».

La doctrina del Consejo de Estado es clara en cuanto a los límites de la revisión. El ordenamiento configura la revisión de oficio como un privilegio de la Administración que quiebra el principio de seguridad jurídica y coloca a la Administración en una situación muy desigual respecto del particular, de ahí que deba interpretarse como un medio

extraordinario que sólo puede ser empleado cuando no es posible recurrir a otro sistema de actuación revisora (Dictamen 672/1996, de 16 de mayo).

El Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de mayo de 1992 se refiere a los límites de la revisión de oficio y señala que tales límites permiten que los actos nulos sean excepcionalmente mantenidos en atención a superiores y muy cualificadas razones de seguridad jurídica y equidad.

En el cas que s'estudiava havien transcorregut vint anys, ja que la compatibilitat s'havia atorgat el 1993. Per això, es recordava que la nul·litat és imprescriptible, però també s'advertia que aquest factor temporal s'havia de sotmetre a consideració per si l'anul·lació de l'acord resultàs contrària a la bona fe o a l'equitat:

Dicho de otra manera, debemos enfrentar la revisión de oficio a otros bienes jurídicos y valorar cuál es más digno de atención.

El Consejo de Estado en su Dictamen 135/2005 ha valorado el tiempo transcurrido en la revisión de la rehabilitación de un título nobiliario después de veinte años. Ha considerado que no cabía esgrimir el factor temporal como límite aplicable a la revisión de oficio por cuanto existía una declaración judicial de la falsedad de algunos documentos empleados para lograr la rehabilitación. Por ello interpreta el Consejo de estado que precisamente lo que demandaba la equidad era la rehabilitación por encima del tiempo. En su Dictamen 776/2008 por el contrario sí aplica el límite del art. 106 en un caso de declaración de nulidad de la autorización para circular varios vehículos después de más de diez años. En este supuesto el Consejo de Estado sí admite el factor tiempo como límite a la revisión de oficio por cuanto los vehículos habían sido transferidos a diferentes propietarios, habían intervenido tres Jefaturas Provinciales de Tráfico distintas, habían superado en varias ocasiones inspecciones técnicas periódicas y todo ello afectaba a la equidad y la buena fe de los distintos y sucesivos propietarios, que a raíz de la nulidad podían ver afectados sus derechos.

Un caso similar es el que abordó el Consell Consultiu de les Illes Balears en su Dictamen 125/2011, de 16 de septiembre, que resolvió que no procedía la revisión de oficio del Acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo por el que se aprobaba el Plan Parcial [...] de Manacor por ir en contra de las Normas Subsidiarias de Planeamiento, toda vez que el transcurso de veintiún años afectaba a los derechos de los propietarios que durante más de dos décadas habían estado ejecutando las determinaciones del Plan Parcial.

En el supòsit sotmès a consulta, malgrat que havien transcorregut vint anys des de la declaració de compatibilitat sense que l'Ajuntament hagués discutit mai aquell exercici fins al 2013, el Consell Consultiu va concloure que l'interessat no tenia els requisits essencials per adquirir tal declaració de compatibilitat, per la qual cosa l'Acord de 1993 era nul de ple dret, en aplicació de l'article 62.1.f de la LRJPAC, i va afegir que aquesta anul·lació no va en contra de l'equitat ni afecta drets de tercers que, com a conseqüència de la revisió, poguessin resultar afectats:

En este sentido el Acuerdo es nulo de pleno derecho, confiere una facultad [...] [a l'interessat] que no puede ejercer, y por ello la equidad y la buena fe no pueden atemperar el principio de legalidad. Durante veinte años si un funcionario hubiera solicitado la compatibilidad en las mismas condiciones que [...] [l'interessat], no la hubiera visto concedida, a no ser que el Ayuntamiento hubiera dictado nuevamente un acto nulo de pleno derecho como el Acuerdo de [...] 1993.

5. Revisió d'ofici d'una resolució de la directora general de Família, Benestar Social i Atenció a Persones en Situació Especial, per incompliment d'un

requisit essencial

En el Dictamen 24/2013, el Consell Consultiu estudia la qualitat d'*essencial* que ha de tenir el requisit incomplet d'un acte administratiu perquè aquest acte sigui nul de ple dret. En efecte, l'article 62.1.f de la LRJPAC disposa que els actes expressos o presumptes de les administracions públiques són nuls si són contraris a l'ordenament jurídic i si amb aquests actes s'adquireixen facultats o drets quan no es tenen els requisits *essencials* per a la seva adquisició.

En el cas que s'examinava, la revisió d'ofici era d'una resolució de la directora general de Família, Benestar Social i Atenció a Persones en Situació Especial. Aquesta resolució, si bé no posava fi a la via administrativa, era un acte ferm, ja que no havia estat recorregut en termini. Altrament, la resolució venia a confirmar els efectes produïts pel silenci positiu d'inscripció de la interessada en el Registre de Mediadors de les Illes Balears. Després d'haver-se dictat la resolució, l'Administració va apreciar que la interessada no complia els requisits essencials per poder ser inscrita en el Registre. Així, el Consell Consultiu considerarà que era aplicable en aquest cas l'article 62.1f abans esmentat:

Estima el Consejo Consultivo que es aplicable la causa de nulidad invocada en el caso que nos ocupa porque se reúnen todos los elementos dispuestos en dicho precepto como necesarios para que proceda la revisión de oficio, esto es, la declaración de nulidad de pleno derecho de un acto administrativo por la propia Administración autora del acto, dando mayor importancia a la legalidad y evitando la existencia en el mundo de lo jurídico de actos administrativos que son contrarios a Derecho, de modo excepcional.

Estos elementos imprescindibles son:

- a) La existencia de acto expreso o presunto favorable.
- b) El acto confiere al interesado algún derecho o alguna facultad en relación con cualquiera de los ámbitos de actividad administrativa (no solamente dominio público o servicio público, sino cualesquiera otras posibilidades de intervención administrativa).
- c) En este acto administrativo se ha contravenido el ordenamiento jurídico de uno de los modos más graves imaginables (junto a otras causas de nulidad), a saber, la falta de algún requisito de los esenciales para adquirir facultades o derechos. No está de más hacer hincapié en este elemento, que se alza en el motivo principal de nuestro análisis en la mayoría de ocasiones, puesto que la jurisprudencia ha puesto el acento en el término «esenciales». Dicho de otro modo la cualidad de requisitos esenciales no la tiene cualquier requisito aunque esté establecido por el Derecho y oportuno es recordar que las infracciones del ordenamiento jurídico —en coherencia con lo dicho— no tendrán eficacia anulatoria a través de este supuesto sino a través del supuesto de la anulabilidad (artículo 63 de la LRJPAC) y su correlativo procedimiento de lesividad (artículo 103 de la LRJPAC).

Després del que s'ha assenyalat abans i una vegada analitzada la normativa que s'hi podia aplicar —que consisteix en aquest cas en la Llei 18/2006, de 22 de novembre, de mediació familiar (article 29), i el Decret 66/2008, de 30 de maig, pel qual s'aprova el Reglament de desplegament de la Llei anterior—, el Consell Consultiu va concloure que, com que no s'havia acreditat el requisit de formació, que era un dels essencials en la normativa aplicable, era procedent la revisió d'ofici amb efecte anul·latiu de la inscripció en el Registre de Mediadors de les Illes Balears.

6. Revisió d'ofici d'un acord de la directora general de Recursos Humans. La litispendència com a impediment per tramitar la revisió d'ofici

En el Dictamen 82/2013, s'analitza la litispendència com a causa que aconsella no pronunciar-se sobre la qüestió de fons. El contingut d'aquest dictamen és d'especial rellevància, ja que el Consell Consultiu estima que no es compleixen els requisits legals pels quals és procedent l'obertura del procediment de revisió d'ofici. L'acte administratiu d'admissió de la interessada en una borsa de funcionaris interins es considera la peça absolutament fonamental i essencial; havia estat objecte d'un recurs de reposició presentat per una altra interessada, i davant la denegació presumpta del recurs de reposició s'havia interposat un recurs contenciós administratiu, que el Jutjat va admetre. Aquesta alta institució consultiva va considerar que els recursos qüestionaven la inclusió de la interessada en la borsa d'interins, per manca de la titulació exigida en la convocatòria pertinent; per tant, si la resolució judicial consideràs que l'acte d'admissió en la borsa és contrari a la llei i s'anul·làs, indefectiblement l'acte de nomenament i presa de possessió de la dita senyora es veuria plenament afectat i s'hauria de revocar. A parer del Consell Consultiu, es tracta d'un supòsit de *litispendència*, que veda la possibilitat de revisió d'ofici, perquè la legalitat de l'acte de nomenament i presa de possessió depèn de la legalitat de l'acte administratiu que el precedeix: la inclusió en la borsa d'interins docents.

Així doncs, en aquest cas, la litispendència d'un acte previ del qual depèn l'avaluació del requisit essencial que es qüestiona i que és la matèria de la revisió d'ofici —la manca del títol com a requisit *sine qua non*, article 62.1.f de la LRJPAC— és un impediment que afecta el nucli de l'acte sotmès a revisió, que encara que es pugui dir que és ferm presenta una simple aparença de fermesa i, en conseqüència, no es pot sotmetre a revisió fins que no es pronunciï l'òrgan judicial quant als requisits de legalitat de l'acte precedent (Dictamen 20/1997 i Dictamen 84/2011).

7. Revisió d'ofici en matèria contractual. La teoria dels actes separables

El 2013 aquest òrgan de consulta va emetre dos dictàmens en matèria contractual: en el Dictamen 81/2013, els actes administratius objecte de revisió eren l'acte d'adjudicació i el de formalització de la concessió del servei per gestionar els residus de construcció, demolició, voluminosos i pneumàtics fora d'ús de l'illa de Mallorca; en el Dictamen 113/2013, els actes dels quals es pretenia la nul·litat eren l'acta de recepció i la resolució del conseller de Salut, Família i Benestar Social per la qual s'ordena la devolució de la garantia definitiva constituïda pel contractista en l'expedient de contractació.

En aquests dos dictàmens, es va fer una clara distinció entre els actes separables de la contractació administrativa, que es dividiren en dos grups: d'una banda, els actes de preparació i adjudicació del contracte; de l'altra, els actes posteriors (execució i extinció). Resulten especialment significatius ambdós dictàmens, perquè s'hi arriba a la conclusió que l'institut de la revisió d'ofici no és aplicable als actes posteriors a l'adjudicació del contracte, a causa que es troben en seu d'execució contractual. Així les coses, el Consell Consultiu aclareix que la diferència rau en el fet que l'institut de la revisió d'ofici persegueix declarar la nul·litat d'un contracte,

mentre que la resolució contractual (supòsit aplicable als actes posteriors a l'adjudicació) implica, simplement, la seva extinció. Per arribar a aquesta conclusió basta una lectura de l'article 31 del TRLCSP, que estableix que només són invàlids els contractes de les administracions públiques quan ho és algun dels seus actes preparatoris o el d'adjudicació —ja que hi concorre alguna de les causes de dret administratiu o de dret civil— i també quan la invalidesa deriva de la il·legalitat de les seves clàusules.

Ara bé, cal fer menció que aquesta conclusió pot canviar una mica, segons el règim legal aplicable en matèria de contractació, atès que sota la vigència del TRLCAP els contractes administratius es perfeccionaven amb l'*adjudicació* (article 53), moment a partir del qual sorgien els drets i les obligacions per a les parts, que quedaven obligades a respectar els drets i a complir les obligacions, a diferència del règim actualment vigent, en què els contractes es perfeccionen mitjançant la *formalització* (article 27 del TRLCSP). En conseqüència, el Consell Consultiu considera que, per aplicació del règim establert en el vigent article 31 del TRLCSP, els actes revisables d'ofici són els actes preparatoris i d'adjudicació, mantenint la tesi dels actes separables, però també, quan és posterior al TRLCAP, l'acte de formalització del contracte en el supòsit que s'acreditin causes de nul·litat. Més enllà de la formalització, en termes cronològics, els actes administratius no són revisables perquè corresponen a la fase d'execució i compliment.

Dit això, en el Dictamen 113/2013 es va considerar que no concorria cap causa de nul·litat de ple dret en les actuacions administratives ni hi resultava tampoc idònia la via del procediment de revisió d'ofici per resoldre qüestions que afectaven, en tot cas, la fase d'execució del contracte, ja que estaven relacionades amb un supòsit d'incompliment contractual. Tan sols els actes de preparació i els d'adjudicació dels contractes públics es poden declarar invàlids: «Nos hallamos, por tanto, ante *dos actos que se insertan plenamente en la fase de ejecución contractual y que al no poder calificarse como actos preparatorios o de adjudicación no pueden ser objeto de revisión de oficio*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 31 del TRLCSP anterior [...], por cuanto se ubican en la fase de ejecución contractual [...]. Debemos recordar además, en este punto, que la vía de la revisión de oficio es —como hemos dicho reiteradamente y recogido en nuestra doctrina (dictámenes del Consejo Consultivo núm. 78/2013, 72/2013, 86/2012 y 93/2012, entre otros)— una vía excepcional y extraordinaria y no se puede utilizar para dar solución a cuestiones de legalidad ordinaria. En el mismo sentido se pronuncia el Consejo de Estado en sus dictámenes núm. 738/2005 y 1410/2009, entre otros.»

Arribats a aquest punt, i una vegada aplicada la teoria dels actes separables, el Consell Consultiu considera que l'Administració només pot optar per una de les dues vies legals expressament previstes en la normativa, imposició de penalitats o resolució contractual (*vid.* Dictamen 9/2006, d'1 de febrer de 2007, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de Balears, sobre un cas similar): «[...] por lo que también esta argumentación nos conduce a reafirmarnos en nuestra conclusión inicial relativa a que la revisión de oficio no es la vía procedente ni adecuada legalmente para resolver estas cuestiones que afectan a la fase de ejecución contractual.»

8. Revisió d'ofici en el marc del que disposa la Instrucció 2/2012, de 12 de marc, de la interventora general i de la directora de l'Advocacia sobre la tramitació que s'ha de seguir en els supòsits de reconeixement extrajudicial de crèdits derivats de la contractació irregular

En el marc del que disposa la Instrucció 2/2012, de 12 de marc, de la interventora general i de la directora de l'Advocacia sobre la tramitació que s'ha de seguir en els supòsits de reconeixement extrajudicial de crèdits derivats de la contractació irregular, el Consell Consultiu ha tingut ocasió de pronunciar-se durant 2013 en desset ocasions, tretze de les quals han estat per actuacions irregulars del Servei de Salut de les Illes Balears.

En aquests dictàmens, en tots, es recorda que, si bé aquesta Instrucció és obligatòria per als ens gestors de l'Administració, no vincula el Consell Consultiu.

Altrament, i en la mateixa línia, es recorda que hi ha altres mecanismes que s'haurien pogut tenir en compte en la Instrucció 2/2012, a més de la revisió d'ofici (única opció que s'hi preveu), com ara la responsabilitat patrimonial de l'Administració pública o la via del procediment de reconeixement extrajudicial de deute, en aplicació de la doctrina de l'enriquiment injust:

En relació amb el que s'ha exposat, aquest Consell Consultiu considera convenient formular, des d'un punt de vista estrictament jurídic, la reflexió següent:

D'una banda, la instrucció estableix l'obligatorietat dels ens gestors de l'Administració de tramitar un procediment de revisió d'ofici com a requisit previ i imprescindible perquè el contracte anul·lat entri en fase de liquidació i es puguin abonar les prestacions efectuades pel tercer fora del marc legal de la contractació, per a tots aquells supòsits en què la contractació administrativa incorri en algun vici de nul·litat (article 62 de la LRJPAC en relació amb l'article 32 del TRLCSP). Tanmateix, 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 autonòmica 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, però en detriment d'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).

No obstant això, i com que, en compliment de la Instrucció esmentada, s'ha seguit el procediment de revisió d'ofici per evitar l'enriquiment injust de

L'Administració, quan l'ordenament jurídic preveu la revisió d'ofici com un mitjà excepcional, el Consell Consultiu recorda que aquest procediment s'ha d'interpretar, restrictivament, perquè afecta actes nuls de ple dret, d'acord amb la jurisprudència del Tribunal Suprem que contenen les sentències d'1 d'abril de 2002 i de 26 de setembre de 2005.

Com s'ha avançat a l'inici d'aquest apartat, el Consell Consultiu ha emès tretze dictàmens per causa de la revisió d'ofici de la contractació irregular del Servei de Salut de les Illes Balears, per un import total —del conjunt de totes les consultes de 2013— de 21.033.217,89 euros. Tal vegada seria oportú recordar que el 2012 el Consell Consultiu va rebre d'aquest ens cinc consultes per nul·litat de contractació irregular, per un import global d'1.506.308,46 euros. I —només a títol orientatiu— el 2014 se n'han presentat quinze, per un import final de 58.199.895,81 euros. Tot això implica un total, fins ara, de 80.739.422,16 euros per aquest concepte.

Atès que durant el 2013 s'utilitzà de manera reiterada, el Consell Consultiu va posar en relleu que l'Administració no podia continuar amb l'ús generalitzat del procediment de revisió d'ofici —com es dedueix de les consultes formulades, ja que fins i tot vénen sota la denominació ordinària *SSCC RD (reconeixement de deute) més la consegüent numeració*, com si es tractàs d'un expedient administratiu ordinari. Amb aquesta manera d'actuar, el Servei de Salut ha convertit *de facto* en ordinari un supòsit que és excepcional, emprant abusivament la revisió d'ofici per donar cobertura formal a la contractació nul·la.

Finalment, quant a l'autorització i la disposició de la despesa, després del reconeixement de l'obligació a favor de la contractista, aquest òrgan de consulta recorda que l'expedient de despesa que deriva de la liquidació del contracte, una vegada declarat nul, s'ha de tramitar de conformitat amb el que disposa el Text refós de la Llei de finances de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (Decret legislatiu 1/2005, de 24 de juny) i la normativa que el desplega, per aquest motiu requereix totes les autoritzacions i els informes pertinents.

D'altra banda, pel que fa a aquestes revisions d'ofici, cal assenyalar que el pronunciament del Consell Consultiu no implica conferir validesa a la documentació comptable que s'inclou en els expedients sotmesos a consulta, ni atorgar la conformitat respecte d'aquesta documentació. En conseqüència, l'adequació del cost, la conformitat referida a la realització de les prestacions i la quantia de les factures tenen només l'aval dels òrgans interns que hi han intervingut de l'Administració pròpia.

VIII. ZONES VERDES

En aquesta darrera matèria, el Consell Consultiu ha reiterat durant l'any 2013 la doctrina sobre el caràcter *preceptiu* de la seva intervenció en les modificacions d'instruments de planejament urbanístic que afecten zones verdes o espais lliures públics per establir una zonificació o un ús distint, tot i que la Llei 5/2010, de 16 de juny, no preveu expressament la dita intervenció preceptiva, a diferència de la Llei anterior. En aquest sentit, en el Dictamen 98/2013, el Consell Consultiu explica que l'exigència del dictamen previ de l'òrgan de consulta autonòmic deriva de l'article 50

del Reial decret legislatiu 1346/1976, de 9 d'abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei del sòl, que resulta d'aplicació atesa la remissió prevista en l'article 18.13 de la Llei 5/2010, que indica que la consulta és preceptiva, així mateix, en «qualsevol altre assumpte en què una llei exigeixi expressament el dictamen del Consell d'Estat o de l'òrgan consultiu autonòmic superior». El Consell Consultiu recorda també que el seu dictamen no tan sols té caràcter preceptiu —per exigència de l'article 50 del TRLS de 1976, abans esmentat—, sinó que a més ha de ser *favorable* per a l'èxit de la modificació de planejament urbanístic pretesa.

Pel que fa al procediment, els dictàmens que ha emès el Consell Consultiu durant l'any 2013 en aquesta matèria (dictàmens 98, 109, 136 i 141/2013) incorporen les conclusions que ha establert aquest òrgan de consulta després de la Sentència 61/1997 del Tribunal Constitucional de 20 de març, en relació amb la Llei 8/1990, de 25 de juliol, sobre reforma del règim urbanístic i valoracions del sòl, i amb el Text refós de la Llei sobre règim del sòl i ordenació urbana, i que són:

1a. La norma d'aplicació en aquests casos és l'article 50 del Text refós de la Llei del sòl (TRLs) de 1976 i no l'article 129 del Text refós (TR) de 1992 [...].

2a. La competència per a l'aprovació definitiva de les modificacions urbanístiques pertoca al ple del consell insular corresponent, d'acord amb la normativa estatutària i la Llei autonòmica 9/1990, de 27 de juny.

3a. L'aprovació definitiva ha de disposar, necessàriament, del dictamen favorable del Consell Consultiu.

4a. L'informe favorable del ministre d'Habitatge (article 50 del TRLS de 1976) o del conseller competent per raó de la matèria (article 129 del TR de 1992) no es pot entendre encomanat a les comissions insulars d'urbanisme o d'ordenació del territori, sinó subsumit en l'aprovació definitiva que n'acordi el ple de la corporació insular.

A més a més, el Consell Consultiu destaca que, per aplicació de l'article 49.1 del Text refós de la Llei del sòl de 1976 i de l'article 161 del Reglament de planejament urbanístic de 1978, la modificació de qualsevol dels elements dels plans, projectes, normes i ordenances que tenguin per objecte una zonificació o ús urbanístic diferent de les zones verdes o espais lliures públics s'ha de sotmetre «a les mateixes disposicions enunciades per a la seva formulació [...]», per la qual cosa s'han d'acomplir els tràmits essencials que deriven dels articles 40, 41 i 49 del TRLS de 1976 i dels articles 125, 127 a 130, 132 a 134, i 161 del RPU de 1978 (Dictamen 109/2013). Hem de subratllar aquí que aquesta era la normativa aplicable en aquell moment a totes les modificacions de planejament urbanístic que afectaven zones verdes o espais lliures públics, que foren aprovades *inicialment* i *provisionalment* per les corporacions municipals abans de l'entrada en vigor de la Llei 2/2014, de 25 de març, d'ordenació i ús del sòl (29 de maig de 2014).

Quant a la doctrina establerta en els dictàmens de 2013 sobre aquesta matèria, el Consell Consultiu torna a insistir en el seu *paper garant de l'interès públic* que ha de concórrer necessàriament en les modificacions de planejament urbanístic que afectin zones verdes i espais lliures públics, que funciona com un límit del *ius variandi* que exerceix l'Administració urbanística proponent, si bé no obsta a la seva discrecionalitat sempre que estigui *motivada* pel dit interès públic. L'òrgan consultiu recull també en els seus dictàmens la jurisprudència del Tribunal Suprem (sentències de 2 de febrer de 2000, 8 d'abril de 2003 i 9 de març de 2004, essencialment) en relació amb el règim especial de protecció de les zones verdes i

espais lliures públics davant el procés urbanitzador, i es pronuncia en aquest sentit en el Dictamen 136/2013:

En la misma línea, este Consejo Consultivo ya ha indicado en numerosas ocasiones (dictámenes núm. 88/2008, 138/2008, 109/2010, 76/2011, 70/2012 y el reciente 98/2013, entre otros) el papel que le corresponde ejercer en la tramitación de la modificación del planeamiento urbanístico cuando afecta zonas verdes y espacios libres públicos, que no ha de ser entendido como una limitación o cortapisa a la discrecionalidad administrativa, sino que la intervención del órgano de consulta se configura como una garantía de la verificación del cumplimiento de los requisitos de competencia y procedimiento, así como del interés público que necesariamente ha de concurrir en estos supuestos. En este sentido, el órgano consultivo interviene con el fin de asegurar la subsistencia e integridad de las zonas verdes y los espacios libres públicos, no tan sólo en cuanto a la superficie sino también en cuanto a su funcionalidad y finalidad. La intervención del Consejo Consultivo se realiza, por tanto, con finalidades exclusivamente garantistas, sin embargo no anula la discrecionalidad motivada de la Administración activa proponente, a la que corresponde en uso de su autonomía y potestades decidir si el interés general aconseja una alteración de zonas verdes o espacios libres públicos para satisfacer otras necesidades de la colectividad.

El Consejo Consultivo no hace más que recoger en sus pronunciamientos la doctrina expuesta sobre esta materia por el propio Consejo de Estado en sus dictámenes 2059/2002 y 3757/1997, entre otros, respecto a que la modificación urbanística no puede conllevar disminución de superficies de zonas verdes o espacios libres públicos salvo que se acredite un interés público prevalente y que se respeten los estándares legales mínimos.

En aquest cas concret s'analitzava una modificació puntual d'unes normes subsidiàries de planejament del municipi d'Andratx que tenia per objecte reordenar dos polígons, i una unitat d'actuació per facilitar la gestió urbanística i afegir un nou vial de circulació alternatiu al que hi havia (proper a la ribera de la mar). Una vegada examinada la modificació de planejament municipal que afectava zones verdes, l'alt òrgan consultiu, en aplicació de la doctrina exposada anteriorment, considerà que el resultat final era justificat i s'adequava a l'interès públic, perquè implicava una millora qualitativa (amb la construcció del vial milloraria la circulació rodada) i quantitativa (la modificació de les zones verdes era residual i suposava un petit augment de la seva superfície). Aquest interès públic es desprenia també de les conclusions dels serveis tècnics del Departament d'Urbanisme del Consell Insular de Mallorca i, principalment, de l'acord favorable a la modificació que adoptà la Comissió Insular d'Ordenació del Territori i Patrimoni Històric.

Igualment favorables són els altres pronunciaments de l'òrgan de consulta continguts en els dictàmens 98, 109 i 141/2013: el primer, relatiu a la modificació puntual núm. 10 de les Normes subsidiàries de planejament del municipi de Sant Llorenç des Cardassar, que comporta una reordenació de sis zones verdes públiques de la urbanització de Sa Coma i les agrupa en quatre grans zones que mantindrien la mateixa superfície que les actuals; el segon, sobre la modificació puntual del PGOU des Castell (Menorca) amb l'objecte de reordenar la façana urbana del sector oest de Cala Corb per millorar la mobilitat dels vianants i el trànsit rodat; el darrer dictamen, referent a una altra modificació puntual, la núm. 17, de les Normes subsidiàries de planejament de Sant Llorenç des Cardassar, amb la finalitat de reordenar els espais lliures públics de la zona costanera d'aquest municipi i que suposa passar de tres zones verdes a dues de més dimensió. En tots aquests

dictàmens l'òrgan de consulta deixa clar que *el principi d'intangibilitat de zones verdes i espais lliures públics* no tan sols ha d'atendre un criteri quantitatiu (de compensació de superfícies) sinó també qualitatiu (s'han de justificar en l'interès general prevalent). Així s'expressa en el segon d'aquests dictàmens (Dictamen 109/2013):

[...] La dilatada experiència d'aquest òrgan consultiu, i la reiteració dels seus dictàmens en aquesta matèria, permet sintetitzar les *tres exigències de la diferent zonificació o ús urbanístic de les zones verdes o espais lliures perquè s'emeti un pronunciament favorable*:

a) *L'interès públic de la proposta*, que ha d'explicar i avalar l'Administració urbanística competent, a saber, el consell insular.

b) *El manteniment (o la millora, òbviament) de la quantitat i la qualitat de les zones verdes o els espais lliures*. Són dues qüestions diferents: el total de superfície destinada a zona verda en l'àmbit de la modificació, d'una banda, i la qualitat d'aquestes zones, és a dir, les característiques reals, físiques, de forma i d'aprofitament per a la ciutadania del municipi, de l'altra.

Doncs bé, en aquest cas, basant-nos en l'informe tècnic de l'arquitecta del Consell Insular de Menorca de 19 de juny de 2013, s'acompleixen les tres exigències perquè el nostre dictamen sigui favorable. Ens trobam, com ja queda dit, davant una modificació que afecta una zona verda (PU-21) en el sentit que n'augmenta la superfície —passa de 800 m² a 1.195 m²— i la reubica per solucionar aspectes de mobilitat, de tal manera que passa a estar ubicada a primera línia de mar. Podem afirmar, per tant, que el resultat final de la modificació millora sensiblement aquesta zona verda i que la modificació que es proposa està prou justificada també des del punt de vista de l'interès públic. A més, queda confirmat en l'informe tècnic anterior que la modificació no implica un increment de l'aprofitament urbanístic i del volum edificable que preveu actualment el PGOU des Castell en la zona de Cala Corb. La conclusió de l'informe del Consell Insular és favorable a la modificació, perquè considera esmenades totes i cada una de les deficiències, si bé es remet al nostre dictamen per valorar el canvi d'ubicació de la zona verda que es proposa (qüestió aquesta que, com hem dit abans, consideram que representa una millora qualitativa).

En resum, amb la modificació puntual proposada l'espai lliure públic PU-21 de Cala Corb experimenta una *millora quantitativa i qualitativa*, per això *podem concloure que, en aquest cas, es compleixen els requisits essencials que respecten la intangibilitat de les zones verdes, i això permet dictaminar favorablement sobre la proposta de modificació puntual núm. 19 del PGOU des Castell per a la reordenació de la façana urbana oest del sector de Cala Corb, exclusivament en allò que afecta la zona verda / espai lliure públic identificat com a PU.21/UB 3.14.*