



CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA

MEMORIA DE 2002

*Que el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana
eleva al Gobierno Valenciano, en cumplimiento de lo dispuesto
en el artículo 77 de su Reglamento, aprobado por Decreto 138/1996, de 16 de julio.*

Edita: CONSELL JURÍDIC CONSULTIU DE LA COMUNITAT VALENCIANA
Depósito Legal: V-3986-2003
Producción gráfica: Guada Impresores S.L. - Tel. 96 151 90 60.

PRIMERA PARTE
EXPOSICIÓN DE LA ACTIVIDAD DEL
CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO
DE LA COMUNIDAD VALENCIANA
DURANTE EL AÑO 2002

<i>Responsabilidad patrimonial</i>	<i>Formulada por D^a M.A., por las secuelas y el daño moral que el posible retraso en el diagnóstico del tumor cerebral le han causado</i>	<i>477/2002</i>
<i>Responsabilidad patrimonial</i>	<i>Formulada D^a R., por posible contagio de la hepatitis C</i>	<i>484/2002</i>
<i>Responsabilidad patrimonial</i>	<i>Formulada por D. G. y D^a T., como consecuencia del fallecimiento de su hijo</i>	<i>536/2002</i>
<i>Responsabilidad patrimonial</i>	<i>Formulada por D^a A., con motivo de un accidente escolar ocurrido en el patio de la Escuela</i>	<i>553/2002</i>
<i>Responsabilidad patrimonial</i>	<i>Formulada por D^a S., por los daños sufridos como consecuencia de lesión ocular</i>	<i>556/2002</i>
<i>Responsabilidad patrimonial</i>	<i>Formulada por D. M. en nombre del Ayuntamiento de Benimodo, por los daños que alega haber sufrido con ocasión de la no suscripción de un convenio para la construcción de una “Casa de Cultura”</i>	<i>580/2002</i>
<i>Responsabilidad patrimonial</i>	<i>Formulada por D. R., por daños ocasionados en el vehículo estacionado en la vía pública delante de un colegio público</i>	<i>588/2002</i>
<i>Proyectos de Reglamentos o disposiciones de carácter general</i>	<i>Proyecto de Decreto sobre registro de los titulares de actividades de Acción Social, y de Registro y Autorización de Funcionamiento de los Servicios y Centros de Acción Social, en la Comunidad Valenciana</i>	<i>206/2002</i>
<i>Proyectos de Reglamentos o disposiciones de carácter general</i>	<i>Proyecto de Decreto por el que se acuerda la suspensión de nuevas autorizaciones de explotación e instalaciones de máquinas tipo B o recreativas con premio, destinadas a ser instaladas en locales autorizados</i>	<i>359/2002</i>
<i>Proyectos de Reglamentos o disposiciones de carácter general</i>	<i>Proyecto de Decreto por el que se regula la Norma Marco sobre estructura, organización y funcionamiento de los Cuerpos de la Policía Local de la Comunidad Valenciana</i>	<i>501/2002</i>
<i>Anteproyectos de Leyes</i>	<i>Anteproyecto de Ley sobre Ordenación u Modernización de las Estructuras Agrarias de la Comunidad Valenciana</i>	<i>348/2002</i>
<i>Anteproyectos de Leyes</i>	<i>Anteproyecto de Ley de modificación del art. 18 de la Ley 6/1998, de 22 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Valenciana</i>	<i>420/2002</i>
<i>Anteproyectos de Leyes</i>	<i>Anteproyecto de Ley de Patrimonio de la Comunidad Valenciana</i>	<i>451/2002</i>
<i>Anteproyectos de Leyes</i>	<i>Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley Valenciana sobre Cajas de Ahorros</i>	<i>584/2002</i>
<i>Revisión de oficio</i>	<i>Revisión de oficio del Decreto del Ayuntamiento de Serra (Valencia) n^o 159/00, de 6 de junio de 2000</i>	<i>143/2002</i>

- *Proyecto de Decreto del Gobierno Valenciano por el que se regula la acreditación de los conocimientos lingüísticos para el acceso y la provisión de puestos en la función pública docente no universitaria en la Comunidad Valenciana.*
- *Proyecto de Decreto del Gobierno Valenciano por el que se modifica el Decreto 174/1994, de 19 de agosto, por el que se establece el currículo del Bachillerato en la Comunidad Valenciana.*
- *Proyecto de Decreto del Gobierno Valenciano por el que se aprueba el Reglamento sobre Prestación de la Inspección Técnica de Vehículos en la Comunidad Valenciana.*
- *Proyecto de Decreto del Gobierno Valenciano sobre registro de los titulares de actividades de Acción Social, y de Registro y Autorización de Funcionamiento de los Servicios y Centros de Acción Social en la Comunidad Valenciana.*
- *Proyecto de Decreto del Gobierno Valenciano regulador de los Campamentos de Turismo de la Comunidad Valenciana, por el que se desarrolla la Ley 3/1998, de 21 de mayo, de Turismo de esta Comunidad Autónoma.*
- *Proyecto de Orden por la que se establecen las condiciones y requisitos técnicos de instalación y funcionamiento de las consultas y clínicas dentales.*
- *Proyecto de Decreto del Gobierno Valenciano por el que se regula la utilización de la firma electrónica avanzada en la Generalitat Valenciana.*
- *Proyecto de Decreto del Gobierno Valenciano por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley de la Generalitat Valenciana 1/2001, de 6 de abril, por el que se regulan las uniones de hecho.*
- *Proyecto de Decreto del Gobierno Valenciano Regulador de las normas que deben regir para la práctica de tatuaje, micropigmentación y piercing, así como los requisitos para la autorización y funcionamiento de los establecimientos donde se practican estas técnicas.*
- *Proyecto de Decreto del Gobierno Valenciano sobre control de la calidad de los centros y servicios de Acción Social y Entidades Evaluadoras de la misma, en la Comunidad Valenciana.*

- *Proyecto de Orden por la que se regula la mejora de empleo como sistema de provisión temporal de puestos de trabajo de la Administración del Gobierno Valenciano.*
- *Proyecto de Orden sobre regulación de bolsas de empleo temporal para proveer provisionalmente puestos de trabajo de la Administración del Gobierno Valenciano.*
- *Proyecto de Decreto del Gobierno Valenciano por el que se establece el currículo del grado superior de danza en la Comunidad Valenciana y se regula la prueba de acceso a estos estudios.*
- *Proyecto de Decreto del Gobierno Valenciano de Selección y Provisión de Plazas de Personal Estatutario al servicio de Instituciones Sanitarias en el ámbito de la Comunidad Valenciana.*
- *Proyecto de Decreto del Gobierno Valenciano por el que se aprueba el Reglamento para la producción, posesión y gestión de los neumáticos fuera de uso en la Comunidad Valenciana.*
- *Proyecto de Decreto del Gobierno Valenciano por el que se modifica el Decreto 60/1998, de 5 de mayo, por el que se regulan las Federaciones Deportivas de la Comunidad Valenciana.*
- *Proyecto de Decreto del Gobierno Valenciano de modificación del Decreto 41/2001, de 27 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y del Régimen Jurídico del SERVEF.*
- *Proyecto de Orden de “adaptación del régimen jurídico del personal laboral temporal de las Instituciones Sanitarias a la naturaleza estatutaria de los puestos que ocupa”.*
- *Proyecto de Decreto del Gobierno Valenciano por el que se crea la “categoría de Médico, ATS/DUE, Conductor-Camillero del Servicio de Ayuda Médica Urgente (SAMU)”.*
- *Proyecto de Decreto del Gobierno Valenciano por el que se crea la “categoría de Médico de Urgencia Hospitalaria en el ámbito de las Instituciones Sanitarias de la Conselleria de Sanidad”.*
- *Proyecto de Decreto del Gobierno Valenciano por el que se acuerda la suspensión de nuevas autorizaciones de explotación e instalaciones de máquinas tipo B o recreativas con premio, destinadas a ser instaladas en locales autorizados.*

El próximo 1 de julio se cumplirán 20 años de la promulgación del Estatuto de Autonomía de nuestra Comunidad, fecha que espero celebremos con todo relieve, pues significó para nuestro pueblo, para el pueblo valenciano la recuperación de nuestra personalidad política.

Durante este periodo hemos asistido a la configuración paulatina de un sistema institucional hoy ya plenamente desarrollado y maduro que el paso mes de julio alcanzaba su culminación con la constitución y puesta en marcha de la Academia Valenciana de la Lengua. Precisamente en los últimos días la Academia ha adoptado acuerdos decisivos que permitirán la definitiva superación del conflicto lingüístico y contribuirán a la vez a la protección de nuestras peculiaridades lingüísticas diferenciadas. El aplauso prácticamente unánime que estos acuerdos han recibido de toda la sociedad valenciana ha sido la manifestación evidente de la idoneidad de esta nueva institución de autogobierno.

La Comunidad Valenciana ha contado pues con todos los instrumentos necesarios para ejercer plenamente nuestra autonomía política y uno de ellos es, sin duda, el Consejo Jurídico Consultivo.

Desde la creación del Consejo es un órgano propio integrado en el sistema institucional de la Comunidad Valenciana conocedor de nuestro Derecho y de nuestra específica realidad en que ejerce la alta función consultiva del Gobierno y de la Administración de la Generalitat Valenciana.

Es esta sin duda una misión de la más elevada trascendencia. A través de sus dictámenes el Consejo Jurídico Consultivo vela porque las disposiciones y actos de la Generalitat Valenciana sean ajustados a Derecho y respeten la Constitución y el Estatuto de Autonomía, su función sirve así a una más eficaz garantía de los derechos de los ciudadanos que se ve fortalecida por la existencia de un órgano independiente e imparcial que emite un criterio jurídico fundado en relación con los procedimientos administrativos y con los proyectos de disposiciones normativas.

Asimismo, el Consejo Jurídico Consultivo contribuye de un modo muy significativo a la calidad y perfección técnica de nuestro Derecho.

La composición del Consejo, integrado por juristas de reconocido prestigio y con una destacada trayectoria profesional, asegura además la solvencia de sus trabajos.

SEGUNDA PARTE
OBSERVACIONES Y SUGERENCIAS

articulación y coherencia). La organización es algo más que la colocación de unas piezas al lado de otras; si no hay interdependencia, si las piezas no encajan y ensamblan unas con otras, es claro y evidente que no hay “sistema”. La estructura sólo surge cuando se pasa del simple agregado de las partes a la idea de totalidad ordenada desde una perspectiva global y de conjunto.

La experiencia demuestra que hay un fenómeno compartido por los distintos Poderes Públicos en que se estructura territorialmente nuestro Estado social y democrático de Derecho. Es el hecho de la existencia de una dinámica paulatina pero continuada que se orienta a la racionalización institucional del poder. Para ilustrar ese proceso cabe poner el ejemplo de la experiencia vivida por el Estado, que ya ha sido seguida por alguna Comunidad Autónoma.

Cuando entra en vigor la Constitución el marco normativo de la estructura institucional de la Administración del Estado es el que resulta de tres normas que con carácter general establecen su organización y funcionamiento: Ley de Procedimiento Administrativo de 1956, Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958.

El lugar y la función ordinamental que antes ocupaba la primera de esas normas, está hoy cubierto por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En sustitución de las Leyes de 1957 y 1958, en la actualidad son de aplicación dos normas aprobadas en el curso del año 1997: por un lado, la Ley 50/1997, de 27 de noviembre (organización, competencia y funcionamiento del Gobierno); por otro, la Ley 6/1997, de 14 de abril (organización y funcionamiento de la Administración General del Estado). Como pone de manifiesto la Exposición de Motivos de esa Ley 6/1997:

“La Constitución de 1978 ha supuesto una profunda alteración del sistema de fuentes del Derecho público de manera que la actividad y la estructura de la Administración General del Estado se encuentran vinculadas por el marco constitucional. El precepto fundamental que dedica nuestra vigente Constitución a la Administración General del Estado es el artículo 103 en el que se recogen los principios básicos que deben presidir la actividad

que quedan fuera del concepto de organismo público adoptado en la normativa estatal”.

Las normas estatales y autonómicas a las que se ha hecho referencia ocupan un lugar de vanguardia en la dinámica histórica de paulatina racionalización del poder que se enmarca en la Constitución de 1978. Para captar la dimensión de los avances que contienen resulta indicado contrastarlas con otros ordenamientos jurídicos, pues no todas las Comunidades Autónomas han alcanzado ya ese mismo estadio de la evolución institucional.

Una posición considerablemente más atrasada es la que se encuentra en aquellos ordenamientos que sólo sistematizan el sector público a efectos presupuestarios; en ese caso la finalidad se limita a la racionalización del gasto público mediante la ordenada asignación de los recursos de la Hacienda. Es el caso, por ejemplo, del Texto Refundido de la Ley de principios ordenadores de la Hacienda General del País Vasco (aprobado por Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre). Después de establecer la clasificación institucional (artículo 7), regula la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi (artículo 8), los Organismos Autónomos (artículos 9 a 14), los Entes Públicos de Derecho Privado (artículos 15 a 18), y las Sociedades Públicas (artículos 19 a 23). Un modelo parecido o similar encontramos en Galicia (Texto Refundido de la Ley de Régimen Financiero y Presupuestario de la Hacienda de la Comunidad Autónoma, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 7 de octubre).

Un escalón por encima está en la actualidad Cataluña, donde teleológicamente la regulación organizativa va más allá de la limitada finalidad presupuestaria, pero subjetivamente se ciñe a las empresas públicas y sin alcanzar a toda la Administración Institucional (Texto Refundido de la Ley del Estatuto de la Empresa Pública Catalana, aprobado por Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre).

Dos escalones por encima del modelo gallego o vasco está el de la Comunidad de Madrid (Ley 1/1984, de 19 de enero, regulación de la Administración Institucional de la Comunidad), o el de las *Illes Balears* contenido en la Ley 3/1989, de 29 de marzo (normas reguladoras de las Entidades Autónomas y Empresas Públicas). Centrándonos en esta última Comunidad Autónoma, la citada norma se completa con la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad

Autónoma de las *Illes Balears*, y la Ley 4/2001, del Gobierno de las *Illes Balears*. Entroncando con la estatal Ley 30/1992, la Ley 3/2003 tiene un contenido material más completo y extenso que la citada norma del Estado, según se infiere de su estructura:

- + Título I (Principios generales).
- + Título II. (La organización de la Administración de la Comunidad Autónoma de las *Illes Balears*).
 - Capítulo I (Disposiciones generales).
 - Capítulo II (Las consejerías y su estructura).
 - Capítulo III (Los consejeros).
 - Capítulo IV (Los órganos directivos de las consejerías).
 - Capítulo V (Órganos colegiados).
- + Título III (La competencia).
 - Capítulo I (Disposiciones generales).
 - Capítulo II (La transferencia de la titularidad de la competencia).
 - Capítulo III (La transferencia del ejercicio de la competencia).
 - Capítulo IV (Otras formas de ejercicio de la competencia).
- + Título IV (Los derechos de los ciudadanos).
- + Título V (La actividad administrativa).
 - Capítulo I (La lengua).
 - Capítulo II (Disposiciones sobre el procedimiento administrativo).
 - Capítulo III (De la revisión de los actos en vía administrativa).
 - Capítulo IV (Las reclamaciones previas).
 - Capítulo V (La actuación administrativa en materia tributaria).
 - Capítulo VI (La contratación administrativa).
 - Capítulo VII (Potestad sancionadora).
 - Capítulo VIII (Responsabilidad patrimonial).
- + Título VI (Servicios jurídicos).
 - Capítulo I (El asesoramiento jurídico).
 - Capítulo II (La representación y defensa en juicio).
- + Título VII (De las relaciones de la Administración de la Comunidad Autónoma con las demás Administraciones públicas).

Ese esquema normativo de la balear Ley 3/2003 es similar en otras Comunidades Autónomas que también separan la regulación del Gobierno

No se trata de un simple prurito estilístico, sino que esa imprecisión preña de inseguridad el alcance subjetivo de una parte no menor del Anteproyecto. Hay muchos preceptos en los que no es fácil determinar con la debida certidumbre, a quién o a quiénes son aplicables esas disposiciones (artículos 40.5.h, 49.2.h). Otros preceptos utilizan la expresión “ente público” (artículo 53.3), que tampoco es diáfana en el concreto contexto autonómico de la Comunidad Valenciana, en el que no existe una norma que defina y delimite con la misma claridad, que en cambio resulta en el contexto estatal de la LOFAGE, no obstante lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Hacienda. De lo expuesto resultan dos alternativas: una inmediata en el tiempo y otra eventual. La más próxima es completar el texto ahora sometido a consulta, añadiendo una disposición que cumpla una función análoga a la de la adicional segunda de este Anteproyecto. La alternativa eventual es elaborar para la Comunidad Valenciana una norma similar o parecida a la LOFAGE (Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado)”.

A efectos del proceso de racionalización e institucionalización del poder, la posición ordinal que en las *Illes Balears* ocupan la Ley 4/2001 (del Gobierno), la Ley 3/2003 (de Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma), y la Ley 3/1989 (normas reguladoras de las Entidades Autónomas y Empresas Públicas), en la Comunidad Valenciana únicamente encontramos la Ley 5/1983, de 30 de diciembre (de Gobierno Valenciano) y el Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana (aprobado por Decreto Legislativo de 26 de junio de 1991). Es decir, la regulación de la llamada Administración Institucional únicamente se aborda de forma parcial desde la perspectiva presupuestaria, al igual que sucede en Galicia o el País Vasco.

Ante ese panorama, y teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde la aprobación del Estatuto de Autonomía, se llega a la conclusión de que la regulación institucional de la estructura organizativa y el funcionamiento de la Administración autonómica no ha alcanzado todavía el grado de desarrollo que corresponde a la Comunidad Valenciana. Por ello se sugiere elaborar un Anteproyecto de Ley, en el que de forma conjunta se incluya

objetivamente permitan seleccionar al personal de acuerdo con los principios de mérito y capacidad que resultan de la Constitución (superación de la fase de interinaje), adjudicando la provisión de los puestos de trabajo mediante los correspondientes concursos (superación de la fase de comisiones de servicio), y creando los oportunos Cuerpos Especiales (superación de la fase de monopolio de los Cuerpos Generales).

Sin perjuicio de que en esa tercera fase se han adoptado ya medidas que enderezan el “*statu quo*” de los servidores públicos, resulta indicado describir alguno de los rasgos que caracterizaron la segunda fase y que ahora están en trance de superación. Para seguir avanzando en el proceso de “*institucionalización y normalización*” conviene ser consciente de las prácticas administrativas que deben ser definitivamente abandonadas.

A) LA INSTITUCIONALIZACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO DE LA GENERALITAT VALENCIANA.

La aparición de las Comunidades Autónomas tras la Constitución provocó la necesidad perentoria de dotarlas de los recursos humanos precisos para el adecuado desarrollo de su actividad y el debido cumplimiento de su fin propio, que no es otro que la recta satisfacción de los intereses generales (artículo 103.1 de la Constitución). Hay que admitir que el establecimiento y organización de un estatuto completo y armónico de los servidores públicos es una tarea compleja que no puede ser repentinamente improvisada y que únicamente se puede llevar a cabo en un espacio razonable de tiempo.

Lo mismo ocurre cuando se crea una Institución autonómica; es lógico que durante un cierto espacio de tiempo la relación de los puestos de trabajo esté sometida a alteraciones periódicas, justificadas por las cambiantes necesidades que el funcionamiento de la nueva Institución va planteando en el paulatino devenir de su consolidación. Por otra parte, la urgencia o apremio de contar con personal adecuado puede justificar que circunstancialmente se obvie el procedimiento ordinario de selección de personal o la provisión de puestos de trabajo, acudiendo a vías extraordinarias como la comisión de servicios o el interinaje.

Cuestión distinta es determinar cuál es la extensión cronológica máxima de la situación transitoria previa al logro de la definitiva institucionalización del empleo público, y la estabilización de la situación de los servidores públicos.

según corresponda, salvo que ello lo impidan razones de orden legal o reglamentario, o por encontrarse pendientes del resultado de un procedimiento judicial”.

A la aplicación de ese precepto se refiere la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 4 de diciembre de 2002, en la que se constata que el de funcionarios en comisión de servicios es un colectivo numeroso en el que rara vez se cumple y respeta el referido plazo máximo de duración. Declara esta Sentencia que:

“ha quedado acreditado a través de la prueba practicada que en la actualidad existen múltiples comisiones de servicio que superan el plazo de dos años previstos en la norma, por lo que la Administración, en principio, salvo que dichos puestos se encuentren sujetos a reserva legal o se encuentren pendientes del resultado de un procedimiento judicial o lo impidan razones de orden legal o reglamentario, debe convocarlos”.

No se trata únicamente de la aplicación estricta y rigurosa de los sistemas de provisión de puestos de trabajo que distingue los mecanismos normales y los excepcionales; entre otros extremos, esa duración máxima de la comisión de servicios tiene una directa e inmediata repercusión en la efectividad del derecho a la carrera administrativa de los funcionarios. Así lo destaca la citada Sentencia:

“La previsión reglamentaria que se establece en el art. 33 del Decreto 33/99, determina las obligaciones que la Administración en orden a la convocatoria de concursos cuando se producen provisiones de excepción como lo son mediante las comisiones de servicio, que no pueden entenderse como forma normal de provisión de puesto de trabajo que solo cuando se dan las circunstancias previstas en la norma que la regula y ante la urgencia en la provisión del puesto vacante puede acudir a la comisión de servicios, y de ahí la limitación prevista en la norma reglamentaria cuya finalidad es que dichas situaciones no

se perpetúen en el tiempo y que se acuda a la provisión de puestos de trabajo a través de los sistemas normales, mediante los que el funcionario ve cumplido su derecho a la carrera administrativa que le reconocen tanto el art. 21 de la Ley 30/84, como a su vez los arts. 45, 50 y ss. de la Ley de la Función Pública Valenciana.

Las sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana 247/00 y 198/00 se pronuncian sobre el carácter excepcional de la comisión de servicio como sistema de puestos de trabajo que debe cesar cuando transcurra el límite temporal máximo de aquellas, viniendo obligada la Administración a continuación a efectuar las correspondientes convocatorias”.

La razón que explica que haya muchos interinos y muchas situaciones de comisión de servicio es que durante unos años no se ha convocado de forma regular y periódica los correspondientes procesos de selección, debido en parte a los numerosos recursos formulados en relación con los procesos selectivos.

Como ya se ha puesto de manifiesto, la combinación del ingreso por la vía de la interinidad y la provisión mediante la comisión de servicios derivan en una situación que debilita la seguridad jurídica de los servidores públicos en su puesto de trabajo y perturba la recta satisfacción de los intereses generales. En definitiva, hay que seguir avanzando y por ello resulta indicado continuar el impulso de “*institucionalización y normalización*” que viene caracterizando a la tercera etapa del proceso de evolución de los servidores públicos en la *Generalitat Valenciana*, y para ello resulta indicado planificar el futuro en los términos que se sugieren al final de este apartado III.

B) RÉGIMEN DE INGRESO Y DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO; LOS INTERINOS Y LAS COMISIONES DE SERVICIO.

Si de las reflexiones generales ya realizadas se pasa al examen más particularizado del régimen de ingreso y de provisión de puestos de trabajo, en la tercera etapa que ahora se impulsa resulta indicado corregir el “*statu quo*” del interinaje y las comisiones de servicio. También debe superarse la práctica administrativa de retrasar el nombramiento de los funcionarios más allá del límite temporal normativamente fijado.

“... este Órgano consultivo estima la existencia de responsabilidad, al no concurrir circunstancia alguna que justifique la ausencia de nombramiento como funcionarios del Grupo A de los reclamantes, en el plazo legalmente establecido. La propia Administración reconoce que el nombramiento se produjo dos años, nueve meses y trece días después de finalizado el plazo máximo de seis meses que preceptúa el artículo 9.1.b) del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública Valenciana, y que la causa del retraso no es imputable a los interesados”.

Esa misma doctrina es reiterada en el dictamen de 25 de septiembre de 2002 (número 438/2002). Por lo expuesto debe cumplirse puntualmente el plazo de nombramiento de los funcionarios que han superado un proceso de selección y tienen derecho a ingresar al servicio de la *Generalitat Valenciana*.

2.-Anulación de nombramiento de funcionarios interinos.

Desde su puesta en funcionamiento, este Consejo Jurídico ha conocido de algunos casos de revisión de oficio del acto de nombramiento de funcionarios interinos, y con independencia de la concreta conclusión a la que se llega en cada caso, resulta indicado destacar aquí una valoración global negativa o desfavorable del “*statu quo*”.

A la revisión de oficio del nombramiento de unos funcionarios interinos se refiere el dictamen de 18 de abril de 2002 (número 161/2002). Quienes ejercieron la acción de nulidad al amparo del artículo 102 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, alegaban la comisión de un vicio de nulidad radical al dictarse los actos de nombramiento, por la ausencia de todo trámite de un procedimiento que debía ser selectivo, omisión de la que deriva la vulneración de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Con arreglo al citado dictamen:

“En el presente caso, ciertamente, la Administración ha expresado que cuando se llevaron a cabo los tres nombramientos impugnados “no existía personal idóneo en la bolsa de trabajo” para proveer aquellas vacantes, y uno de los nombrados funcio-

Cabría poner aquí otros ejemplos concretos, pero la finalidad de esta reflexión no es hacer un inventario exhaustivo y agotador, sino sugerir un cambio en la práctica administrativa.

C) PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL; CUERPOS GENERALES Y CUERPOS ESPECIALES.

En el momento inicial de la puesta en marcha de la maquinaria institucional que resulta de la aprobación del Estatuto de Autonomía, la *Generalitat Valenciana* hereda más que selecciona sus recursos humanos. El resultado originario es fruto de los correspondientes Reales Decretos de transferencia que se refieren al capital humano compuesto por el personal laboral y los funcionarios de los Cuerpos Generales. Consecuencia de ello es que en esta primera fase la *Generalitat* no elige libremente ni diseña sistemáticamente el régimen de los medios personales de que dispone para cumplir los fines que le son propios.

Hay una segunda fase que podría denominarse “transitoria”, en la que la *Generalitat* empieza a ejercer sus competencias en esta materia, que se plasman en la Ley 10/1985, de 31 de julio (de Función Pública Valenciana), que se ajusta a las bases fijadas por el Estado en la Ley 30/1984, de 2 de agosto (de medidas urgentes de reforma de la función pública). El modelo de empleo público compartido por esa normativa estatal y autonómica tiene carácter dual o bifronte (al combinar a los funcionarios con el personal laboral), centrado en torno al puesto de trabajo (en lugar de tener su eje en los Cuerpos de funcionarios), y en puestos de trabajo de carácter generalista e interdepartamental (como opción alternativa a los especialistas adscritos a un concreto Departamento o *Consellería*).

Uno de los rasgos más característicos de esa Ley estatal que también se refleja en la citada Ley de la Función Pública Valenciana, es la desconfianza hacia los tradicionales cuerpos de funcionarios de la Administración, y en particular a los cuerpos especiales. Tal y como pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley 10/1985, uno de los rasgos más característicos de la Ley es la “constitución de una Administración que pone su acento en los puestos de trabajo y no en su estructura corporativa de personal”.

Sucede que esa normativa de transición parte del razonable realismo práctico limitado a redefinir el estatuto de los recursos humanos que se había heredado en la primera fase. Todavía no se aspira a delimitar qué

labores son reservadas al personal funcionario o qué tareas se encomienda al personal laboral. Tampoco está en el horizonte la eventual creación de algunos Cuerpos especiales para determinadas materias propias de quienes tienen la condición jurídica de funcionarios.

Así pues, la delimitación de las tareas o misiones propias de los funcionarios y las indicadas para el personal laboral, no ha sido una decisión libre y espontánea del Legislador valenciano. Ese deslinde competencial tiene su origen en la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987, de 11 de junio, que da lugar a modificaciones legislativas tanto en el Estado (Ley 23/1988, de 28 de julio), como en la Comunidad Valenciana (Ley 6/1990, de 14 de noviembre). Ocurre que el avance inducido por la citada Sentencia Constitucional fue parcialmente enturbiado y transitoriamente diluido por los procesos de conversión masiva del personal laboral en funcionarios (así sucedió con la Ley 1/1996, de 26 de abril, de adaptación del régimen jurídico del personal de la *Generalitat Valenciana* a la naturaleza de los puestos que ocupa).

Dicho ello y dejando al margen el examen del personal laboral, resulta oportuno centrarse ahora en los funcionarios de carrera y formular alguna reflexión sobre los Cuerpos especiales. La aparición de esos Cuerpos especiales en la Comunidad Valenciana no es fruto de un diseño unitario y sistemático, tampoco de un plan estratégico en la gestión de los recursos humanos, sino el resultado de la necesidad de atender a contingencias aisladas y sobrevenidas.

Un ejemplo de lo que se quiere expresar es el Cuerpo de Inspectores de Tributos de la *Generalitat*, creado por la Ley 14/1997, de 26 de diciembre (de medidas de gestión administrativa y financiera y de organización de la *Generalitat Valenciana*). Dicho Cuerpo corresponde al Grupo A de titulación, y el ingreso se produce por el sistema de oposición libre entre quienes se hallen en posesión del título de Licenciado en Derecho, o en Economía o en Administración y Dirección de Empresas.

Otro ejemplo es el Cuerpo de Letrados de este Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana. Después de la reforma del año 1997, el artículo 18.1 de la Ley 10/1994 pasa a tener el siguiente contenido: “Se crea el Cuerpo de Letrados del Consejo Jurídico Consultivo, correspondiente al grupo A de titulación, para ingresar en el cual es imprescindible la posesión del título de Licenciado en Derecho y la superación de las pruebas selectivas y específicas correspondientes”.

los servicios jurídicos de la Generalitat Valenciana). Como explica su Preámbulo, esa norma se dicta:

“... para profundizar y actualizar los principios en que ha de basarse tanto la representación y defensa en juicio de la Administración autonómica como el asesoramiento en Derecho a los distintos órganos de la misma. Estos principios no son otros que los de unidad de dirección y coordinación, exclusividad, universalidad, unidad de criterio y especialización, que vienen siendo reconocidos y aplicados por la práctica totalidad de las Administraciones Públicas y que muy significativamente vienen recogidos tanto en la legislación estatal, a través de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, como en la legislación de la mayoría de las Comunidades Autónomas”.

Sin perjuicio de destacar la valoración altamente positiva que en términos de unidad de dirección y criterio resultan de la aplicación de ese Decreto 27/2001, resulta indicado completar el proceso de profesionalización y especialización. Sucede que esa norma no llega a crear un Cuerpo especial, toda vez que la asistencia jurídica es desempeñada por mediación de los letrados que se encuentren en cada momento integrados en el Gabinete Jurídico de la *Generalitat Valenciana* (artículo 1.1).

La provisión de los puestos de trabajo se realiza mediante concurso y libre designación. No existe pues una carrera profesional especializada y ceñida a la prestación de esos servicios; tampoco existe la reforzada garantía de mérito y capacidad que resulta de la selección mediante el sistema de oposición. Con arreglo a lo establecido en el artículo 9.1:

“Los puestos de letrados-jefes de Área en los que se estructura el Gabinete Jurídico de la Generalitat Valenciana y de letrados adjuntos serán provistos por funcionarios de carrera, con los requisitos y condiciones que se establezcan en las relaciones de puestos de trabajo, por el sistema de libre designación, mediante nombramiento que efectuará el titular del departamento al que esté adscrito el Gabinete Jurídico, siguiendo el procedi-

to jurídico e incrementa la fragilidad de la certidumbre sobre el Derecho vigente.

En el ámbito estatal ese uso parlamentario de las Leyes de Acompañamiento tiene su primer ejemplo en la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, y en el ámbito de la Generalitat Valenciana en la Ley 12/1994, de 28 de diciembre. La secuencia cronológica es transparente: 1992 (Sentencia Tribunal Constitucional), 1993 (Ley estatal de acompañamiento), 1994 (Ley valenciana de acompañamiento).

Los efectos jurídicos de ese nuevo hábito parlamentario son claramente perturbadores. No se ha resuelto el problema de inseguridad jurídica sino que se ha cambiado su ubicación (las Leyes de Presupuestos empiezan a tener un límite material, que en cambio todavía no es exigido a las Leyes de Acompañamiento). Ello no obstante, esa situación es puramente transitoria, pues como seguidamente se verá, con el tiempo también se exigirá a las Leyes de Acompañamiento el respeto de algunos límites materiales que permitan hacer efectivo el principio de seguridad jurídica.

La aparición de esta nueva tipología de normas con rango y valor de Ley llamadas de Acompañamiento, ha sido criticada uniformemente por distintas Instituciones públicas que ponen de manifiesto su colisión con el principio de seguridad jurídica garantizado por el artículo 9.3 de la Constitución. En ese sentido se han manifestado, en el ámbito estatal, el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Económico y Social o el Consejo de Estado. Así, por ejemplo, el dictamen del Consejo de Estado de 3 de octubre de 1996, expresa lo siguiente respecto a la Ley de Acompañamiento:

“Razones de seguridad jurídica y de buena técnica legislativa aconsejan que todas las normas, y muy en especial aquellas que tienen rango de Ley, nazcan en el seno propio de la materia que es objeto de regulación, y vivan dentro de ella hasta que sean sustituidas por otras. Resulta perturbador para los destinatarios del Derecho objetivo -nunca excusados del cumplimiento de las Leyes- que la producción normativa quede reducida a una tarea formal, a la mera utilización de un procedimiento en el que no se tenga en cuenta la necesaria homogeneidad de unos preceptos con otros, dentro del ordenamiento”.

De la citada Sentencia se infiere la importancia capital de la Exposición de Motivos que debe elaborar el Gobierno Valenciano y que se remite a las Cortes junto al proyecto de Ley de Acompañamiento. Cuando se esté en una zona de penumbra y existan dudas razonables acerca del respeto o eventual vulneración del principio de seguridad jurídica por el contenido de la Ley de Acompañamiento, debe extremarse el esfuerzo para introducir una *“justificación suficiente”* en la Exposición de Motivos.

mo es clara y homogénea, ni uniforme a lo largo del tiempo. Pese a su importancia y trascendencia a efectos de la validez o nulidad del Reglamento sigue siendo una materia con un contorno borroso y difuso.

B) REGLAMENTO EJECUTIVO Y ORGANIZATIVO.

En una primera aproximación resulta útil determinar cuál es el correlato del Reglamento ejecutivo, pues no es infrecuente que esa noción se contraponga a la de Reglamento organizativo. Desde esa perspectiva se afirma que los Reglamentos ejecutivos son los que no tienen contenido organizativo.

Ahora bien, la clasificación dual que distingue los Reglamentos ejecutivos y los organizativos tiene su origen en la problemática vivida en la Alemania de fines del siglo XIX, y está causalmente anudada a la distinción entre aquellos Reglamentos que tienen carácter jurídico por contener una regulación “*ad extra*” (los ejecutivos), y los que no merecen esa calificación por establecer unas disposiciones “*ad intra*” (los organizativos).

Sucedo que hoy ya está unánimemente abandonada la negación del carácter jurídico de lo organizativo, por lo que el par de conceptos con el que hay que operar es el que distingue al Reglamento ejecutivo del independiente. El criterio que se utiliza para establecer el deslinde no es la materia regulada por la norma; lo relevante no es si la disposición tiene un contenido organizativo o no; lo determinante es la relación del Reglamento con una concreta Ley en virtud de una remisión normativa expresa o implícita (Reglamento ejecutivo), o la ausencia de tal relación por dictarse el Reglamento sin necesidad de Ley previa (Reglamento independiente). A esa misma conclusión llegó el Consejo de Estado en su Moción de 22 de mayo de 1969:

“La división de los Reglamentos por su materia (administrativos, políticos, técnicos, etc.), es por completo intrascendente a efectos del dictamen preceptivo del Consejo de Estado. Lo único decisivo es que sean ejecutivos de las Leyes o que no lo sean. Así, pues, no cabe, en principio, excluir de la consulta preceptiva a los llamados Reglamentos Orgánicos ni a los “administrativos”, según la vieja distinción de la doctrina alemana entre Reglamentos jurídicos y administrativos. Por el contrario, la

exclusión podrá derivar tan sólo de la comprobación en cada caso de que efectivamente no son ejecutivos de las Leyes”.

La experiencia práctica del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana pone de manifiesto que no existe una conexión lógica o necesaria entre la ausencia de contenido organizativo y la atribución a un Reglamento de naturaleza ejecutiva. Durante el año 2002 este Consejo ha dictaminado varios proyectos de Reglamento que tenían contenido organizativo pero se trataba de Reglamentos ejecutivos y por tanto la consulta tenía carácter preceptivo; así, por ejemplo, entre otros:

- Dictamen de 31 de enero de 2002 (número 62/2002, relativo al proyecto de Reglamento de la Academia Valenciana de la Lengua).
- Dictamen de 20 de junio de 2002 (número 289/2002, relativo al proyecto de Decreto de modificación parcial del Reglamento de las Federaciones Deportivas de la Comunidad Valenciana).
- Dictamen de 2 de julio de 2002 (número 324/2002, relativo a la modificación parcial del Reglamento de Organización y Régimen Jurídico del SERVEF).
- Dictamen de 18 de julio de 2002 (número 341/2002, relativo al proyecto de Decreto por el que se determina la composición de los Consejos de Administración de las Autoridades Portuarias de Alicante, Castellón de la Plana y Valencia).
- Dictamen de 10 de octubre de 2002 (número 455/2002, relativo al proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de estructura y funcionamiento del Consejo Valenciano del Voluntariado).
- Dictamen de 24 de octubre de 2002 (número 461/2002, relativo al proyecto de Decreto por el que se crea el Servicio Valenciano de Defensa de la Competencia).

Ahora bien, la regla general de la preceptividad de la consulta en los Reglamentos de contenido organizatorio cuando son ejecutivos de Leyes tiene una excepción expresa en la Comunidad Valenciana dispuesta en la Ley 5/1983, de 30 de diciembre (del Gobierno Valenciano). Después de hacer referencia a la preceptividad del dictamen del Consejo Jurídico Con-

aprobación no exige el previo dictamen de una Institución consultiva de carácter superior.

A diferencia de lo que ocurre en el marco de la Constitución francesa de 1958, en nuestro ordenamiento jurídico no hay una “*reserva de Reglamento*”. El artículo 37 de la Constitución francesa reserva al Reglamento la regulación de determinadas materias de forma que la Ley tiene vedada la ordenación de esos ámbitos materiales. Al no existir una subordinación jerárquica del Reglamento a la Ley, pudiera pensarse que la Constitución de la V República instaura la soberanía reglamentaria, pero lo cierto es que la jurisprudencia ha declarado que en el ejercicio de esa potestad reglamentaria autónoma el Gobierno está sujeto a los principios generales del Derecho.

En España los Reglamentos pueden ser independientes de una concreta Ley pero no tienen cabida al margen del ordenamiento jurídico; así se infiere del tenor literal del artículo 97 de la Constitución, conforme al cual, el Gobierno ejerce “la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes”.

Los Reglamentos “*praeter legem*” son independientes de una Ley concreta que con carácter previo regule la misma materia, pero en todo caso están sometidos a la Constitución, al Estatuto de Autonomía y al resto del ordenamiento jurídico. Un Reglamento independiente puede ser aprobado sin necesidad de previo dictamen de este Consejo Jurídico Consultivo, pero no puede vulnerar lo dispuesto por normas de rango superior como son las Leyes, ni puede quebrantar los principios generales del Derecho. El Reglamento independiente no requiere una previa Ley que le preste cobertura, pero no puede orillar la función legislativa que corresponde a las Cortes, que siempre podrán dictar una Ley sobre esa misma materia que derogue el contenido del Reglamento “*praeter legem*”.

D) REGLAMENTO EJECUTIVO EN SENTIDO ESTRICTO Y REGLAMENTO DELEGADO.

Partiendo del dato empíricamente constatable de la previa existencia de una Ley, cabe distinguir los Reglamentos que la completan o desarrollan (*Reglamento ejecutivo en sentido estricto*), de aquellos otros que la sustituyen (*Reglamento delegado*).

Para que exista desarrollo reglamentario que ejecuta la Ley, ésta debe haber establecido una cierta regulación de la materia; las disposiciones legales tendrán mayor o menor densidad normativa, las directrices o bases legales serán más o menos detalladas, pero existe un núcleo mínimo de regulación en la Ley que el Reglamento está llamado a desarrollar. O por decirlo en otros términos, la Ley no se limita a formular una delegación en blanco sino que contiene unas bases y remite al Reglamento ejecutivo su desarrollo. Así lo entendió el Pleno del Consejo de Estado en una Moción que precisamente tenía por objeto establecer cuándo es preceptiva la consulta. Afirma la Moción de 22 de mayo de 1969, que Reglamento ejecutivo es el que:

“... directa y concretamente ligado a una ley, a un artículo o artículos de una ley o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley, o leyes, es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada, cumplimentada o ejecutada por el reglamento; éste es el reglamento ejecutivo, pues aunque la terminología utilizada por las leyes en vigor sea muy variada y no siempre se emplee el término “ejecutar” sino el de “aplicar”, “completar”, “desarrollar”, etc., tal pluralidad de expresiones no supone concepto distinto, dado que en todos estos casos y en otros similares, el Reglamento se manifiesta como desarrollo y ejecución directa de una ley o conjunto de ellas ..., con independencia, claro es, de los llamados reglamentos de necesidad, de las disposiciones administrativas con fuerza de ley, y de los supuestos denominados de “deslegalización” y “reglamentos delegados”.”

El criterio del Consejo de Estado fue acogido por el Tribunal Supremo en su fundamental Sentencia de 22 de abril de 1974; a pesar de la extensión del fragmento, su importancia justifica sobradamente su transcripción:

“... en el vigente derecho español, el Consejo de Ministros y éstos mismos tienen atribuida una potestad reglamentaria genérica distinta de la mera ejecución de las leyes (artículo 13.II de la Ley Orgánica del Estado; artículo 14.3 LRJAE), no siendo ejecutivos de las leyes aquellos reglamentos dictados en ejercicio

de una potestad reglamentaria genérica y denominados por la doctrina “independientes”, “autónomos” o “praeter legem” que si bien han de respetar el “bloque de legalidad formal”, no están, sin embargo, sujetos preceptivamente al control previo del Consejo de Estado; frente a ellos existe la figura del reglamento directa y concretamente ligado a una ley, a un artículo, artículos de una ley o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley, o leyes, es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada, cumplimentada o ejecutada por el Reglamento; este es el reglamento ejecutivo, pues aunque la terminología utilizada por las leyes en vigor sea muy variada y no siempre emplee el término “ejecutar”, sino el de “completar”, “desarrollar”, “aplicar”, etc., tal pluralidad de expresión no supone concepto distinto, dado que en todos estos casos y en otros similares, el Reglamento se manifiesta como desarrollo y ejecución directa de una ley o conjunto de ellas ... con independencia, claro es de los llamados reglamentos de necesidad, de las disposiciones administrativas con fuerza de ley y de los supuestos denominados de “deslegalización” y “reglamentos delegados”.

En esa misma línea general de principio se puede traer a colación algún pronunciamiento más reciente; así por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1996:

“... a efectos de la consulta preceptiva al Consejo de Estado exigida en el artículo 22.3 de la LOCE, son reglamentos ejecutivos los que la doctrina tradicional denominaba «Reglamentos de ley». Se caracterizan, en primer lugar, por dictarse como ejecución o consecuencia de una norma de rango legal que, sin abandonar el terreno a una norma inferior, mediante la técnica deslegalizadora, lo acota al sentar los criterios, principios o elementos esenciales de la regulación pormenorizada que posteriormente ha de establecer el Reglamento en colaboración con la Ley. Es también necesario, en segundo lugar, que el Reglamento que se expida en ejecución de una norma legal innove, en su desarrollo, el ordenamiento jurídico sin que, en consecuencia, deban ser considerados ejecutivos, a efectos del referido

“Es presupuesto necesario para que un Reglamento pueda ser calificado como dictado en ejecución de una Ley que a él le preceda una norma de dicho rango que contenga una regulación básica de la materia, pendiente tan sólo de desarrollo en función, particularidades y detalles que se remiten a la potestad reglamentaria de la Administración, la cual entonces ha de actuar subordinadamente a aquellas bases, directrices u orientaciones previamente determinadas por la ley”.

La cuestión se ciñe a saber si esos “Reglamentos delegados” que se dictan con fundamento en una habilitación legal en blanco tienen o no carácter ejecutivo. Pues bien, como la Ley se remite “*in toto*” al Reglamento, la función del dictamen de este Consejo Jurídico Consultivo no puede tener por objeto contrastar el ajuste o no de la disposición administrativa a la Ley, sino su conformidad a la Constitución, al Estatuto de Autonomía y al resto del ordenamiento jurídico.

La disposición administrativa puede ser contraria a Derecho pero no puede incurrir en “*ultra vires*” legal porque no puede rebasar los límites materiales de la Ley previa, toda vez que al ser una disposición legal en blanco no hay un contenido previo que se pueda rebasar o contrariar (salvo el relativo al ámbito objetivo o subjetivo de la Ley que hace la remisión al Reglamento). Es decir, el dictamen de este Consejo tendría el mismo alcance que cuando se trata de una consulta facultativa sobre un Reglamento independiente, de donde se infiere que en el caso del “Reglamento delegado” la consulta no sería preceptiva sino facultativa. En ese mismo sentido se pronuncia la ya citada Sentencia de 23 de junio de 1978, conforme a la cual, la preceptividad de la consulta en materia reglamentaria:

“... tiene su fundamento en la necesidad de que la potestad reglamentaria para el desarrollo y aplicación de las leyes no se extralimite con la adopción de criterios en pugna o que de algún modo excedan de los mandatos de la norma superior. Es pues, presupuesto necesario para que un Reglamento pueda ser calificado como dictado para ejecución de una ley, que le preceda una norma de dicho rango que contenga una regulación básica de la materia, pendiente tan sólo de un desarrollo en función, particularidades y detalles que se remiten a la potestad regla-

mentaria de la Administración, la cual entonces ha de actuar subordinadamente a aquellas bases, directrices u orientaciones previamente determinadas por la ley”.

Cuando se trata de un “Reglamento ejecutivo en sentido estricto” porque desarrolla o completa el previo contenido material dispuesto por la Ley, la finalidad del dictamen de este Consejo se extiende también a verificar el respeto de la Constitución, el Estatuto de Autonomía y del resto del ordenamiento jurídico, pero además se proyecta sobre la comprobación de que el contenido de la disposición administrativa está “*intra vires*” del previo contenido material establecido por la Ley objeto de desarrollo. Así lo entendió el Pleno del Consejo de Estado en la Moción de 22 de mayo de 1969:

“... el sentido de la intervención de este Alto Cuerpo Consultivo en las materias señaladas dimana, ante todo de la necesidad de realizar un principio básico constitucional, cual es el del respeto a la jerarquía normativa ... La efectividad real del principio de legalidad ha hecho en este punto necesario el establecimiento de ciertos controles previos e internos en el seno de la propia Administración que garanticen de la mejor manera posible el respeto a la Ley y a la competencia propia de las Cortes (materias reservadas a la Ley)”.

Tiene interés poner de manifiesto que la Moción reitera ese criterio en otros términos y añade una afirmación sobre los efectos jurídicos derivados de la omisión de la preceptiva y previa consulta:

“... la intervención del Consejo de Estado en materia de Reglamentos ejecutivos constituye un medio de aplicación de dos mandatos constitucionales de máxima importancia: el respeto a la legalidad formal y a las competencias propias del Legislativo. El dictamen del Consejo de Estado en esta materia supone un control general y previo de carácter preceptivo, cuya omisión no es convalidable y acarrea la nulidad del Reglamento, por tratarse de un requisito procedimental de orden público apreciable por los Tribunales, incluso de oficio”.

Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1989 (relativa al Real Decreto 59/1987, que estructura funciones de los órganos de la seguridad del Estado):

“... el Decreto recurrido, como administrativo e interno, y puramente organizatorio, debe ser encuadrado entre los llamados autónomos o independientes, que no complementan, ni aplican, desarrollan o ejecutan la Ley 2/1986, sino que simplemente completan la ordenación a que aquélla se refiere, sobre una materia organizatoria en que la Ley no había entrado, siendo, por tanto, válido el Reglamento impugnado, aun sin el dictamen del Consejo de Estado, que para esa categoría de Reglamentos no es preceptivo”.

Adviértase que el fundamento no estriba tanto en el contenido materialmente organizatorio del Reglamento, como en el dato de que la Ley no había entrado en esa materia organizatoria, y en consecuencia no hay en rigor remisión normativa. Es decir, el Reglamento no desarrolla sino que sustituye al Legislador en la regulación de esa materia. Sucede con frecuencia que la Ley hace una remisión en blanco al Reglamento en materias relativas a la estructura interna de organización y funcionamiento de la Administración. Ahora bien, esa circunstancia no puede erigirse en categoría dogmática para concluir que siempre que la materia sea organizatoria no es preceptivo el dictamen de este Consejo Jurídico Consultivo porque el Reglamento no es ejecutivo.

Ya se ha reiterado que el criterio que puede elevarse a regla es la existencia o no de remisión normativa, que con mayor claridad es expresado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2001: “... la disposición general cuestionada no se encuentra sometida a lo establecido en el artículo 23 de la Ley Orgánica 3/1980, del Consejo de Estado, que es el precepto cuya infracción se acusa, en cuanto no constituye desarrollo de Ley estatal”. Ese pronunciamiento se refiere al Reglamento por el que se regulan los espectáculos taurinos tradicionales, aprobado por el Gobierno Vasco mediante el Decreto 215/1993, de 20 de julio.

La cuestión que se suscita es saber si ese precepto es de aplicación directa, inmediata y general, o si se trata de una disposición que para ser aplicada requiere su previa y expresa recepción por la normativa sectorial específica de determinados procedimientos administrativos. Se trata de una problemática similar a la que plantea otra institución también introducida “*ex novo*” en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que está regulada en el precepto inmediatamente anterior al de la inadmisión a trámite (artículo 88), como es la terminación convencional del procedimiento administrativo.

Para esclarecer esa cuestión es pertinente y oportuno tomar en consideración el devenir histórico de la propia Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De las modificaciones introducidas por la Ley 4/1999 en materia de revisión de oficio (artículo 102.3) y de recurso extraordinario de revisión (artículo 119.1), existe fundamento objetivo para inferir que la previsión genérica del artículo 89.4 no es de directa aplicación mientras la inadmisión a trámite no sea expresamente regulada en un concreto procedimiento administrativo. En gran medida esas dos novedades introducidas por la Ley 4/1999 tienen su origen en la Ponencia que la Comisión de Estudios del Consejo de Estado elaboró en el año 1997 sobre la reforma de la Ley 30/1992. A juicio de la Ponencia:

“... razones de economía procedimental y de eficacia administrativa aconsejan introducir, al menos para determinados procedimientos (revisión de oficio, recurso extraordinario de revisión y responsabilidad patrimonial) una fase previa de admisión a trámite, cuya positiva experiencia pudiera aconsejar su ulterior ampliación a otros procedimientos”¹⁵.

Cuando más tarde fue consultado sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley 30/1992, el Consejo de Estado formuló en su dictamen de 22 de enero de 1998 (número 5.356/97) algunas sugerencias que final-

¹⁵ En el estudio titulado, *Sobre la reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, publicado en el diario “La Ley” número 4396, de fecha 16 de octubre de 1997.

Contrasta esa situación con la recientemente dispuesta en las *Illes Balears*, donde al regular la responsabilidad patrimonial, la Ley 3/2003, de 26 de marzo, establece lo siguiente:

“El órgano competente para la resolución podrá declarar, motivadamente, la inadmisión de las reclamaciones formuladas por los interesados, sin necesidad de instrucción, cuando la competencia material para su instrucción corresponda a otra administración pública”.

Sin necesidad de entrar aquí en valoraciones sobre esa norma balear, cabe concluir que en el ámbito de la Comunidad Valenciana una vez presentada una reclamación en debida forma y cumpliendo lo exigido en el artículo 70 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no cabe la inadmisión a trámite pues existe obligación de instruir el procedimiento completo hasta que finalice mediante alguna de las formas de terminación establecidas en el artículo 87 de dicha Ley.

B) EL CARÁCTER OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD Y LA CARGA DE LA PRUEBA.

1.-La regla general.

Ocurre con frecuencia que la cuestión central que se suscita en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se refiere a sus circunstancias fácticas. En ocasiones el problema será de calificación jurídica de unos hechos como fuerza mayor. Otras veces se tratará de probar la existencia de unos hechos (ya sea para determinar la relación de causalidad o el alcance de las lesiones sufridas). La valoración de las pruebas practicadas es con frecuencia el factor clave para examinar la estimación o desestimación de la pretensión resarcitoria.

La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común no establece ninguna particularidad sobre la prueba en el procedimiento de responsabilidad patrimonial. El Reglamento de 26 de marzo de 1993 establece que cuando el procedimiento se inicie a instancia del interesado, éste acompañará su reclama-

“Es innegable que la no comunicación del fallecimiento de un familiar, -en este caso la de un padre-, cuando aquél sucede en un hospital crea en los parientes un sentimiento de malestar y tristeza, cuando no de indignación, -en definitiva, un daño moral, susceptible de indemnización”.

Ahora bien, para evitar equívocos, debe ser precisada y matizada la afirmación de que por regla general el daño moral se presume y por tanto no requiere prueba. En atención a las particulares circunstancias de hecho del caso, puede suceder que la Administración acredite mediante un informe pericial que no existe daño moral; en ese sentido cabe recordar aquí el dictamen de 4 de julio de 2002 (número 315/2002):

“En cuanto a tales daños morales se ha de señalar que no se ha acreditado que éstos existan, y por el contrario se ha de recordar que el informe de la psicopedagoga señala que “no detecto que el niño se sienta afectado psicológicamente por los hechos” (...) en este caso no obra ningún medio de prueba que acredite los daños o ponga en cuestión el informe citado”.

En supuestos en los que se solicita una indemnización por el fallecimiento de un familiar y se pide el resarcimiento del daño moral causado, la simple existencia del vínculo de parentesco no determina inexorablemente la existencia de una lesión afectiva. El afecto no es una emoción que esté necesariamente anudada al nexo familiar. El simple parentesco no siempre es fundamento suficiente para reconocer legitimación procesal a quien formula la reclamación; así se infiere del dictamen de 18 de abril de 2002 (número 160/2002).

En la sociedad en la que vivimos no hay una relación de causalidad lógica que necesariamente anude el resultado afflictivo a la existencia del vínculo familiar. Sucede con alguna frecuencia que entre fallecido y reclamante ya sólo había ese nexo de parentesco, pero sin que perviviera la convivencia familiar, o sin que existiera ninguna relación afectiva. No es descartable que más allá de la indiferencia emocional existiera un conflicto entre parientes. En esas circunstancias hay un indicio claro de que no existe un daño moral merecedor de una compensación económica a título

de responsabilidad patrimonial, pero corresponde a la Administración la carga de probar la efectiva concurrencia de esos hechos de los que se infiere la ausencia de daño moral.

b) La buena fe procesal y la mayor facilidad para obtener las pruebas.

Un segundo supuesto en el que quiebra la regla general sobre la carga de la prueba se produce cuando, en atención a las particulares circunstancias del caso, hay una manifiesta desproporción entre la facilidad para aportar pruebas que ostenta la Administración y la dificultad que tiene el ciudadano reclamante. Ocurre con frecuencia que el hecho que se pretende acreditar resulta de documentos que obran en archivos públicos, y aunque los ciudadanos tienen derecho de acceder a ellos, es razonable exigir a la Administración que los aporte.

Esa máxima de razón ha venido funcionando desde antiguo como un principio del Derecho, y hoy en día ya forma parte del derecho positivo. Así resulta de lo establecido en el artículo 35.f) de la Ley 30/1992, que dispone que el ciudadano tiene derecho a no presentar documentos “que ya se encuentren en poder de la Administración actuante”. También cabe citar aquí el artículo 217.6 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil: “Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

En ese caso, la buena fe en su vertiente procesal determina que la carga probatoria recaiga sobre quien tiene mayor facilidad para obtener las pruebas. Así sucede, por ejemplo, cuando se trata de acreditar que se cumplió debidamente la obligación de informar a los pacientes que tiene la Administración sanitaria; en ese sentido se pronuncia el dictamen de 14 de noviembre de 2002 (número 497/2002):

“Y referente a sobre quién recae la carga de la prueba de que se cumplió el deber de información, la citada Sentencia de 12 de enero de 2001, -en base, entre otras, a las Sentencias de 16 de octubre de 1998, 28 de diciembre de 1998, 19 de abril de 1999 y 7 de marzo de 2000-, indica que debe recaer sobre el profesional de la medicina “por ser quien se halla en situación más favorable para conseguir su prueba”. ”

3.-Los límites de la carga probatoria.

Además de esas excepciones resulta indicado poner de manifiesto los límites de la carga probatoria que por regla general pesa sobre el reclamante. Una vez que el interesado acredita la existencia de relación causal entre la actividad administrativa y el resultado lesivo, el carácter objetivo de la responsabilidad excluye que el reclamante además deba probar que su conducta fue diligente o que la actuación administrativa fue negligente.

En virtud del carácter objetivo de la responsabilidad, la Administración también está obligada a resarcir al lesionado por el normal funcionamiento, por lo que carece de sentido extender el alcance de la carga probatoria hasta exigir que se demuestre el anormal funcionamiento de la Administración.

En reclamaciones formuladas por padres de alumnos de centros docentes de la *Generalitat* Valenciana, suele plantearse la cuestión de la mayor o menor diligencia de los profesores encargados de custodiarlos, y en ese contexto hay que establecer sobre quién pesa la carga de probar la eventual negligencia del profesorado o la posible imprudencia del alumnado. A juicio de este Consejo, no es el reclamante quien debe probar la negligencia de los docentes, sino que es la Administración quien debe acreditar la diligencia del profesorado.

También pesa sobre la Administración la carga de probar que el nexo causal se rompe por razón del dolo o la imprudencia del alumno (cuestión distinta es la ponderación de las pruebas practicadas en atención a la edad del menor lesionado y a los estándares socialmente admitidos del grado de responsabilidad exigible a los menores de edad en atención a las particulares circunstancias de hecho). En esa línea general de principio cabe recordar aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio de 2002:

“Suscita también, al oponerse al motivo de casación del Abogado del Estado, el representante procesal de la otra parte que a la Administración correspondía acreditar que la actuación del menor fue negligente, lo cual sería cierto siempre que estuviese probado el nexo causal, pues, si este requisito no concurre o no se ha justificado su concurrencia, resulta intrascendente conocer si la conducta del perjudicado fue o no imprudente”.

resolución no es posible efectuar una valoración de todo el daño que pueda derivar de la actuación administrativa.

Frente a ese criterio hay que oponer que la normativa aplicable no establece una obligación rígida que necesaria e imperativamente imponga la exigencia de especificar, siempre y en el momento inicial de presentar la reclamación, el importe de la indemnización que se solicita. Conforme a lo establecido en el artículo 6 del Reglamento¹⁷, el reclamante sólo está obligado a fijar el importe del resarcimiento “*si fuera posible*”, por lo que implícitamente está reconociendo que ese extremo se determine en un momento posterior.

Esa disposición es singularmente importante cuando se trata de daños continuados o de enfermedades recidivantes. En ese supuesto se abren a la Administración dos alternativas; bien suspender formalmente la tramitación del procedimiento hasta que la lesión se consolide o agote sus efectos; bien continuar el procedimiento y fijar la indemnización de los daños ya consumados, con expresa declaración de que la acción resarcitoria no ha prescrito, por lo que sigue abierto el plazo para pretender algún resarcimiento complementario cuando haya posteriores resultados lesivos que sean una continuación directa del daño originariamente causado.

Como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2001, en los supuestos de daño continuado en que la lesión se ha producido, aunque siga agravándose o manifestándose en el tiempo, es posible reclamar los daños ya producidos o bien esperar a que el perjuicio se agote. O como declara la Sentencia de 7 de febrero de 1997, cuando se trata de daños continuados producidos día a día, sin solución de continuidad, el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial no empieza a computarse hasta que no cesen los efectos lesivos.

Para que proceda declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, la Ley exige que la lesión sea “*efectiva*” (artículo 139.2 de la Ley 30/1992). Ahora bien, el hecho de que un resultado lesivo pueda empeorar no significa que sea un daño eventual, futuro o hipotético¹⁸. En esas circunstancias el resultado lesivo es efectivo (“*certus an*”) aunque su alcance definitivo sea incierto (“*incertus quantum*”).

¹⁷ Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

¹⁸ Dictamen de 28 de noviembre de 2002 (número 546/2002).

La citada Ley exige que el daño sea “*evaluable económicamente*” (artículo 139.2), pero no impone que ya esté evaluado en el momento inicial de formular la reclamación. Una de las funciones que institucionalmente tiene encomendado el procedimiento es, precisamente, despachar las actuaciones precisas para averiguar o comprobar el alcance de la lesión y establecer el montante económico de la indemnización. Así se pone de manifiesto cuando el procedimiento se inicia de oficio por la propia Administración; cuando se dicta el acto de incoación no se determina ya el importe del resarcimiento, sino que la cuantía resultará de las actuaciones que se despachen en la instrucción del procedimiento.

D) SUSPENSIÓN DEL PLAZO PARA RESOLVER.

Otra cuestión que en la experiencia práctica merece una reflexión es la relativa a la suspensión del cómputo del plazo para resolver, con ocasión de la tramitación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. En los casos examinados en los dictámenes de 24 de enero de 2002 (número 45/2002), de 17 de enero de 2002 (números 21 y 31/2002), 9 de enero de 2002 (número 2/2002), 21 de febrero de 2002 (número 98/2002), entre otros muchos, la suspensión fue dispuesta por el *Conseller* de Sanidad al amparo de lo dispuesto en el artículo 42.6 de la Ley 30/1992.

Sucede que con frecuencia se dan las circunstancias que según la Ley legitimarían la suspensión del cómputo de plazo para dictar la resolución que pone fin al procedimiento (artículo 42 de la Ley 30/1992), pero al no adoptarse una decisión que formalmente disponga la suspensión se llega a cumplir el plazo máximo y se abre el mecanismo del silencio administrativo, que en esta concreta materia de la responsabilidad patrimonial tiene carácter negativo o desestimatorio de la indemnización solicitada (artículo 142.7 de la Ley 30/1992).

Cuando se trata de una lesión física, la causa de suspensión del plazo para resolver puede ser la práctica de “pruebas técnicas o análisis contradictorios o dirimentes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente” (art. 42.5.d). Ocurre con frecuencia que, para determinar la magnitud o alcance de la lesión, el interesado solicita la realización de pruebas médicas y solicita la suspensión del cómputo del plazo. En el caso examinado en el dic-

de imputación. Las sociedades tecnológicas avanzadas suponen un indudable beneficio colectivo al producirse un incremento de la calidad de vida, pero esas ventajas están indisociablemente anudadas a desventajas como el incremento exponencial de los riesgos.

En las circunstancias ya descritas tanto la jurisprudencia como la doctrina han esgrimido criterios jurídicos que sirven para objetivar los riesgos que son imputables a la Administración y los que deben ser soportados por los ciudadanos sin compensación alguna con fundamento en el instituto de la responsabilidad patrimonial. Particular atención merecen criterios como los riesgos generales, los riesgos inherentes al servicio, los riesgos socialmente tolerados, o el eventual incremento de esos riesgos como consecuencia del mal funcionamiento de la Administración Pública.

La paulatina pero imparable expansión de la actividad administrativa conduce a una intensa y cotidiana relación entre ciudadanos y Administraciones Públicas; fruto directo de esa convivencia es el incremento del riesgo de que se produzcan con mayor frecuencia consecuencias desfavorables o lesivas. Así sucede singularmente cuando se trata de relaciones como la que vincula a los alumnos con la Administración docente (contexto en el que los riesgos son frecuentes y habituales). Como a esta última materia del servicio educativo se refiere un número elevado de las consultas recibidas por este Consejo, se prestará particular atención a su casuística poniendo ejemplos concretos que ilustren los criterios técnicos utilizados para objetivar la imputación, sin perjuicio de formular al final de este apartado una recapitulación en la que se fije la barrera que separa los resultados jurídicamente atribuibles a la Administración de los que no lo son.

2.-Los riesgos generales de la vida; el incremento del riesgo general imputable a la Administración.

Si un resultado lesivo se produce como consecuencia de un riesgo, el daño es jurídicamente atribuido a quien origina el riesgo. Cuando el siniestro deriva de una causa de fuerza mayor el riesgo no es jurídicamente atribuible a la Administración, y objetivamente no le es imputable el resultado lesivo. Cuando el siniestro tiene su origen en un “*riesgo inherente*” a la actividad administrativa, el resultado es imputable a la Administración. En cambio, cuando se trata de un “*riesgo general*” de la vida en sociedad, el efecto lesivo no es objetivamente imputable a la Administración, como sucede en el caso examinado en el dictamen de 3 de octubre de 2002 (número 445/2002):

“... el accidente escolar ocurrió en la cafetería del Instituto, en la hora del recreo, cuando el alumno ... a la sazón de 13 años de edad, estaba bebiendo agua con un botijo, momento en el que, repentinamente, fue empujado por un compañero, lo que comportó que se golpeará con aquél en la cara y se rompiera un diente, sin que del expediente se deduzca ninguna otra circunstancia de la que pueda desprenderse una situación anormal o de riesgo, ya que no lo es, la existencia de aquella suerte de vasijas de barro para refrescar el agua y beberla directamente o “al gallet”.”

Tampoco es un “*riesgo inherente*” al servicio público prestado por la Administración, sino que debe ser reputado como un “*riesgo general*” de la vida en sociedad, el sufrir un tropezón mientras se camina; es algo que puede acontecer a cualquiera, con independencia de la edad y al margen del buen estado de conservación del pavimento (el juicio sería diferente si la calzada estuviera en malas condiciones y fuera la causa eficiente del resultado lesivo). Como afirma el dictamen de 7 de noviembre de 2002 (número 482/2002):

“... aunque existe un deber de vigilancia por parte del personal de la Administración educativa, no puede presumirse que se produce un incumplimiento de este deber por el simple hecho de que los alumnos tropiecen, cuando no consta ninguna circunstancia de la que se desprenda la peligrosidad o el riesgo de la actividad que estaban desarrollando”.

Todos tenemos una cierta dosis de torpeza al andar, y el margen de peligro de que se verifique el siniestro es externo al funcionamiento de la Administración Pública; son incidentes normales o habituales en el devenir de la vida cotidiana que acontecen al margen y con independencia de cualquier clase de actividad administrativa. En ese sentido se pronuncia el dictamen de 11 de julio de 2002 (número 329/2002):

“Ni en el escrito de reclamación ni en el informe del Director se describen con detalle las circunstancias concretas en que tuvo

que existe nexo causal entre la actuación de la Administración y el daño ocasionado”.

3.-Los riesgos inherentes al servicio público.

Mientras que objetivamente no cabe imputar a la Administración los resultados lesivos producidos por riesgos generales de la vida, le son plenamente atribuibles los efectos perjudiciales que derivan de “*riesgos inherentes al servicio público*”. El carácter objetivo de la responsabilidad orilla el examen y la calificación del carácter normal o anormal del funcionamiento; a esos concretos efectos de los riesgos inherentes al servicio público no es jurídicamente relevante que se trate de buen o mal funcionamiento.

A título de simple ejemplo, cabe hacer alguna referencia al servicio educativo. Es imputable a la Administración el resultado lesivo que se produce “*con ocasión*” de la práctica forzosamente impuesta de un deporte de riesgo y “*como consecuencia*” de la negligencia administrativa en la conservación de las instalaciones deportivas o la imprudencia administrativa en la disposición de las pertinentes medidas de seguridad. En esas circunstancias el riesgo es inherente al servicio y es objetivamente imputable a la Administración. En ese sentido se pronuncia el dictamen de 9 de mayo de 2002 (número 205/2002):

“... la Administración incumplió su obligación de mantener sus instalaciones en condiciones de seguridad para los usuarios, toda vez que colocó una valla de protección sobre un tubo cilíndrico en el patio deportivo del citado Instituto sin las debidas condiciones de seguridad para los alumnos, y sin ninguna advertencia acerca de la existencia de bordes cortantes en la parte inferior ...”.

En el dictamen de 27 de junio de 2002 (número 310/2002), encontramos otro caso de riesgo inherente al servicio educativo, en el que los estándares de cautela y prudencia deben extremarse en atención a la minoría de edad de los usuarios del servicio público:

la actividad puede prohibirse por considerarse contraria a los valores que comparte esa sociedad, pero también cabe optar por tolerar su desarrollo porque en el contexto social en el que vivimos el ciudadano no puede ser encorsetado en un fanal o urna de cristal.

Pues bien, la sociedad tolera la actividad y asume los eventuales siniestros; acepta el riesgo típico de los lances del juego. Para excluir la atribución jurídica del resultado basta con prohibirla, pero esa prohibición tendría por sí misma un efecto que es perjudicial o contrario a bienes o valores jurídicamente tutelados. No cabe olvidar que en nuestro ordenamiento jurídico los Poderes Públicos tienen el compromiso de fomentar la educación física y el deporte (artículo 43.3 de la Constitución).

No se trata de un “*riesgo general de la vida*” y por tanto externo a la prestación del servicio educativo; el margen de peligro de que se verifique el siniestro es interno al funcionamiento de la Administración Pública; no es ajeno al funcionamiento del servicio, pero es un riesgo que entra dentro de los estándares de calidad de prestación exigibles en el marco de un Estado social y democrático de Derecho; cuando el funcionamiento del servicio no alcanza esos estándares debe ser reputado como un resultado que no es socialmente tolerado sino rechazado.

Por ello la tolerancia socialmente admitida no es uniforme sino que varía en atención a las particularidades de cada servicio público. En materia sanitaria, el perímetro del “*riesgo socialmente tolerado*” está perfilado por la “*lex artis*”. Se trata de un servicio público en el que el riesgo está indisolublemente ligado a los beneficios de una eventual curación. La sociedad no tolera un riesgo a cambio de nada. Aunque la “*lex artis*” tiene habitualmente la función de establecer o excluir el nexo causal, según las particulares circunstancias del caso puede servir también para delimitar el ámbito objetivo de la imputabilidad.

La posibilidad de estar enfermo es un “*riesgo general*” y la asistencia sanitaria implica “*riesgos inherentes*” al servicio hospitalario, pero la sociedad no exige la garantía del éxito de todos los actos médicos. De la asistencia sanitaria resulta una obligación de actividad diligente y no de un resultado garantizado. No se tiene derecho a ser resarcido cuando “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” (artículo 141.1 de la Ley 30/1992). Según afirma el dictamen de 19 de diciembre de 2002 (576/2002):

“La denominada “lex artis” implica tomar en consideración el caso concreto en que se produce la actuación o intervención médica y las circunstancias en que se desarrolla, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del acto médico, así como otros aspectos, entre ellos, los medios y la organización sanitaria, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica médica normal exigida”.

Distinta es la situación en el servicio público docente; a efectos de fijar el margen de tolerancia, tiene interés lo expresado en el dictamen de 12 de septiembre de 2002 (número 418/2002):

“Del contenido de los documentos e informes obrantes en el expediente puede deducirse que una alumna de algo más de 8 años de edad de un colegio público, sufrió daños en su dentadura al caer al suelo, como consecuencia de un empujón de otro alumno, cuando estaba formándose la fila para volver del recreo, y la alumna formaba parte de ella encabezándola. En relación con los hechos que han quedado probados, ninguna circunstancia pone de relieve que los alumnos estuvieran realizando una actividad especialmente peligrosa, o cuyos riesgos no estén socialmente admitidos. Tampoco se ha acreditado que el profesorado introdujera o tolerara elementos de peligrosidad en la conducta de los menores; que aquel percance hubiera podido evitarse por el profesorado”.

La práctica del fútbol entraña un cierto riesgo que es socialmente tolerado, y por ello las lesiones sufridas como consecuencia de los normales lances del juego no son objetivamente imputables a la Administración Pública. Así sucede, por ejemplo, con el balonazo que recibe en la cabeza un alumno cuando jugaba al fútbol durante el recreo, caso al que se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2002. El desgraciado resultado de la muerte del menor como consecuencia de un balonazo no es imputable a un riesgo inherente al servicio docente. Es un riesgo que sólo se puede eliminar prohibiendo a los escolares la práctica del fútbol.

bol; es un riesgo deportivo que está dentro de los estándares socialmente admitidos y tolerados. Afirma el Tribunal Supremo en esa Sentencia que no sería razonable la decisión de prohibir la práctica del fútbol por su supuesta peligrosidad. No difiere esa línea argumental de la desarrollada por este Consejo Jurídico en el dictamen de 16 de mayo de 2002 (número 229/2002):

“La educación física y la práctica deportiva constituyen una imposición legal y constitucional, tanto para la Administración Pública como para los alumnos de centros educativos, por lo que ambas partes tienen que aceptar los efectos que naturalmente deriven de su desarrollo, siempre que ésta se desenvuelva dentro de los cánones ordinarios o socialmente admitidos. Si ello es así, las lesiones físicas o los desperfectos en elementos materiales, que se produzcan en la práctica del deporte, gimnasia o juego, serán, en principio, por cuenta de quien los sufra, lo que no impide que, en determinados supuestos, deba responder la Administración.

En el presente supuesto, se estima acreditado que la caída de la alumna resulta atribuible a ella misma, pues se produjo sin que mediara la actuación de ningún tercero, o resultara relevante el estado de las instalaciones escolares, sin que tampoco se haya acreditado que el juego de cacos i policies a que jugaban los menores tuviera componente de riesgo relevante alguno”.

Los lances del juego son riesgos socialmente tolerados, siempre y cuando se respeten y cumplan las reglas de la actividad física o del deporte que se practica; en ese sentido se pronuncia el dictamen de 7 de noviembre de 2002 (número 489/2002):

“...los hechos se desarrollaron durante la actividad de recreo y cuando el alumno ... se encontraba jugando en el patio con otros compañeros al fútbol, sin que dicha actividad deportiva merezca, en principio, la consideración de un juego peligroso o de riesgo, sino más bien un deporte propio y habitual en los niños y alumnos de los centros educativos”.

Tanto la dualidad de regímenes como la falta de transparencia de la *Consellería* respecto a este Consejo Jurídico Consultivo justifican que en esta Memoria se haga una reflexión al respecto.

2.-El fundamento económico de la suscripción de una póliza de seguro por la Administración Pública.

Prescindiendo por el momento de consideraciones jurídicas y desde una perspectiva estrictamente económica, la finalidad que se persigue al suscribir una póliza de seguro de responsabilidad es proteger un interés específico: la subsistencia o suficiencia de un patrimonio.

Es decir, la causa económica que fundamenta la celebración de ese contrato mercantil es el peligro de insolvencia o de simples dificultades financieras, el temor de no poder atender puntualmente al pago de todas las indemnizaciones con el propio patrimonio. Se trata de eliminar la incertidumbre de verse obligado a pagar un resarcimiento a título de responsabilidad que por su cuantía puede desequilibrar las cuentas públicas; se sustituye esa incertidumbre por el pago de una prima.

O por decirlo en otros términos, de forma cautelar se protege el daño que puede llegar a sufrir la Hacienda de la *Generalitat Valenciana* cuando no pueda hacer frente al pago de una indemnización por haber incurrido en responsabilidad patrimonial. En definitiva, que la Administración Pública concierte una póliza es un hecho que puede ser interpretado como una confesión del riesgo de efectiva subsistencia del patrimonio de esa Administración.

Desde esta perspectiva económica no es clara la legitimidad de la opción de decantarse por una póliza de “*aseguramiento*” en lugar de mantener el régimen tradicional de “*autoaseguramiento*” propio de unas Administraciones Públicas que, en línea general de principio, siempre tendrán recursos económicos propios suficientes para atender al pago de las indemnizaciones. Es decir, la premisa de la que parte la concertación de la póliza por una Administración Pública está fuera del contexto económico en el que vivimos, pues no es imaginable una situación de crisis patrimonial en la que no sea posible atender al pago de las obligaciones vencidas, líquidas y exigibles.

Como pura hipótesis abstracta, ese escenario de crisis patrimonial sólo es imaginable en el contexto de una gran catástrofe o calamidad pública. Pero sucede que esos siniestros catastróficos tienen un régimen jurídico

propio y distinto al de la responsabilidad patrimonial en sentido estricto; mientras que la respuesta que ofrece el ordenamiento a esas grandes catástrofes se fundamenta en el principio social de la solidaridad, el régimen de responsabilidad patrimonial en sentido estricto se apoya en el principio jurídico de la equidad.

Otra excepción puede surgir de la desproporción entre los riesgos creados por una Administración y su solvencia económica para hacer frente a la indemnización de los eventuales siniestros, situación que no es insólita en el ámbito de la Administración Local, o por ser más precisos en el caso de pequeños Ayuntamientos que tienen un Presupuesto exiguo, que puede devenir insuficiente para atender al pago de las indemnizaciones. Éste es el único supuesto límite en el que la concertación de una póliza de seguro tiene fundamento económico adecuado y suficiente. Esa misma conclusión no es trasladable ni a las Diputaciones Provinciales, ni a las Comunidades Autónomas; tampoco al Estado.

Respecto a la imposición a los Ayuntamientos de la obligatoria concertación de una póliza de seguro como requisito habilitante para el ejercicio de ciertas actividades de riesgo, la experiencia práctica no permite afirmar con rotundidad el éxito de esa opción. Debe añadirse que en España no se han estudiado otras alternativas, como la ensayada en Francia y Alemania, que consiste en promover entre esas Administraciones Locales una suerte de mutualismo, de forma que los propios Ayuntamientos establezcan una cobertura recíproca de sus riesgos (que en nuestra Comunidad Autónoma podría contar con la fundamental asistencia y cooperación de las Diputaciones Provinciales, y el impulso de la Federación Valenciana de Municipios y Provincias).

3.-La reserva de Ley y el fundamento legal de la suscripción de una póliza de seguro.

Del fundamento económico procede pasar ahora al examen de la justificación jurídica. La opción entre el “*autoaseguramiento*” por la vía de la responsabilidad patrimonial o el “*aseguramiento*” con fundamento en la suscripción de una póliza de seguro, puede tener su justificación en muy diversas razones. Podrá haber motivos económicos o presupuestarios, o podrá deberse a la mayor eficacia administrativa o la mayor celeridad en satisfacer al lesionado una compensación económica. En cualquier caso, la elección general por un modelo u otro, o la combinación de ambos limi-

titución reserva a la Ley (como la contenida en el artículo 75 de la Ley de Contrato de Seguro de 1980), esa reserva de Ley alcanza también a la obligatoria concertación de una póliza de seguro por la Administración Pública, según resulta del dictamen de 14 de noviembre de 2002 (número 501/2002, relativo al proyecto de Decreto por el que se regula la Norma-Marco sobre estructura, organización y funcionamiento de los Cuerpos de Policía Local de la Comunidad Valenciana):

“Dicho precepto pretende introducir, por vía reglamentaria, la obligación, para todos los Ayuntamientos de la Comunidad Valenciana, de suscribir una póliza de seguros para los supuestos que se han citado, lo cual se estima vulnera la autonomía de las Corporaciones locales, que deben gozar de libertad para hacer frente a los citados gastos de la forma que estimen oportuna (...).

Cabe recordar además que la imposición a la Administración de la obligatoriedad de suscribir una póliza de seguro debe estar expresamente prevista en una Ley, por ser una materia reservada a normas con rango, valor o fuerza de Ley”.

Una primera aproximación a la experiencia práctica de concertación de pólizas de seguro por las Administraciones Públicas debe partir forzosamente de la comprobación del efectivo respeto y cumplimiento de ese marco constitucional. Pues bien, desde esa perspectiva no es aventurado cuestionar si las Cortes Generales tuvieron en cuenta el artículo 106.2 de la Constitución cuando se dictó la Ley del Contrato de Seguro de 1980 y se hizo la referida remisión en blanco, o si por contra ese precepto constitucional que establece una reserva material de Ley no estaba en el horizonte de los intereses que el Legislador pretendió satisfacer con la Ley de Contrato de Seguro de 1980.

4.-La obligación de tramitar el procedimiento de responsabilidad persiste cuando se suscribe una póliza de seguro.

En cualquier caso, dejando ya al margen el examen del fundamento económico y jurídico, y teniendo en cuenta la función institucional propia de esta Memoria, lo que interesa poner de relieve es que la suscripción de una póliza de seguro no obsta que la Administración Pública deba tramitar

el procedimiento de responsabilidad patrimonial hasta dictar resolución expresa, previa consulta a este Consejo.

Cuando el paciente de la asistencia sanitaria presenta una reclamación, la legitimación pasiva no corresponde a la compañía aseguradora sino a la Administración Pública; en ese sentido se pronuncia el dictamen de 20 de junio de 2002 (número 299/2002):

“En cuanto a la responsabilidad de la Federación de Vela de la Comunidad Valenciana, ésta no intervino, obvio es decirlo, en la asistencia sanitaria prestada. El hecho de que aquella tenga suscrito un seguro que eventualmente pueda cubrir parcialmente la indemnización por unos hechos como los que aquí se reclaman podría tener incidencia respecto de la obligación de pago de la indemnización que pudiera acordarse por la compañía aseguradora al beneficiario del seguro; pero sin que ello tenga incidencia respecto de la legitimación pasiva en una reclamación de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios sanitarios autonómicos”.

El contenido obligacional que asume la compañía aseguradora en virtud de la póliza se refiere a una obligación de pago de una cantidad dineraria; en cambio, no alcanza a la asunción de la responsabilidad patrimonial; la póliza no altera la imputación a la persona jurídica responsable; lo que modifica es el sujeto que finalmente debe soportar el efecto económico, que deja de ser la Administración y pasa a ser la compañía aseguradora. Así lo ha entendido este Consejo en su dictamen de 7 de febrero de 2002 (número 68/2002):

“Debe advertirse que no es dable, tal como se pretende por el órgano instructor en el nº 5 de su propuesta, que en la Resolución se consigne que “en base a la póliza de seguros suscrita con la Compañía de Seguros ... el montante indemnizatorio que debe pagar la Consellería de Sanidad será abonado por dicha Compañía de Seguros”, pues, con independencia de que la expresada Mercantil no ha sido oída en el procedimiento, ni es parte interesada en él, al administrado quien tiene que indem-

Reglamento de procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, y así lo afirma el Preámbulo del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba ese Reglamento:

“Obviamente, el acuerdo de terminación convencional no puede incluir, como tal acuerdo con un particular, ningún tipo de transacción sobre la existencia o no de relación de causalidad o de reconocimiento pactado de la responsabilidad de las Administraciones públicas, sino limitarse a la determinación de la cuantía y el modo”.

En esa misma línea general de principio cabe recordar que los acuerdos que se suscriban para terminar convencionalmente un procedimiento administrativo no pueden suponer una alteración “de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos” (artículo 88.4 de la Ley 30/1992).

Como el contenido de la póliza se ciñe a la obligación de pago de una indemnización o resarcimiento económico, no desplaza ni elimina la obligación que sigue pesando sobre la Administración de tramitar un procedimiento que desemboca en una declaración principal y otra accesoria. La declaración principal se refiere a la existencia o inexistencia de responsabilidad patrimonial, que lleva implícito el reconocimiento del derecho público subjetivo a percibir un resarcimiento. Sólo cuando se declara esa responsabilidad y se reconoce el derecho subjetivo, procede formular la declaración accesoria y pronunciarse sobre el alcance económico de la indemnización.

Pues bien, si la declaración principal es favorable y la accesoria está dentro del ámbito de cobertura de la póliza, es a partir de ese momento cuando se actualiza la obligación contractual asumida por la compañía de seguros. Antes de ese momento procesal no debe surtir efectos la acción directa que el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro atribuye al lesionado. La Ley 30/1992 es posterior en el tiempo a la Ley de Contrato del Seguro de 1980, por lo que cabe interpretar que, en relación a las Administraciones Públicas, la Ley 30/1992 modula y matiza la posibilidad de ejercer la acción directa.

pecto a los funcionarios que por negligencia grave o dolo hubieran causado el resultado lesivo, y en su caso el ejercicio de la potestad disciplinaria.

Cuando la causa del resultado lesivo es el mal funcionamiento de la Administración, el procedimiento encaminado a examinar la eventual responsabilidad tiene una función irrenunciable como garantía de la eficacia administrativa y del correcto funcionamiento de los servicios públicos. El procedimiento permite detectar qué es lo que no funciona o funciona mal, qué actividad o actividades administrativas hay que enmendar o corregir. La función institucional del procedimiento puede ser la depuración de las responsabilidades en que hayan podido incurrir los servidores públicos. En ese contexto cobra todo su sentido funcional la previsión contenida en el artículo 74 del Reglamento de este Consejo Jurídico Consultivo:

“Cuando el Consejo aprecie la necesidad de apercibimiento, corrección disciplinaria, incoación o averiguación de responsabilidades de empleados públicos, lo hará constar mediante la fórmula “acordada”, en forma separada al cuerpo del dictamen”.

Pues bien, la eventual aplicación de ese precepto queda eliminada de raíz cuando el procedimiento termina de forma anticipada a la previa y preceptiva consulta a este Consejo, por el simple desistimiento del reclamante que acepta la propuesta que le formula la compañía de seguros.

No siempre cabe terminar el procedimiento en virtud del simple desistimiento del reclamante. Conforme a lo establecido en el artículo 91.3 de la Ley 30/1992, no obstante el desistimiento del interesado la tramitación del procedimiento debe continuar hasta que se dicte resolución expresa porque es de interés público supervisar y fiscalizar el correcto funcionamiento de los servicios públicos, y para ello es preciso esclarecer qué ha sucedido y declarar la existencia o inexistencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Conforme al citado artículo 91.3 de la Ley 30/1992:

“Si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar

los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento”.

La resolución que pone fin al expediente no está sujeta al principio de congruencia en los mismos términos que lo está una Sentencia judicial. La resolución no sólo decide las cuestiones planteadas por los interesados en el procedimiento, sino también “*aquellas otras derivadas del mismo*” (artículo 89.1 Ley 30/1992), y durante la tramitación del procedimiento se puede haber descubierto o constatado un mal funcionamiento que es contrario a la recta satisfacción de los intereses generales, y que por tanto debe ser corregido para evitar que se vuelva a producir. Esta función pública institucionalmente cumplida por la completa tramitación del procedimiento, no es adecuadamente satisfecha cuando se da por terminado el procedimiento archivándose las actuaciones despachadas, porque el lesionado desiste de su acción resarcitoria al saber cuándo y cuánto le va a pagar la compañía aseguradora.

La *Generalitat Valenciana* carece de competencias para establecer el régimen material o sustantivo de la responsabilidad patrimonial. En cambio, desde la perspectiva estrictamente procedimental, no hay obstáculos jurídicos que impidan a una Comunidad Autónoma añadir algún trámite que complemente el procedimiento establecido en el Reglamento de 26 de marzo de 1993. Respetando en su integridad las garantías procedimentales fijadas en ese Reglamento estatal, nada obsta que la Comunidad Autónoma añada algún trámite encaminado a salvaguardar los intereses generales cuya satisfacción tiene encomendada la *Generalitat Valenciana*. En ese sentido, el Gobierno Valenciano puede aprobar un Reglamento que establezca que, no obstante el desistimiento del interesado, la Administración continuará la tramitación siempre que el procedimiento se refiera al mal funcionamiento o la inactividad de la Administración.

Sin perjuicio de la eventual conveniencia u oportunidad de esa iniciativa normativa, hay que concluir que la concertación de una póliza de seguro en ningún supuesto elimina la preceptividad de la consulta a este Consejo Jurídico en todas las reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios a título de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

orográfico que ahora pretende probar mediante los documentos que aporta, cuando pudo hacerlo entonces, por lo que no procede tomarlos en consideración a los efectos del artículo 118.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

B) ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DEL CONSEJO JURÍDICO CONSULTIVO.

En ese contexto se suscita cuál es el alcance de la intervención de este Consejo Jurídico Consultivo, bien limitarse a examinar y en su caso constatar la eventual concurrencia de una de esas causas de revisión, o si una vez declarada la existencia de una de tales causas procede entrar a examinar el fondo de la cuestión deducida. Del dictamen de 5 de diciembre de 2002 (número 549/2002), se infiere que, con frecuencia, no es posible determinar la efectiva concurrencia de las causas de revisión 1ª y 2ª sin entrar a examinar el fondo de la cuestión:

“Ahora bien, no basta con la aparición de documentos que evidencien un error, ya que la ley exige que esos documentos tengan carácter esencial. Para determinar si un concreto documento merece o no la calificación de esencial, resulta forzoso entrar en el examen de la cuestión de fondo. Para que proceda, en consecuencia, la estimación del recurso extraordinario de revisión, los documentos que aporta la interesada deberían acreditar que, de haber sido conocidos, el sentido de la resolución hubiera sido distinto al que se adoptó”.

La calificación sobre el carácter esencial o accidental del documento lleva implícito el examen de la cuestión de fondo, pues tendrá tal carácter esencial cuando conduciría a adoptar una resolución de signo distinto; así se infiere del dictamen de 9 de abril de 2002 (número 149/2002):

“... la nota de valor esencial exigida en el precitado artículo pretende excluir aquellos documentos que, aún habiendo sido conocido su contenido por la Administración al dictar el acto, no habrían supuesto la resolución distinta de la dictada. Los documentos aportados adquieren importancia desde la perspectiva

del recurso de revisión cuando sirven directamente para demostrar que el acto recurrido hubiera sido distinto si tal documento hubiese obrado en el expediente (hubiese sido conocido por la Administración autora del acto) ya que habría modificado la situación conocida en aquel momento. Los documentos deben evidenciar el error en la resolución recurrida, por lo que la resolución impugnada debería haber sido necesariamente distinta a la adoptada”.

En iguales términos se pronuncia el dictamen de 23 de mayo de 2002 (número 236/2002). En definitiva, según las particulares circunstancias de hecho a las que se refiere el recurso extraordinario de revisión y cuál sea la causa en que se fundamente, el dictamen de este Consejo puede verse obligado a pronunciarse sobre la cuestión de fondo objeto del recurso.

VIII RECAPITULACIÓN

La finalidad esencial a la que están encaminadas las anteriores observaciones es contribuir al asentamiento de criterios uniformes en la aplicación e interpretación de las normas que regulan aquellas materias que generan mayor número de consultas (responsabilidad patrimonial, reglamentos ejecutivos, recurso extraordinario de revisión). Las sugerencias están enderezadas a la mejor satisfacción por la *Generalitat Valenciana* de los intereses generales.