



CONSELL JURÍDIC CONSULTIU DE LA COMUNITAT VALENCIANA

MEMÒRIA DE 2002

*Que el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana
eleva al Govern Valencià, en compliment del que disposa
l'article 77 del seu Reglament, aprovat pel Decret 138/1996, de 16 de juliol*

PRIMERA PART
EXPOSICIÓ DE L'ACTIVITAT DEL
CONSELL JURÍDIC CONSULTIU
DE LA COMUNITAT VALENCIANA
DURANT L'ANY 2002

IV. Classificació dels dictàmens per matèries

| | |
|---|-----|
| Consultes preceptives <i>(art. 10 Llei 10/1994)</i> | |
| Avantprojectes de lleis (art. 10.2) | 17 |
| Projectes de decrets-legislatius (art. 10.3) | 0 |
| Projectes de reglaments o disposicions de caràcter general (art. 10.4) | 38 |
| Convenis de cooperació entre la Generalitat Valenciana i altres comunitats autònomes (art. 10.6) | 0 |
| Indemnització de danys i perjuís (art. 10.8.a) | 481 |
| Revisió d'ofici d'actes administratius (art. 10.8.b) | 19 |
| Contractes administratius (art. 10.8.c) | 12 |
| Declaració caducitat concessió administrativa (art. 10.8.d) | 1 |
| Modificació dels plans d'urbanisme, les normes complementàries i subsidiàries i els programes d'actuació que tinguen per objecte una diferent zonificació o ús urbanístic de les zones verdes o dels espais lliures previstos (art.10.8.e) | 8 |
| Recursos extraordinaris de revisió (art. 10.8.g) | 10 |
| Qualsevol altra matèria, competència de la Generalitat Valenciana o de les administracions locals radicades a la Comunitat Valenciana, respecte de les quals les lleis estableixen l'obligació de demanar el dictamen (art. 10.10) | 3 |
| Consultes facultatives <i>(art. 9 Llei 10/1994)</i> | |
| Exp. 154/2002 relatiu a la proposta de normes bàsiques d'instal·lacions interiors d'aigua de la Comunitat Valenciana, juntament amb informe elaborat per l'Àrea Jurídica de la Conselleria, a fi que per este Consell es dictamine sobre la competència de la Generalitat Valenciana per a dictar la mencionada norma | 1 |
| Exp. relatiu a la necessitat de resoldre els procediments iniciats i donar resposta als sol·licitants d'adopció: adopció individual exp. incoat condició homosexual del sol·licitant i adopció individual exp. incoat sol·licitant manté relació estable amb una altra persona del mateix sexe | 1 |

Té interès reproduir a continuació un quadro que permeta conèixer en quines matèries es produïx la discrepància entre el criteri del Consell Jurídic Consultiu i el de l'autoritat consultant.

| <u>MATÈRIA</u> | <u>ASSUMPTE</u> | <u>DICTAMEN</u> |
|------------------------------------|--|-----------------|
| <i>Responsabilitat patrimonial</i> | <i>Formulada per la Sra. A , per descuit en l'assistència mèdica que se li va prestar en la intervenció que se li va practicar</i> | 087/2002 |
| <i>Responsabilitat patrimonial</i> | <i>Formulada pel Sr. J., per les lesions sofrides en una carretera dependent de la Generalitat Valenciana</i> | 164/2002 |
| <i>Responsabilitat patrimonial</i> | <i>Formulada per la Sra. V., per danys sofrits i seqüeles derivats d'una intervenció</i> | 178/2002 |
| <i>Responsabilitat patrimonial</i> | <i>Formulada pel Sr. J., per possible contagi de l'hepatitis C</i> | 189/2002 |
| <i>Responsabilitat patrimonial</i> | <i>Formulada pel Sr. A., per l'assistència sanitària rebuda</i> | 219/2002 |
| <i>Responsabilitat patrimonial</i> | <i>Formulada per la Sra.A., en nom del seu fill J., per ruptura d'ulleres a causa d'una discussió amb un company durant la recreació</i> | 220/2002 |
| <i>Responsabilitat patrimonial</i> | <i>Formulada per la Sra. M. D., per ruptura de la muntura de les ulleres</i> | 226/2002 |
| <i>Responsabilitat patrimonial</i> | <i>Formulada per la Sra. S., per danys en la indumentària en l'horari de menjador</i> | 242/2002 |
| <i>Responsabilitat patrimonial</i> | <i>Formulada per la Sra. T., per ruptura de la muntura de les ulleres per un company a l'eixida de classe</i> | 251/2002 |
| <i>Responsabilitat patrimonial</i> | <i>Formulada pel Sr. V., per contagi per VHC, després d'una intervenció quirúrgica oftalmològica</i> | 345/2002 |
| <i>Responsabilitat patrimonial</i> | <i>Formulada pel Sr. S., per ruptura d'ulleres en classe d'Educació Física</i> | 347/2002 |
| <i>Responsabilitat patrimonial</i> | <i>Formulada per la Sra. E., en nom d'A., amb motiu dels danys sofrits jugant en el pati del Col·legi</i> | 429/2002 |
| <i>Responsabilitat patrimonial</i> | <i>Formulada per la Sra. M., com a conseqüència d'una frenada de l'ambulància en què era traslladada per a rehabilitació</i> | 434/2002 |
| <i>Responsabilitat patrimonial</i> | <i>Formulada pel Sr. M., per defectuosa assistència sanitària</i> | 450/2002 |
| <i>Responsabilitat patrimonial</i> | <i>Formulada pel Sr. F. i la Sra.C., amb motiu de les lesions i seqüeles que va patir el seu fill durant el part</i> | 472/2003 |

24.07.02

Presa de possessió del nou President de la Generalitat Molt. Hble. Sr. José Luis Olivas Martínez, acte a què van assistir el President i el Conseller Sr. Garrido

12.09.02

Presa de possessió del Delegat del Govern a la Comunitat Valenciana Excm. Sr. Juan-Gabriel Cotino Ferrer. Van assistir el President, els consellers i el Secretari General.

24.09.02

Presentació de la Memòria del Consell Jurídic i de la seua Doctrina Legal corresponents a l'any 2001.

La presentació de la Memòria va tindre lloc en la seu del Consell, i va ser presidida pel Molt Hble. President Sr. José Luis Olivas.

Conferència "Claus per al progrés de la Comunitat Valenciana" organitzada pel club de trobada Manuel Broseta a què assistix el President del Consell.

Obertura del curs acadèmic de la Universitat de València a què assistix el President.

30.09.02

El Conseller Vicente Garrido assistix a l'acte d'obertura del curs acadèmic en la Universitat Internacional Menéndez Pelayo de València.

07.10.02

Inauguració de la nova seu de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de València, a la qual van assistir els consellers Sr. Miguel Mira, Sr. Vicente Cuñat i Sr. Vicente Garrido.

09.10.02

Acte institucional en el Palau de la Generalitat i posterior recepció en el Monestir de Sant Miquel dels Reis, amb motiu del 9 d'Octubre. Assistixen el Sr. Miguel Mira, el Sr. Vicente Cuñat i el Sr. Vicente Garrido.

17 i 18.10.02

Amb assistència dels consellers el Sr. Miguel Mira, el Sr. Vicente Cuñat, el Sr. Vicente Garrido i el Secretari General es van celebrar les IV Jornades de la funció consultiva organitzades pel Consell Consultiu de La Rioja.

29.10.02

Acte de lliurament del Premi Rei Jaume I a la Llotja de València, davall la presidència de S.A.R. la Infanta la Sra. Cristina. Van assistir el Sr. Miguel Mira i el Sr. Vicente Garrido i el Secretari General el Sr. David Blanquer.

SEGONA PART
OBSERVACIONS I SUGGERIMENTS

la Llei 5/1983, de 30 de desembre (de Govern Valencià) i el Text Refós de la Llei d'Hisenda Pública de la Generalitat Valenciana (aprovat pel Decret Legislatiu de 26 de juny de 1991). És a dir, la regulació de l'anomenada Administració Institucional únicament s'aborda de forma parcial des de la perspectiva pressupostària, igual que succeïx a Galícia o el País Basc.

Davant d'eixe panorama, i tenint en compte el temps transcorregut des de l'aprovació de l'Estatut d'Autonomia, s'arriba a la conclusió que la regulació institucional de l'estructura organitzativa i el funcionament de l'Administració autonòmica no ha aconseguit encara el grau de desenvolupament que correspon a la Comunitat Valenciana. Per això se suggerix elaborar un Avantprojecte de Llei, en el qual de forma conjunta s'incloga un contingut semblant o similar al que a les Illes Balears tenen la Llei 3/2003 (de Règim Jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma), i la Llei 3/1989 (normes reguladores de les Entitats Autònomes i Empreses Públiques).

Eixa reflexió fins ara centrada en l'Administració Pública de la Comunitat Autònoma, ha d'estendre's també a les entitats integrants de l'Administració Local. Al suggeriment sobre la institucionalització administrativa de la Comunitat Valenciana cal afegir la relativa a la regulació de l'Administració Local, perquè en l'actualitat la Generalitat Valenciana és una de les poques Comunitats que no ha dictat una llei que amb caràcter general i sistemàtic desplegue l'estatal Llei 7/1985, de 2 d'abril. No cal oblidar que les previsions estatutàries en matèria d'Administració Local no estan íntegrament desplegades (articles 44 a 47 de l'Estatut d'Autonomia).

En definitiva, constituïria un pas capital en l'esdevindre històric de la Generalitat Valenciana la institucionalització completa i acabada no sols del Govern sinó també de la seua Administració Territorial i Institucional, així com de les entitats integrants de l'Administració Local.

ra o contractats laborals fixos), que quan la incorporació és provisional (interins).

No es pot culminar el procés d'institucionalització quan una part considerable dels servidors públics s'incorporen a l'Administració com a interins. La major o menor elasticitat o rigor en les proves de selecció són factors clau per a concloure quants escalons s'han ascendit en l'escala de la institucionalització de l'ocupació pública. En relació al que disposa el Text Refós de la Llei de la Funció Pública Valenciana (aprovat per Decret Legislatiu de 24 d'octubre de 1995), no és homogeni l'esforç requerit per a ingressar per haver superat unes “*proves selectives*” (funcionaris de carrera; article 3.1 del Text Refós), que la suficiència que basta per a accedir a l'ocupació pública per reunir els “*requisits indispensables*” (funcionaris interins; article 5.2 del Text Refós).

La duració màxima de la provisió de llocs de treball per mitjà de comissions de servici i de l'ocupació dels funcionaris interins s'ha anat acurtant tant en la normativa estatal com en l'autonòmica. En l'estat, la Llei 24/2001, de 27 de desembre (mesures fiscals, administratives i de l'ordre social) disposa que, en tot cas, les places ocupades per funcionaris interins nomenats per raons de necessitat i urgència hauran d'incloure's en l'oferta d'ocupació públic immediatament posterior a la permanència d'un any de l'interí en el seu lloc, a excepció de les places ocupades per interins per a substituir a funcionaris amb dret a reserva del lloc de treball. A la Comunitat Valenciana, d'acord amb el que estableix l'article 33.3 del Reglament (aprovat pel Decret 33/1999, de 9 de març):

“Les comissions de servici voluntàries en llocs de treball no reservats legalment, tindran una duració màxima d'un any, prorrogable per un any més. Els dits llocs hauran de ser convocats en el termini màxim de dos anys per a la seua provisió pels procediments de concurs o de lliure designació, segons corresponga, llevat que això ho impedisquen raons d'ordre legal o reglamentari, o per trobar-se pendents del resultat d'un procediment judicial”.

A l'aplicació d'eixe precepte es referix la Sentència de la Sala contenciosa administrativa del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana de 4 de desembre del 2002, en què es constata que el de funciona-

pública, i pot generar-se la responsabilitat patrimonial de l'Administració pels danys i perjudis derivats de la inactivitat administrativa. A un d'eixos casos es referix el dictamen de 18 d'abril del 2002 (número 163/2002):

“De la relació cronològica realitzada anteriorment es dedueix que s'ha produït un funcionament anormal del servici públic de selecció de personal funcionari, perquè no s'ha atés el que preveu la legislació de Funció Pública Valenciana, sense que existisca cap circumstància justificada excloent de la seua responsabilitat.

El transcurs excessiu del termini establert en l'article 9.1.b) citat, per inactivitat de l'Administració, suposa la vulneració de distints preceptes del nostre ordenament, partint del bàsic –per la seua naturalesa i caràcter fonamental- article 47 de la Llei 30/92, que estableix que els termes i terminis establits obliguen les autoritats i personal al servici de les administracions públiques. Per això pot establir-se, coincidint amb els informes que consten en l'expedient, una relació de causalitat entre el funcionament del servici públic i l'eventual dany”.

La inactivitat formal de l'Administració en el puntual nomenament dels funcionaris que han superat el corresponent procés de selecció pot ser causa generadora de responsabilitat patrimonial. Així succeïx quan sobrepasant els estàndards de qualitat exigibles al funcionament normal de l'Administració, es crea un retard que manca de justificació objectiva, racional i raonable; en eixe sentit es pot mencionar el dictamen de 2 de maig del 2002 (número 199/2002):

“... este Òrgan consultiu estima l'existència de responsabilitat, en no concórrer cap circumstància que justifique l'absència de nomenament com a funcionaris del Grup A dels reclamants, en el termini legalment establert. La pròpia Administració reconeix que el nomenament es va produir dos anys, nou mesos i tretze dies després de finalitzat el termini màxim de sis mesos que preceptua l'article 9.1.b) del Text Refós de la Llei de la Funció Pública Valenciana, i que la causa del retard no és imputable als interessats”.

Valenciana no és fruit d'un disseny unitari i sistemàtic, tampoc d'un pla estratègic en la gestió dels recursos humans, sinó el resultat de la necessitat d'atendre contingències aïllades i sobrevingudes.

Un exemple del que es vol expressar és el Cos d'Inspectors de Tributs de la Generalitat, creat per la Llei 14/1997, de 26 de desembre (de Mesures de Gestió Administrativa i Financera i d'organització de la Generalitat Valenciana). Este cos correspon al Grup A de titulació, i l'ingrés es produïx pel sistema d'oposició lliure entre els quals es troben en possessió del títol de Llicenciat en Dret o en Economia o en Administració i Direcció d'Empreses.

Un altre exemple és el Cos de Lletrats d'este Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana. Després de la reforma de l'any 1997, l'article 18.1 de la Llei 10/1994 passa a tindre el següent contingut: "Es crea el Cos de Lletrats del Consell Jurídic Consultiu, corresponent al grup A de titulació, per a ingressar en el qual és imprescindible la possessió del títol de Llicenciat en Dret i la superació de les proves selectives i específiques corresponents".

Una vegada descrita succintament la vigent situació dels cossos especials, segons el parer d'este Consell Jurídic resulta indicat crear nous cossos especials perquè certs llocs de treball queden reservats en exclusiva als funcionaris de carrera integrats en estos, i és oportuna i convenient la seua potenciació en alguna parcel·la d'activitat concreta de la Generalitat Valenciana.

És un fet contrastat per l'experiència històrica que un dels mètodes més eficaços per a enrobustir la institucionalització del sector públic és la potenciació del rigor en la selecció dels funcionaris que assessoren en Dret a l'Administració Pública. Són ja diverses les comunitats autònomes que per mitjà de Llei han creat cossos especials o escales de funcionaris de carrera que tenen per missió l'assessorament jurídic a la Comunitat Autònoma. Així succeïx a Castella-La Manxa, Castella i Lleó, Comunitat de Madrid o Catalunya on es disposa el següent:

"Es crea el Cos d'Advocats de la Generalitat de Catalunya, en el qual s'ingressa per mitjà del sistema d'oposició lliure entre llicenciats en dret. Les proves d'accés han de basar-se en un temari que ha d'exigir coneixements aprofundits en totes les

En l'àmbit estatal eixe ús parlamentari de les lleis d'acompanyament té el seu primer exemple en la Llei 22/1993, de 29 de desembre, i en l'àmbit de la Generalitat Valenciana en la Llei 12/1994, de 28 de desembre. La seqüència cronològica és transparent: 1992 (Sentència Tribunal Constitucional), 1993 (Llei estatal d'acompanyament), 1994 (Llei valenciana d'acompanyament).

Els efectes jurídics d'eixe nou hàbit parlamentari són clarament pertorbadors. No s'ha resolt el problema d'inseguretats jurídica sinó que se n'ha canviat la ubicació (les lleis de pressupostos comencen a tindre un límit material, que en canvi encara no és exigida a les lleis d'acompanyament). No obstant això, eixa situació és purament transitòria, perquè com seguidament es veurà, amb el temps també s'exigirà a les lleis d'acompanyament el respecte d'alguns límits materials que permeten fer efectiu el principi de seguretat jurídica.

L'aparició d'esta nova tipologia de normes amb rang i valor de llei anomenades d'acompanyament, ha sigut criticada uniformement per distintes institucions públiques que posen de manifest la seua col·lisió amb el principi de seguretat jurídica garantit per l'article 9.3 de la Constitució. En eixe sentit s'han manifestat, en l'àmbit estatal, el Consell General del Poder Judicial, el Consell Econòmic i Social o el Consell d'Estat. Així, per exemple, el dictamen del Consell d'Estat de 3 d'octubre de 1996, expressa el següent respecte a la Llei d'Acompanyament:

“Raons de seguretat jurídica i de bona tècnica legislativa aconsellen que totes les normes, i molt en especial aquelles que tenen rang de Llei, nasquen al si propi de la matèria que és objecte de regulació, i visquen dins d'esta fins que siguen substituïdes per altres. Resulta pertorbador per als destinataris del Dret objectiu -mai excusats del compliment de les lleis- que la producció normativa quede reduïda a una tasca formal, a la mera utilització d'un procediment en què no es tinga en compte la necessària homogeneïtat d'uns preceptes amb altres, dins de l'ordenament”.

El Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana també ha recomanat un ús prudent i morigerat d'eixe instrument normatiu, perquè de

No obstant això, es preveu la regulació de certes matèries la relació de la qual amb la llei anual de pressupostos no és tan manifesta, com són l'actuació financera de les cooperatives amb secció de crèdit; carreteres; ports; fundacions; ordenació del comerç i superfícies comercials; el termini de tramitació i els efectes del silenci administratiu de certs procediments; i, finalment, el sistema de provisió de llocs directius en les institucions sanitàries dependents de la Conselleria de Sanitat”.

La raó que explica que en esta Memòria s'inclouga esta breu reflexió respecte a les Lleis d'Acompanyament és la Sentència dictada per la Sala Tercera del Tribunal Suprem el 27 de gener del 2003, que estableix límits materials a l'eventual contingut d'eixes normes:

“Esta Sala considera que l'abrupta introducció d'una matèria en les lleis d'acompanyament que pugua significar una modificació substancial de les normes que serien susceptibles de ser classificades en el concepte atípic de “Dret codificat” -dins del qual podrien incloure's, en una primera aproximació, les lleis orgàniques, principals o bàsiques i que constitueixen cap de grup dels distints sectors de l'ordenament-, pot ser susceptible de ser considerada com a contrària al principi de seguretat jurídica en el cas que no s'advertisca la justificació suficient per a introduir en la llei d'acompanyament una modificació legislativa l'eficàcia i certesa de la qual està en gran part subordinada a la seua consideració en relació amb la resta del sistema o subsistema en el qual pretén realitzar-se i els efectes del qual són susceptibles de projectar-se sobre un sector important de l'ordenament”.

De la citada Sentència s'inferix la importància capital de l'exposició de motius que ha d'elaborar el Govern Valencià i que es remet a les Corts al costat del projecte de llei d'acompanyament. Quan s'estiga en una zona de penombra i existisquen dubtes raonables sobre el respecte o eventual vulneració del principi de seguretat jurídica pel contingut de la llei d'acompanyament, ha d'extremar-se l'esforç per a introduir una “justificació suficient” en l'exposició de motius.

elàstics o ampliatoris. Aplicant la màxima “*inclusionis unius, exclusionis alterius*”, cal concloure que el dictamen d’este Consell és preceptiu respecte a tots els altres reglaments de contingut organitzatiu que es dicten en execució d’una norma amb rang, valor o força de llei (pel que pot tractar-se tant d’una llei aprovada per les Corts Valencianes, com d’un decret legislatiu aprovat pel Govern Valencià).

C) LA DISTINCIÓ ENTRE REGLAMENT EXECUTIU I REGLAMENT INDEPENDENT.

Per la seua relació amb la llei, és ja tradicional la classificació que diferencia el reglament “*secundum legem*” (també conegut com a reglament executiu d’una llei prèviament aprovada), del reglament “*praeter legem*” (hui anomenat reglament independent de qualsevol llei prèviament aprovada). No són independents de tot l’ordenament jurídic, però el seu fonament no consistix en una llei específica que amb caràcter previ regule la mateixa matèria. O per dir-ho en altres termes, els independents no són reglaments subordinats a una llei concreta sinó directament inordinats a la Constitució, a l’Estatut d’Autonomia i a la resta de l’ordenament jurídic.

Segons la Sentència del Tribunal Suprem de 30 de març de 1992, “no ha d’haver-hi inconvenient a definir el reglament independent com aquell que siga conseqüència de la potestat originària (o derivada directament de la Constitució) i que permeta, per això, omplir el buit legal que en un moment determinat pugua aparéixer”.

Tres són els traços que caracteritzen el reglament independent: a) formalment no és fruit d’una habilitació prèvia o remissió normativa del legislador al titular de la potestat reglamentària; b) materialment regula qüestions que no estan reservades a la llei; c) procedimentalment la seua aprovació no exigix el dictamen previ d’una institució consultiva de caràcter superior.

A diferència del que ocorre en el marc de la Constitució francesa de 1958, en el nostre ordenament jurídic no hi ha una “*reserva de reglament*”. L’article 37 de la Constitució francesa reserva al Reglament la regulació de determinades matèries de forma que la llei té vedada l’ordenació d’eixos àmbits materials. En no existir una subordinació jeràrquica del reglament a la llei, es podria pensar que la Constitució de la V República instaura la sobirania reglamentària, però el cert és que la jurisprudència ha declarat

emplenada o executada pel reglament; este és el reglament executiu, perquè encara que la terminologia utilitzada per les lleis en vigor siga molt variada i no sempre s'empren els termes "executar" sinó el d'"aplicar", "completar", "desplegar", etc., tal pluralitat d'expressions no suposa concepte distint, atés que en tots estos casos i en altres semblants, el reglament es manifesta com a desplegament i execució directa d'una llei o conjunt d'estes ..., amb independència, clar és, dels anomenats reglaments de necessitat, de les disposicions administratives amb força de llei, i dels supòsits denominats de "deslegalització" i "reglaments delegats".

El criteri del Consell d'Estat va ser acollit pel Tribunal Suprem en la seua fonamental Sentència de 22 d'abril de 1974; a pesar de l'extensió del fragment, la seua importància en justifica àmpliament la transcripció:

"... en el vigent dret espanyol, el Consell de Ministres i estos mateixos tenen atribuïda una potestat reglamentària genèrica distinta de la mera execució de les lleis (article 13.11 de la Llei Orgànica de l'Estat; article 14.3 LRJAE), no sent executius de les lleis aquells reglaments dictats en exercici d'una potestat reglamentària genèrica i denominats per la doctrina "independents", "autònoms" o "praeter legem" que si bé han de respectar el "bloc de legalitat formal", no estan, no obstant això, subjectes preceptivament al control previ del Consell d'Estat; enfront d'ells hi ha la figura del reglament directament i concretament lligat a una llei, a un article, articles d'una llei o a un conjunt de lleis, de manera que esta llei, o lleis, és completada, desplegada, detallada, aplicada, emplenada o executada pel reglament; este és el reglament executiu, perquè encara que la terminologia utilitzada per les lleis en vigor siga molt variada i no sempre s'empren els termes "executar", sinó el de "completar", "desplegar", "aplicar", etc., tal pluralitat d'expressió no suposa concepte distint, atés que en tots estos casos i en altres semblants, el Reglament es manifesta com a desplegament i execució directa d'una llei o conjunt d'estes ... amb independència, clar és dels anomenats reglaments de necessitat, de les dispo-

sicions administratives amb força de llei i dels supòsits denominats de “deslegalització” i “reglaments delegats”.”

En eixa mateixa línia general de principi es pot portar a col·lació algun pronunciament més recent; així per exemple, la Sentència del Tribunal Suprem de 15 de juliol de 1996:

“... a efectes de la consulta preceptiva al Consell d'Estat exigida en l'article 22.3 de la LOCE, són reglaments executius els que la doctrina tradicional denominava «reglaments de llei». Es caracteritzen, en primer lloc, per dictar-se com a execució o conseqüència d'una norma de rang legal que, sense abandonar el terreny a una norma inferior, per mitjà de la tècnica deslegalitzadora, la fita en establir els criteris, principis o elements essencials de la regulació detallada que posteriorment ha d'establir el Reglament en col·laboració amb la llei. És també necessari, en segon lloc, que el Reglament que s'expedisca en execució d'una norma legal innove, en el seu desplegament, l'ordenament jurídic sense que, en conseqüència, hagen de ser considerats executius, a efectes del referit article 22.3 LOCE, els reglaments «secundum legem» o merament interpretatius, entenent com a tal els que es limiten a aclarir la llei segons el seu tenor literal, sense innovar el que esta diu; els reglaments que es limiten a seguir o desplegar en forma immediata altres reglaments (sentència d'esta Sala i Secció de 25 d'octubre de 1991) i els reglaments independents que - «extra legem» - establixen normes organitzatives en l'àmbit intern o domèstic de la pròpia Administració. La intervenció del Consell d'Estat servix, en els casos de reglaments executius o «praeter legem», al principi de legalitat que consagra l'article 9.3 de la Constitució, ja que la potestat reglamentària del Govern se subjecta als principis, directrius o criteris que marca la llei a desplegar, i no s'exercix només segons el bon criteri o la lliure interpretació del Govern. La funció consultiva que exercix el Consell d'Estat se centra a vetlar per l'observança de la Constitució i de la resta de l'ordenament jurídic (article 2.1 LOCE) el que explica el caràcter essencial que institucionalment té el dictamen d'este òrgan en els «reglaments

lleï prèvia, tota vegada que al ser una disposició legal en blanc no hi ha un contingut previ que es pugui sobrepassar o contrariar (excepte el relatiu a l'àmbit objectiu o subjectiu de la lleï que fa la remissió al reglament). És a dir, el dictamen d'este Consell tindria el mateix abast que quan es tracta d'una consulta facultativa sobre un reglament independent, d'on s'inferix que en el cas del "*reglament delegat*" la consulta no seria preceptiva sinó facultativa. En eixe mateix sentit es pronuncia la ja citada sentència de 23 de juny de 1978, conforme a la qual, la preceptivitat de la consulta en matèria reglamentària:

"... té el seu fonament en la necessitat que la potestat reglamentària per al desplegament i aplicació de les lleï no s'extraïme amb l'adopció de criteris en pugna o que d'algun mode excedisquen dels mandats de la norma superior. És doncs, pressupòsit necessari perquè un reglament pugui ser qualificat com dictat per a execució d'una lleï, que el precedisca una norma del dit rang que contingui una regulació bàsica de la matèria, pendent tan sols d'un desplegament en funció, particularitats i detalls que es remeten a la potestat reglamentària de l'Administració, la qual llavors ha d'actuar subordinadament a aquelles bases, directrius o orientacions prèviament determinades per la lleï".

Quan es tracta d'un "*reglament executiu en sentit estricte*" perquè desplega o completa el contingut material previ disposat per la lleï, la finalitat del dictamen d'este Consell s'estén també a verificar el respecte de la Constitució, l'Estatut d'Autonomia i de la resta de l'ordenament jurídic, però a més es projecta sobre la comprovació que el contingut de la disposició administrativa està "*intra vires*" del contingut material previ establert per la lleï objecte de desplegament. Així ho va entendre el Ple del Consell d'Estat en la Moció de 22 de maig de 1969:

"... el sentit de la intervenció d'este Alt Cos Consultiu en les matèries assenyalades dimana, primer que res de la necessitat de realitzar un principi bàsic constitucional, que és el del respecte a la jerarquia normativa ... L'efectivitat real del principi de

“El Decret de la Conselleria de Foment, certament, no es limita a dictar normes merament organitzatives. Al contrari, va més enllà de l'àmbit propi de les regulacions d'eixe caràcter i establix regles que incidixen en la posició dels ajuntaments, l'autonomia dels quals es veu, d'esta manera, afectada. Açò s'aprecia, especialment, en les disposicions contingudes en els articles 2, 4 i 6 del Decret que incidixen, entre altres aspectes, en la utilització de les estacions d'autobusos; en la determinació de les parades en sòl urbà o urbanitzable dels servicis de transport regular interurbà de viatgers d'ús general i curt recorregut. Igualment, es percep en les conseqüències que extrau de l'article 114 de la Llei 16/1987 i, en general, en la tendència a afirmar la intervenció de la Comunitat Autònoma enfront de les possibilitats que obri a les institucions locals eixe precepte de la Llei d'Ordenació dels Transports Terrestres.

I, inclús, els mateixos recurrents estan reconeixent que no es tracta d'una regulació merament organitzativa quan afirmen en els seus escrits d'interposició que el Decret en qüestió conté normes de coordinació entre els transports urbans i interurbans dins de la Comunitat que afecten els industrials transportistes i a alguns ajuntaments i mancomunitats municipals.

En realitat, el que el Decret 88/1992 fa és desplegar aspectes de la Llei 16/1987, com ho posa de manifest el seu mateix preàmbul. Per això ens trobem davant d'un supòsit que encaixa en les previsions de l'article 22.3 de la Llei Orgànica del Consell d'Estat. I, per ser una disposició autonòmica, això ens porta al que disposa l'article 23.2 d'eixe mateix text legal”.

F) ALGUNS EXEMPLES EN QUÈ EL TRIBUNAL SUPREM HA ENTÉS QUE LA CONSULTA NO ÉS PRECEPTIVA.

En esta mateixa matèria dels transports urbans és il·lustratiu contrastar eixe criteri amb què resulta de la Sentència del Tribunal Suprem de 21 de gener de 1984, relativa al Reial Decret de 4 de juny de 1980 pel qual s'eleva les tarifes dels transports urbans col·lectius de superfície per vies urbanes:

Eixa valoració jurídica altament positiva de la funció consultiva es projecta o hauria de projectar-se de la mateixa manera sobre totes les normes reglamentàries, fent abstracció del seu caràcter executiu o independent. És més, des de la perspectiva de les garanties (tant de l'interés general com dels drets i interessos legítims dels ciutadans), la preceptivitat de la consulta tindria una reforçada justificació en el cas dels reglaments independents, ja que en absència de llei prèvia és major l'espai de discrecionalitat de què disfruta el titular de la potestat reglamentària.

Fins a la Llei de la Jurisdicció Contenciosa Administrativa de 1956, l'únic paràmetre que podien utilitzar els tribunals per a examinar jurídicament un reglament era la llei prèviament aprovada. El que no estava prèviament regulat per la llei quedava exempt de control jurisdiccional creant un il·limitat àmbit de llibertat reglamentària. Hui en dia, qualsevol exercici de la potestat reglamentària està subjecte a la Constitució i a la resta de l'ordenament jurídic, per la qual cosa resulta qüestionable que la garantia se cenyisca a la confrontació entre dos normes (una de rang legal i una altra amb simple jerarquia reglamentària).

Succeïx que l'actual regulació a la Comunitat Valenciana sobre la preceptivitat de la consulta a este Consell Jurídic en matèria de reglaments té el seu origen en la Llei Orgànica del Consell d'Estat de 1980, i esta al seu torn hereta la fórmula disposada en la Llei Orgànica del Consell d'Estat de 1944 (article 17.1 i 6). És a dir, l'origen històric que la preceptivitat de la consulta es reduïska als reglaments executius es produïx en un moment de l'esdevindre del nostre ordenament en què encara no existia control judicial de tots els reglaments i la garantia es reduïa a la comparació de la llei amb el seu reglament de desplegament. Superada eixa fase de reducció del control " *ex post*" pels tribunals, en l'actualitat no resulta infundat qüestionar el fonament de la pervivència d'aquell criteri delimitador de la funció consultiva que hauria d'estendre's a tots els reglaments.

En definitiva, hui en dia no hi ha barreres jurídiques que impedisquen establir la preceptivitat de la consulta abans d'aprovar els reglaments independents; al contrari, hi ha arguments fundats en Dret que advoquen per establir en eixa matèria l'obligatorietat del dictamen previ d'este Consell Jurídic Consultiu. Excepte quan es tracte d'un reglament de necessitat, la consulta hauria de ser preceptiva per a les altres disposicions administratives de caràcter general.

xiquet se senta afectat psicològicament pels fets” (...) en este cas no obra cap mitjà de prova que acredite els danys o pose en qüestió l’informe citat”.

En supòsits en què se sol·licita una indemnització per la mort d’un familiar i es demana el rescabament del dany moral causat, la simple existència del vincle de parentiu no determina inexorablement l’existència d’una lesió afectiva. L’afecte no és una emoció que estiga necessàriament nugada al nexa familiar. El simple parentiu no sempre és fonament suficient per a reconèixer legitimació processal a qui formula la reclamació; així s’inferix del dictamen de 18 d’abril del 2002 (número 160/2002).

En la societat en què vivim no hi ha una relació de causalitat lògica que necessàriament nugue el resultat aflictiu a l’existència del vincle familiar. Succeïx amb alguna freqüència que entre mort i reclamant ja només hi havia eixe nexa de parentiu, però sense que pervisquera la convivència familiar, o sense que existira cap relació afectiva. No és descartable que més enllà de la indiferència emocional existira un conflicte entre parents. En eixes circumstàncies hi ha un indicati clar que no hi ha un dany moral mereixedor d’una compensació econòmica a títol de responsabilitat patrimonial, però correspon a l’Administració la càrrega de provar l’efectiva concurrència d’eixos fets dels quals s’inferix l’absència de dany moral.

b) La bona fe processal i la major facilitat per a obtindre les proves.

Un segon supòsit en què fallida la regla general sobre la càrrega de la prova es produïx quan, en atenció a les particulars circumstàncies del cas, hi ha una manifesta desproporció entre la facilitat per a aportar proves que ostenta l’Administració i la dificultat que té el ciutadà reclamant. Ocorre amb freqüència que el fet que es pretén acreditar resulta de documents que estan en arxius públics, i encara que els ciutadans tenen dret d’accedir-hi, és raonable exigir a l’Administració que els aporte.

Eixa màxima de raó ha vingut funcionant des d’antic com un principi del Dret, i hui en dia ja forma part del dret positiu. Així resulta del que estableix l’article 35.f) de la Llei 30/1992, que disposa que el ciutadà té dret a no presentar documents “que ja es troben en poder de l’Administració actuant”. També cal citar ací l’article 217.6 de la vigent Llei d’Enjudiciament Civil: “Per a l’aplicació del que disposen els apartats anteriors d’esta article el tribunal haurà de tindre present la disponibilitat i facilitat pro-

batòria que correspon a cada una de les parts del litigi”.

En eixe cas, la bona fe en la seua vessant processal determina que la càrrega probatòria recaiga sobre qui té major facilitat per a obtindre les proves. Així succeïx, per exemple, quan es tracta d'acreditar que es va complir degudament l'obligació d'informar als pacients que té l'Administració sanitària; en eixe sentit es pronuncia el dictamen de 14 de novembre del 2002 (número 497/2002):

“I referent a sobre qui recau la càrrega de la prova que es va complir el deure d'informació, la citada Sentència de 12 de gener del 2001, -en base, entre altres, a les Sentències de 16 d'octubre de 1998, 28 de desembre de 1998, 19 d'abril de 1999 i 7 de març de 2000-, indica que ha de recaure sobre el professional de la medicina “per ser qui es troba en situació més favorable per a aconseguir la seua prova”.”

3.-Els límits de la càrrega probatòria.

A més d'eixes excepcions resulta indicat posar de manifest els límits de la càrrega probatòria que per regla general pesa sobre el reclamant. Una vegada que l'interessat acredita l'existència de relació causal entre l'activitat administrativa i el resultat lesiu, el caràcter objectiu de la responsabilitat exclou que el reclamant a més haja de provar que la seua conducta va ser diligent o que l'actuació administrativa va ser negligent.

En virtut del caràcter objectiu de la responsabilitat, l'Administració també està obligada a rescabalar el lesionat pel funcionament normal, per la qual cosa manca de sentit estendre l'abast de la càrrega probatòria fins a exigir que es demostre l'anormal funcionament de l'Administració.

En reclamacions formulades per pares d'alumnes de centres docents de la Generalitat Valenciana, sol plantejar-se la qüestió de la major o menor diligència dels professors encarregats de custodiar-los, i en eixe context cal establir sobre qui pesa la càrrega de provar l'eventual negligència del professorat o la possible imprudència de l'alumnat. Segons el parer d'este Consell, no és el reclamant qui ha de provar la negligència dels docents, sinó que és l'Administració qui ha d'acreditar la diligència del professorat.

També pesa sobre l'Administració la càrrega de provar que el nexa causal es trenca per raó del dol o la imprudència de l'alumne (qüestió distinta

circumstàncies fàctiques pròpies d'un cas de força major; en eixe sentit s'ha pronunciat este Consell en els dictàmens de 9 de maig del 2002 (número 208/2002) i de 30 de maig del 2002 (número 259/2002).

C) EFECTIVITAT DE LA LESIÓ I QUANTIFICACIÓ DE L'IMPORT DE LA REPARACIÓ.

Succeïx amb freqüència que en el moment inicial de formular la reclamació l'interessat no pot especificar amb plenitud d'informació l'abast real i definitiu de la lesió, i qui instrueix el procediment de responsabilitat proposa bé la inadmissió per no ser una lesió efectiva, bé la desestimació de la reclamació per no haver acreditat l'abast de la lesió, o perquè en el moment d'elaborar la proposta de resolució no és possible efectuar una valoració de tot el dany que pugua derivar de l'actuació administrativa.

Davant d'eixe criteri cal oposar que la normativa aplicable no estableix una obligació rígida que necessàriament i imperativament impose l'exigència d'especificar, sempre i en el moment inicial de presentar la reclamació, l'import de la indemnització que se sol·licita. Conforme al que estableix l'article 6 del Reglament, el reclamant només està obligat a fixar l'import del rescabament "*si fóra possible*", per la qual cosa implícitament està reconeixent que eixe extrem es determine en un moment posterior.

Eixa disposició és singularment important quan es tracta de danys continuats o de malalties recidivants. En eixe supòsit s'obrin a l'Administració dos alternatives; bé suspendre formalment la tramitació del procediment fins que la lesió es consolide o esgote els seus efectes; bé continuar el procediment i fixar la indemnització dels danys ja consumats, amb expressa declaració que l'acció rescabadora no ha prescrit, per la qual cosa segueix obert el termini per a pretendre algun rescabament complementari quan hi haja posteriors resultats lesius que siguen una continuació directa del dany originàriament causat.

Com declara la Sentència del Tribunal Suprem de 31 de maig del 2001, en els supòsits de dany continuat que la lesió s'ha produït, encara que seguisca agreujant-se o manifestant-se en el temps, és possible reclamar els danys ja produïts o bé esperar que el perjudici s'esgote. O com declara la Sentència de 7 de febrer de 1997, quan es tracta de danys continuats produïts dia a dia, sense solució de continuïtat, el termini de prescripció de l'acció de responsabilitat patrimonial no comença a computar-se fins que no cessen els efectes lesius.

Perquè procedisca declarar la responsabilitat patrimonial de l'Administració, la llei exigeix que la lesió siga “efectiva” (article 139.2 de la Llei 30/1992). Ara bé, el fet que un resultat lesiu pugja empitjorar no significa que siga un dany eventual, futur o hipotètic. En eixes circumstàncies el resultat lesiu és efectiu (“certus an”) encara que el seu abast definitiu siga incert (“incertus quantum”).

La citada llei exigeix que el dany siga “avaluable econòmicament” (article 139.2), però no imposa que ja estiga avaluat en el moment inicial de formular la reclamació. Una de les funcions que institucionalment té encomanat el procediment és, precisament, despatxar les actuacions precises per a esbrinar o comprovar l'abast de la lesió i establir el muntant econòmic de la indemnització. Així es posa de manifest quan el procediment s'inicia d'ofici per la pròpia Administració; quan es dicta l'acte d'incoació no es determina ja l'import del rescabament, sinó que la quantia resultarà de les actuacions que es despatxen en la instrucció del procediment.

D) SUSPENSÍO DEL TERMINI PER A RESOLDRE.

Una altra qüestió que en l'experiència pràctica mereix una reflexió és la relativa a la suspensió del còmput del termini per a resoldre, amb ocasió de la tramitació d'un procediment de responsabilitat patrimonial de l'Administració Pública. En els casos examinats en els dictàmens de 24 de gener del 2002 (número 45/2002), de 17 de gener del 2002 (números 21 i 31/2002), 9 de gener del 2002 (número 2/2002), 21 de febrer del 2002 (número 98/2002), entre altres molts, la suspensió va ser disposada pel Conseller de Sanitat a l'empara del que disposa l'article 42.6 de la Llei 30/1992.

Succeïx que amb freqüència es donen les circumstàncies que segons la Llei legitimarien la suspensió del còmput de termini per a dictar la resolució que posa fi al procediment (article 42 de la Llei 30/1992), però en no adoptar-se una decisió que formalment dispose la suspensió s'arriba a complir el termini màxim i s'obri el mecanisme del silenci administratiu, que en esta concreta matèria de la responsabilitat patrimonial té caràcter negatiu o desestimatori de la indemnització sol·licitada (article 142.7 de la Llei 30/1992).

Quan es tracta d'una lesió física, la causa de suspensió del termini per a resoldre pot ser la pràctica de “proves tècniques o anàlisis contradictò-

ries o diriments proposades pels interessats, durant el temps necessari per a la incorporació dels resultats a l'expedient" (art. 42.5.d). Ocorre amb freqüència que, per a determinar la magnitud o abast de la lesió, l'interessat sol·licita la realització de proves mèdiques i sol·licita la suspensió del còmput del termini. En el cas examinat en el dictamen de 24 de gener del 2002 (número 41/2002), la suspensió es va disposar a instància del reclamant.

La suspensió del còmput del termini per a resoldre també pot referir-se a l'emissió de dictamen per este Consell Jurídic, supòsit subsumible en l'article 42.5.c): "Quan hagen de sol·licitar-se informes que siguen preceptius i determinants del contingut de la resolució a òrgan de la mateixa o distinta Administració, pel temps que medie entre la petició, que haurà de comunicar-se als interessats, i la recepció de l'informe, que igualment haurà de ser comunicada a estos. Este termini de suspensió no podrà excedir en cap cas de tres mesos".

E) ELS RISCOS I LA IMPUTACIÓ OBJECTIVA DEL RESULTAT LESIU A L'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA.

1.- Introducció.

En les dos últimes dècades la jurisprudència i la doctrina han fixat nous criteris per a delimitar l'abast de la responsabilitat patrimonial de les administracions públiques. Sota pretext del caràcter directe i objectiu d'eixa institució jurídica, s'havia arribat a produir una infundada extensió de la responsabilitat, de forma que no sols els danys i perjuís, sinó qualsevol molèstia o pertorbació era imputable a l'Administració, que en conseqüència venia obligada a satisfer una indemnització a títol de responsabilitat patrimonial.

Hui en dia, la jurisprudència és uniforme al declarar que la responsabilitat patrimonial de les administracions públiques no és una pòlissa a tot risc que convertisca l'Administració en asseguradora universal de tots els contratemps que puguen succeir als ciutadans. Tampoc és un institut propi de l'Estat Social que funcione al servici de la justícia distributiva per a atendre totes les situacions de necessitat que experimenten els administrats. S'ha precisat també que per a imputar un dany a l'Administració no basta la simple coincidència entre la verificació d'un sinistre i la presència del lesionat en una instal·lació pública; l'Administració és responsable dels danys

gen en un “*risc inherent*” a l’activitat administrativa, el resultat és imputable a l’Administració. En canvi, quan es tracta d’un “*risc general*” de la vida en societat, l’efecte lesiu no és objectivament imputable a l’Administració, com succeïx en el cas examinat en el dictamen de 3 d’octubre del 2002 (número 445/2002):

“... l’accident escolar va ocórrer en la cafeteria de l’Institut, a l’hora de la recreació, quan l’alumne ... aleshores de 13 anys d’edat, estava bevent aigua amb una botija, moment en què, de repentinament, va ser espentat per un company, la qual cosa va comportar que es colpejara amb aquell en la cara i es trencara una dent, sense que de l’expedient es deduïssa cap altra circumstància de què pugua desprendre’s una situació anormal o de risc, ja que no ho és, l’existència d’aquella classe d’atuells de fang per a refrescar l’aigua i beure-la directament o “al gallet”.”

Tampoc és un “*risc inherent*” al servici públic prestat per l’Administració, sinó que ha de ser reputat com un “*risc general*” de la vida en societat, sofrir un entropessó mentres es camina; és quelcom que pot succeir a qualsevol, amb independència de l’edat i al marge del bon estat de conservació del paviment (el juí seria diferent si la calçada estiguera en males condicions i fóra la causa eficient del resultat lesiu). Com afirma el dictamen de 7 de novembre del 2002 (número 482/2002):

“... encara que hi ha un deure de vigilància per part del personal de l’Administració educativa, no pot presumir-se que es produïx un incompliment d’este deure pel simple fet que els alumnes entropessen, quan no consta cap circumstància de què es desprenga la perillositat o el risc de l’activitat que estaven desenrotllant”.

Tots tenim una certa dosi de malaptesa al caminar, i el marge de perill de què es verifique el sinistre és extern al funcionament de l’Administració Pública; són incidents normals o habituals en l’esdevindre de la vida quotidiana que succeïxen al marge i amb independència de qualsevol classe

d'activitat administrativa. En eixe sentit es pronuncia el dictamen d'11 de juliol del 2002 (número 329/2002):

“Ni en l'escrit de reclamació ni en l'informe del Director es descriuen amb detall les circumstàncies concretes en què va tindre lloc el dany sofrit per l'alumne ..., durant l'activitat d'orientació camp a través. Per tant, d'acord amb el que manifesten estos dos escrits, s'estima que l'alumne lesionat es va girar el peu de forma accidental durant la realització d'una activitat programada en classe d'Educació Física, sense que conste ni es desprenga dels documents aportats al procediment que l'expressada activitat comportara afegir risc al propi d'una conducta ordinària d'alumnes de l'edat del reclamant, i sense que el fet causant del torcement del peu de l'alumne siga atribuïble a una omisió del deure de vigilància del professorat de l'Institut”.

Pot succeir que la negligència o la inactivitat de l'Administració incrementa el risc que es produísca un sinistre, com succeïx quan és negligent en la conservació i el manteniment de les voreres per a vianants en les adequades condicions de seguretat i salubritat. L'origen del risc segueix sent exterior a l'Administració o alié a la seua activitat (entropessar mentre es camina), però el marge de probabilitat que efectivament es produísca el resultat lesiu augmenta com a conseqüència del mal funcionament de l'Administració Pública (que per exemple no repara els taulells, que a l'estar alçats creen una superfície perillosa per tindre el paviment un perfil irregular en compte de pla); en eixes circumstàncies cal parlar d'“increment d'un risc general”. Així succeïx en el cas examinat en el dictamen de 19 de setembre del 2002 (número 429/2002):

“ ... l'alumne ..., quan es trobava durant la recreació en el pati del Col·legi, va caure a terra i es va trencar una dent a l'esvarar amb un “suc” que, al paréixer es trobava escampat en el lloc dels fets.

La parquedat de l'Informe de la Direcció del Centre impeditx conéixer més detalls del succés. És veritat que competix al personal dels centres educatius mantindre en degudes condicions

“... com a conseqüència de la pluja del dia 22 de novembre, els alumnes es van haver de refugiar a l’entrar en el col·legi, en la zona del porxe –d’espai limitat, segons l’informe de la precitada tutora-, provocant una aglomeració que podria haver-se evitat distribuint els alumnes en altres espais coberts; no fer-ho així va originar una situació d’especial risc davant de les possibles espentes o caigudes, com efectivament va succeir”.

És a dir, en atenció a les particulars circumstàncies de fet pot produir-se un increment del risc típic inherent al servei educatiu; així ocorre en sectors singularment sensibles com el de l’educació especial. En eixe mateix servei públic docent canvia l’estàndard d’exigència a l’Administració quan canvien les circumstàncies de l’usuari del servei; el dictamen de 12 de setembre del 2002 (número 417/2002), declara la responsabilitat patrimonial de l’Administració a la vista dels següents antecedents de fet:

“Els informes i documents que consten en l’expedient permeten estimar acreditat que el 20 de desembre del 2001 en acabar el pati i dirigir-se a la seua aula, l’alumna ..., autista amb traços psicòtics, es va abalancar sobre l’alumne José Luis Esteve, lleuant-li les ulleres i doblegant-les fins a trencar la muntura, sense que conste que es vigilara els alumnes”.

És a dir, no s’aconsegueix l’estàndard de qualitat en la prestació del servei quan per negligència es produïx un mal funcionament de l’Administració Pública.

4.-Els riscos socialment tolerats i els estàndards de funcionament dels servicis públics; l’increment del risc socialment tolerat imputable a l’Administració.

Al costat de les nocions de “risc general” i “risc inherent” hi ha un tercer concepte que contribuïx a delimitar l’abast del caràcter objectiu de la responsabilitat patrimonial de l’Administració: el “risc socialment tolerat”. Hi ha activitats que intrínsecament porten aparellat un marge de risc, com succeïx per exemple amb l’esport. En eixes circumstàncies l’activitat pot prohibir-se per considerar-se contrària als valors que compartix eixa socie-

les circumstàncies en què es desenrotlla, així com les incidències inseparables en el normal actuar professional, tenint en compte les especials característiques de l'acte mèdic, així com altres aspectes, entre ells, els mitjans i l'organització sanitària, per a qualificar el dit acte com conforme o no a la tècnica mèdica normal exigida”.

Distinta és la situació en el servici públic docent; a efectes de fixar el marge de tolerància, té interès el que expressa el dictamen de 12 de setembre del 2002 (número 418/2002):

“Del contingut dels documents i informes que consten en l'expedient pot deduir-se que una alumna de una miqueta més de 8 anys d'edat d'un col·legi públic, va sofrir danys en la seua dentadura al caure a terra, com a conseqüència d'una espenta d'un altre alumne, quan estava formant-se la fila per a tornar de la recreació, i l'alumna formava part d'ella encapçalant-la. En relació amb els fets que han quedat provats, cap circumstància posa en relleu que els alumnes estigueren realitzant una activitat especialment perillosa, o els riscos de la qual no estiguen socialment admesos. Tampoc s'ha acreditat que el professorat introduïra o tolerara elements de perillositat en la conducta dels menors; que aquell contratemps haguera pogut evitar-se pel professorat”.

La pràctica del futbol comporta un cert risc que és socialment tolerat, i per això les lesions sofrides com a conseqüència dels normals casos del joc no són objectivament imputables a l'Administració Pública. Així succeïx, per exemple, amb el balonada que rep al cap un alumne quan jugava al futbol durant la recreació, cas a què es referix la Sentència del Tribunal Suprem de 13 de setembre del 2002. El desgraciat resultat de la mort del menor com a conseqüència d'un balonada no és imputable a un risc inherent al servici docent. És un risc que només es pot eliminar prohibint als escolars la pràctica del futbol; és un risc esportiu que està dins dels estàndards socialment admesos i tolerats. Afirmar el Tribunal Suprem en eixa Sentència que no seria raonable la decisió de prohibir la pràctica del futbol

per la seua suposada perillositat. No diferix eixa línia argumental de la desenrotllada per este Consell Jurídic en el dictamen de 16 de maig del 2002 (número 229/2002):

“L’educació física i la pràctica esportiva constituïxen una imposició legal i constitucional, tant per a l’Administració Pública com per als alumnes de centres educatius, per la qual cosa ambdós parts han d’acceptar els efectes que naturalment deriven del seu desenrotllament, sempre que esta es realitze dins dels cànons ordinaris o socialment admesos. Si això és així, les lesions físiques o els desperfectes en elements materials, que es produïsquen en la pràctica de l’esport, gimnàstica o joc, aniran, en principi, a compte de qui els sofrisca, la qual cosa no impediex que, en determinats supòsits, haja de respondre l’Administració.

En el present supòsit, s’estima acreditat que la caiguda de l’alumna resulta atribuïble a ella mateixa, perquè es va produir sense que mediera l’actuació de cap tercer, o resultara rellevant l’estat de les instal·lacions escolars, sense que tampoc s’haja acreditat que el joc de lladregots i policies a què jugaven els menors tinguera cap component de risc rellevant”.

Els casos del joc són riscos socialment tolerats, sempre que es respecten i complisquen les regles de l’activitat física o de l’esport que es practica; en eixe sentit es pronuncia el dictamen de 7 de novembre del 2002 (número 489/2002):

“...els fets es van desenrotllar durant l’activitat de recreació i quan l’alumne ... es trobava jugant en el pati amb altres companys al futbol, sense que la dita activitat esportiva meresca, en principi, la consideració d’un joc perillós o de risc, sinó més aviat un esport propi i habitual en els xiquets i alumnes dels centres educatius”.

Ara bé, el mal funcionament de l’Administració pot introduir un element estrany al marge de tolerància i determinar l’exigibilitat de la responsabili-

En canvi, quan es tracta de riscos generals de la vida o de riscos socialment tolerats, si el funcionament de l'Administració ha sigut normal i correcte, no hi ha responsabilitat patrimonial per no ser objectivament imputables a l'Administració els resultats lesius.

F) PÒLISSES D'ASSEGURANÇA I RESPONSABILITAT PATRIMONIAL DE L'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA.

1.-La transparència administrativa.

La responsabilitat patrimonial és la matèria que quantitativament genera major volum de treball a este Consell Jurídic Consultiu; els casos més habituals de reclamació es referixen a l'activitat docent i sanitària de l'Administració Pública. Doncs bé, en el sector sanitari concret s'ha vingut a consolidar en la pràctica administrativa de la Generalitat Valenciana l'aplicació de dos instituts jurídics distints per a atendre les reclamacions de rescabament econòmic presentades pels ciutadans: d'una banda el règim de responsabilitat patrimonial dispost en la Llei 30/1992, i per un altre la concertació d'una pòlissa d'assegurança.

Succeïx que en la documentació remesa a este Consell al formular les corresponents consultes preceptives no figura mai ni la pòlissa d'assegurança ni els informes i la resta de documents de la tramitació seguida per l'Administració en el marc d'eixe contracte. Resulta paradoxal que, sent la Institució que preceptivament ha de ser consultada en tots els procediments de responsabilitat patrimonial de l'Administració, formalment manque d'informació respecte a l'extensió i límits d'eixa pòlissa.

En eixe context i en relació a les consultes que rep este Consell ha d'advertir-se que ni la Llei 30/1992, ni el Text Refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, ni la Llei de Contracte d'Assegurança estableixen criteris o regles per a resoldre les eventuals col·lisions entre estos dos instituts jurídics. Es crea així la llacuna de l'articulació entre la indemnització satisfeta per un o un altre títol jurídic; són compatibles?; són acumulables?

Tant la dualitat de règims com la falta de transparència de la Conselleria respecte a este Consell Jurídic Consultiu justifiquen que en esta Memòria es faça una reflexió respecte d'això.

Una altra excepció pot sorgir de la desproporció entre els riscos creats per una administració i la seua solvència econòmica per a fer front a la indemnització dels eventuais sinistres, situació que no és insòlita en l'àmbit de l'Administració Local, o per ser més precisos en el cas de xicotets ajuntaments que tenen un pressupost exigü, que pot esdevindre insuficient per a atendre el pagament de les indemnitzacions. Este és l'únic suposat límit en què la concertació d'una pòlissa d'assegurança té fonament econòmic adequat i suficient. Eixa mateixa conclusió no és transportable ni a les diputacions provincials, ni a les comunitats autònomes; tampoc a l'Estat.

Respecte a la imposició als ajuntaments de l'obligatòria concertació d'una pòlissa d'assegurança com a requisit habilitant per a l'exercici de certes activitats de risc, l'experiència pràctica no permet afirmar amb rotunditat l'èxit d'eixa opció. Ha d'afegir-se que a Espanya no s'han estudiat altres alternatives, com l'assajada a França i Alemanya, que consistix a promoure entre eixes administracions locals una classe de mutualisme, de forma que els propis ajuntaments establisquen una cobertura recíproca dels seus riscos (que en la nostra Comunitat Autònoma podria comptar amb la fonamental assistència i cooperació de les diputacions provincials, i l'impuls de la Federació Valenciana de Municipis i Províncies).

3.-La reserva de Llei i el fonament legal de la subscripció d'una pòlissa d'assegurança.

Del fonament econòmic procedix passar ara a l'examen de la justificació jurídica. L'opció entre l' "autoassegurament" per la via de la responsabilitat patrimonial o l' "assegurament" amb fonament en la subscripció d'una pòlissa d'assegurança, pot tindre la seua justificació en molt diverses raons. Podrà haver-hi motius econòmics o pressupostaris, o podrà deure's a la major eficàcia administrativa o la major celeritat a satisfer al lesionat una compensació econòmica. En qualsevol cas, l'elecció general per un model o un altre, o la combinació d'estos dos limitant-se l'aplicació de cada un d'ells a determinats sectors, ha de ser sempre una opció que s'acode al marc que ve delimitat per l'article 106.2 de la Constitució:

"Els particulars, en els termes establits per la Llei, tindran dret a ser indemnitzats per tota lesió que sofrisquen en qualsevol dels seus béns i drets, excepte en els casos de força major,

sempre que la lesió siga conseqüència del funcionament dels servicis públics”.

És a dir, el dret a percebre una indemnització per les lesions causades per les administracions públiques és institucionalment reconegut i garantit per la Constitució, que se cenyix a establir algun dels seus perfils (per exemple el desplaçament de la imputació per causa de força major), però que no estableix una regulació completa i acabada del règim bàsic de la responsabilitat patrimonial.

Succeïx que el silenci de la Constitució no és absolut perquè conferix al Legislador la competència per a establir i detallar el contingut del dret a la indemnització (“*en els termes establits per la llei*”). És a dir, la Constitució estableix una reserva de Llei i reconeix un dret de configuració legal.

Hi ha fonament per a argumentar que la Llei a què es remet eixe precepte constitucional és la que regule la responsabilitat patrimonial de l'Administració, però en l'experiència pràctica que ací es descriu eixa norma és la Llei de Contracte d'Assegurança, que en el seu article 75 formula una remissió en blanc al Govern:

“Serà obligatori l'assegurança de responsabilitat civil per a l'exercici d'aquelles activitats que pel Govern es determinen. L'Administració no autoritzarà l'exercici d'estes activitats sense que prèviament s'acredite per l'interessat l'existència de l'assegurança. La falta d'assegurança, en els casos en què siga obligatori, serà sancionada administrativament”.

Sense entrar ací en valoracions sobre la conformitat a l'ordenament jurídic d'una remissió en blanc disposada en una matèria que la Constitució reserva a la Llei (com la continguda en l'article 75 de la Llei de Contracte d'Assegurança de 1980), eixa reserva de Llei afecta també l'obligatòria concertació d'una pòlissa d'assegurança per l'Administració Pública, segons resulta del dictamen de 14 de novembre del 2002 (número 501/2002, relatiu al projecte de Decret pel qual es regula la norma-marc sobre estructura, organització i funcionament dels Cossos de Policia Local de la Comunitat Valenciana):

importants funcions que van més enllà de la missió de rescabament econòmic que satisfà des de la perspectiva subjectiva del lesionat. En eixe sentit té una funció de control de la qualitat del funcionament de l'Administració. També cal destacar la funció preventiva, perquè per a evitar la reiteració de sinistres per una mateixa causa, el procediment de responsabilitat patrimonial és una important font d'informació de les mesures que resulten indicades per a eliminar o minorar el risc. Els efectes poden estendre's també a l'exercici de l'acció de tornada respecte als funcionaris que per negligència greu o dol hagueren causat el resultat lesiu, i si és procedent l'exercici de la potestat disciplinària.

Quan la causa del resultat lesiu és el mal funcionament de l'Administració, el procediment encaminat a examinar l'eventual responsabilitat té una funció irrenunciable com a garantia de l'eficàcia administrativa i del correcte funcionament dels servicis públics. El procediment permet detectar què és el que no funciona o funciona malament, quina activitat o activitats administratives cal esmenar o corregir. La funció institucional del procediment pot ser la depuració de les responsabilitats en què hagen pogut incórrer els servidors públics. En eixe context cobra tot el seu sentit funcional la previsió continguda en l'article 74 del Reglament d'este Consell Jurídic Consultiu:

“Quan el Consell aprecie la necessitat d'advertència, correcció disciplinària, incoació o esbrinament de responsabilitats d'empleats públics, ho farà constar per mitjà de la fórmula “acordada”, en forma separada al cos del dictamen”.

Doncs bé, l'eventual aplicació d'eixe precepte queda eliminada d'arrel quan el procediment acaba de forma anticipada a la prèvia i preceptiva consulta a este Consell, pel simple desistiment del reclamant que accepta la proposta que li formula la companyia d'assegurances.

No sempre es pot acabar el procediment en virtut del simple desistiment del reclamant. Conforme al que estableix l'article 91.3 de la Llei 30/1992, no obstant el desistiment de l'interessat la tramitació del procediment ha de continuar fins que es dicte resolució expressa perquè és d'interés públic supervisar i fiscalitzar el correcte funcionament dels servicis públics, i per a això és necessari aclarir què ha succeït i declarar l'existència o inexis-

tència de responsabilitat patrimonial de l'Administració Pública. Conforme al citat article 91.3 de la Llei 30/1992:

“Si la qüestió suscitada per la incoació del procediment comportara interès general o fóra convenient substanciar-la per a la seua definició i esclariment, l'Administració podrà limitar els efectes del desistiment o la renúncia a l'interessat i seguirà el procediment”.

La resolució que posa fi a l'expedient no està subjecta al principi de congruència en els mateixos termes que ho està una sentència judicial. La resolució no sols decidix les qüestions plantejades pels interessats en el procediment, sinó també *“aquelles altres derivades d'este”* (article 89.1 Llei 30/1992), i durant la tramitació del procediment es pot haver descobert o constatat un mal funcionament que és contrari a la recta satisfacció dels interessos generals, i que per tant ha de ser corregit per a evitar que es torne a produir. Esta funció pública institucionalment complida per la completa tramitació del procediment, no és adequadament satisfeta quan es dona per acabat el procediment arxivant-se les actuacions despatxades, perquè el lesionat desistix de la seua acció rescabadora al saber quan i quant li pagarà la companyia asseguradora.

La Generalitat Valenciana manca de competències per a establir el règim material o substantiu de la responsabilitat patrimonial. En canvi, des de la perspectiva estrictament procedimental, no hi ha obstacles jurídics que impedisquen a una Comunitat Autònoma afegir algun tràmit que complemente el procediment establert en el Reglament de 26 de març de 1993. Respectant en la seua integritat les garanties procedimentals fixades en eixe Reglament estatal, res obsta que la Comunitat Autònoma afija algun tràmit encaminat a salvaguardar els interessos generals la satisfacció dels quals té encomanada la Generalitat Valenciana. En eixe sentit, el Govern Valencià pot aprovar un Reglament que establisca que, no obstant el desistiment de l'interessat, l'Administració continuarà la tramitació sempre que el procediment es referisca al mal funcionament o la inactivitat de l'Administració.

Sense perjuí de l'eventual conveniència o oportunitat d'eixa iniciativa normativa, cal concloure que la concertació d'una pòlissa d'assegurança

en cap supòsit elimina la preceptivitat de la consulta a este Consell Jurídic en totes les reclamacions d'indemnització de danys i perjudis a títol de responsabilitat patrimonial de l'Administració Pública.

ordinari, però no d'un recurs de les característiques exposades, com és l'extraordinari de revisió contra actes fermes”.

Les causes o circumstàncies en què cal fonamentar el recurs de revisió es referixen a vicis en la formació de la voluntat que s'expressa a través d'un acte administratiu. La voluntat pot sofrir els embats de l'error, falsejat, prevaricació, suborn, violència, maquinació fraudulenta o una altra conducta punible. En la descripció de les causes que poden fundar que prospere el recurs de revisió sempre s'inclou un document, que en ocasions és una sentència ferma (causes 3a i 4a) i altres vegades són altres documents que han d'estar ja en l'expedient (causa 1a) o que poden ser nous (causa 2a).

Interessa destacar eixa diferència entre la causa 1a i la 2a, ja que la revisió prevista en l'article 118.1.2a de la Llei 30/1992 només pot prosperar quan es tracte de documents nous. En este últim supòsit no es pot aprofitar el recurs per a incorporar documents que podrien haver sigut aportats abans que es dictara l'acte que ja ha guanyat fermesa, sinó que ha de tractar-se de nous documents. Així ho ha declarat el dictamen de 5 de desembre del 2002 (número 549/2002):

“Dels motius adduïts per la interessada per a fonamentar el seu recurs extraordinari de revisió, als que s'ha fet referència en la consideració anterior, resulta palmari que els dos primers són documents “nous” que aporta al procediment una vegada conclòs quan podria haver-los demanat i aportat durant la seua tramitació. Tant el certificat del Secretari de l'Ajuntament de La Vila Joiosa, com l'informe del seu Arquitecte, relatius al desnivell orogràfic i a l'existència de vials en determinats llocs de la zona proposada com a nucli de població, podrien haver-se aportat durant la instrucció del procediment d'autorització; i només tenen aquell caràcter de “nous” per haver sigut la interessada la que els ha sol·licitat i obtingut una vegada conclòs el procediment, quan va ser en este quan va haver d'acreditar si concorria la circumstància de desnivell orogràfic que ara pretén provar per mitjà dels documents que aporta, quan podria haver-ho fet llavors, per la qual cosa no procedix prendre'ls en consideració als efectes de l'article 118.1 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre”.

B) ABAST DE LA INTERVENCIÓ DEL CONSELL JURÍDIC CONSULTIU.

En eixe context se suscita quin és l'abast de la intervenció d'este Consell Jurídic Consultiu, bé limitar-se a examinar i si és procedent constatar l'eventual concurrència d'una d'eixes causes de revisió, o si una vegada declarada l'existència d'una d'estes causes procedix entrar a examinar el fons de la qüestió deduïda. Del dictamen de 5 de desembre del 2002 (número 549/2002), s'inferix que, amb freqüència, no és possible determinar l'efectiva concurrència de les causes de revisió 1a i 2a sense entrar a examinar el fons de la qüestió:

“Ara bé, no basta amb l'aparició de documents que evidencien un error, ja que la llei exigix que eixos documents tinguen caràcter essencial. Per a determinar si un concret document mereix o no la qualificació d'essencial, resulta forçós entrar en l'examen de la qüestió de fons. Perquè procedisca, en conseqüència, l'estimació del recurs extraordinari de revisió, els documents que aporta la interessada haurien d'acreditar que, si hagueren sigut coneguts, el sentit de la resolució haguera sigut distint al que es va adoptar”.

La qualificació sobre el caràcter essencial o accidental del document porta implícit l'examen de la qüestió de fons, perquè tindrà tal caràcter essencial quan conduiria a adoptar una resolució de signe distint; així s'inferix del dictamen de 9 d'abril del 2002 (número 149/2002):

“... la nota de valor essencial exigida en el precitat article pretén excloure aquells documents que, tot i haver-se'n conegut el contingut per l'Administració al dictar l'acte, no haurien suposat la resolució distinta de la dictada. Els documents aportats adquireixen importància des de la perspectiva del recurs de revisió quan servixen directament per a demostrar que l'acte recorregut haguera sigut distint si tal document haguera estat en l'expedient (haguera sigut conegut per l'Administració autora de l'acte) ja que hauria modificat la situació coneguda en aquell moment. Els documents han d'evidenciar l'error en la resolució recorre-

guda, per la qual cosa la resolució impugnada hauria d'haver sigut necessàriament distinta a l'adoptada".

En iguals termes es pronuncia el dictamen de 23 de maig del 2002 (número 236/2002). En definitiva, segons les particulars circumstàncies de fet a les quals es referix el recurs extraordinari de revisió i quina siga la causa en què es fonamente, el dictamen d'este Consell pot vore's obligat a pronunciar-se sobre la qüestió de fons objecte del recurs.

VIII RECAPITULACIÓ

La finalitat essencial a la qual estan encaminades les anteriors observacions és contribuir a l'assentament de criteris uniformes en l'aplicació i interpretació de les normes que regulen aquelles matèries que generen el nombre més gran de consultes (responsabilitat patrimonial, reglaments executius, recurs extraordinari de revisió). Els suggeriments estan adreçats a la millor satisfacció per la Generalitat Valenciana dels interessos generals.

