

# RECOPILACIÓN DOCTRINA LEGAL AÑO 2008



Consejo Jurídico  
de la Región de Murcia



Edita: Consejo Jurídico de la Región de Murcia  
Fotocomposición: Compobell, S.L. Murcia  
Impresión: Compobell, S.L. Murcia  
Depósito Legal: MU-1309-2000  
ISSN: 1577-0257  
ISBN: 978-84-933197-8-6



Consejo Jurídico de la  
Región de Murcia

# **Doctrina Legal del Año 2008**

Murcia, 2008



*Composición del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.*

*Consejeros:*

*Excmo. Sr. D. Mariano García Canales, Presidente*

*Excmo. Sr. D. Juan Megías Molina*

*Excmo. Sr. D. Manuel Martínez Ripoll*

*Excmo. Sr. D. Pedro Luis Sáez López*

*Excmo. Sr. D. Luis Alberto Gálvez Muñoz*

*Letrado-Secretario General:*

*Sr. D. Manuel María Contreras Ortiz.*





# Presentación

La Recopilación de Doctrina Legal del Consejo Jurídico de la Región de Murcia del año 2008 continúa la serie iniciada con la edición de la del año 1998, todo ello en cumplimiento del mandato que contiene el artículo 62 del Reglamento de Organización y Funcionamiento (Decreto 15/1998, de 2 de abril).

Se mantienen las pautas esenciales que conforman la edición en cuanto a clasificación y reseña de la totalidad de los Dictámenes, si bien no se reproducen aquéllos cuya fundamentación es reiterativa.

La consulta de Dictámenes esta disponible también en la siguiente dirección electrónica

<http://www.carm.es/carm/instituciones/consejur/>



# Índices

I. Índice numérico de los Dictámenes emitidos por el Consejo durante el año 2008.....	13
II. Relación de los Dictámenes por títulos competenciales previstos en el artículo 12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo.....	29
III. Índice de las materias por orden alfabético.....	47
IV. Índice de referencias normativas .....	51
V. Dictámenes de 2008.....	95



**I.- Índice numérico de los Dictámenes  
emitidos por el Consejo Jurídico  
durante el año 2008**



<b>NÚM.</b>	<b>MATERIA</b>	<b>PÁG.</b>
<b>01-08</b>	Revisión de oficio del acto administrativo por el que se solicita el abono de 1.391.481,80 euros, como consecuencia del servicio de recogida de residuos sólidos por parte de la empresa x .....	97
<b>02-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	111
<b>03-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	123
<b>04-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	134
<b>05-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	140
<b>06-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	157
<b>07-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una cazadora durante la jornada escolar .....	160
<b>08-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	164
<b>09-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	170
<b>10-08</b>	Reconocimiento de obligación sin fiscalización previa derivada del procedimiento de responsabilidad patrimonial instado por x, como consecuencia de errónea calificación en pruebas selectivas .....	175
<b>11-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	178
<b>12-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	184
<b>13-08</b>	Reconocimiento de obligaciones o gastos fundamentadas en la omisión de intervención previa de los mismos respecto al expediente relativo a la "Autovía de conexión de la A-7 en Alhama con el Campo de Cartagena" ..	194
<b>14-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	203
<b>15-08</b>	Revisión de oficio del acto administrativo por el que se solicita el abono de 160.723,96 euros, como consecuencia del servicio de limpieza viaria por parte de la empresa x .....	208

<b>16-08</b>	Anteproyecto de Ley de Adaptación del Instituto de la Vivienda y Suelo de la Región de Murcia a la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la CARM .....	208
<b>17-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	219
<b>18-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	229
<b>19-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	234
<b>20-08</b>	Resolución de contrato formalizado con la mercantil x, por la construcción de 12 unidades de educación primaria y dependencias anejas del Colegio Público Jesús García, de Lorquí .....	239
<b>21-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	251
<b>22-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	266
<b>23-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	272
<b>24-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	277
<b>25-08</b>	Revisión de oficio de actos nulos solicitada por x, contra liquidación complementaria en concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados .....	283
<b>26-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	287
<b>27-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	296
<b>28-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar .....	297
<b>29-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	297
<b>30-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	302
<b>31-08</b>	Proyecto de Decreto por el que se desarrolla la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia .....	305
<b>32-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	314



<b>33-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	331
<b>34-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, administrador único de y, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	341
<b>35-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	348
<b>36-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar .....	358
<b>37-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	361
<b>38-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	366
<b>39-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	366
<b>40-08</b>	Proyecto de Decreto de Centros Integrados de Formación Profesional de la Región de Murcia .....	366
<b>41-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	381
<b>42-08</b>	Proyecto de Decreto por el que se establece el Currículo de las Enseñanzas Elementales de Danza para la Región de Murcia .....	381
<b>43-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	389
<b>44-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	396
<b>45-08</b>	Resolución de contrato formalizado con la mercantil x, por la gestión y explotación del albergue municipal y zona recreativa en el municipio de Librilla.....	396
<b>46-08</b>	Proyecto de Decreto por el que se establece el Currículo de las Enseñanzas Elementales de Música para la Región de Murcia.....	408
<b>47-08</b>	Revisión de oficio del contrato adjudicado a la mercantil x, el 27 de febrero de 2001, por el que el Ayuntamiento de San Javier adquirió unos terrenos para la construcción del nuevo Hospital Comarcal que, finalmente, no fueron destinados a dicho fin.....	416
<b>48-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	430
<b>49-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	441
<b>50-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar .....	457

<b>51-08</b>	Proyecto de Orden por la que se regula el procedimiento para la acreditación del cumplimiento de las obligaciones tributarias con la administración pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia .....	466
<b>52-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	470
<b>53-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	481
<b>54-08</b>	Proyecto de decreto por el que se aprueba el reglamento de máquinas recreativas y de azar de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia .....	481
<b>55-08</b>	Proyecto de Decreto por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Academias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.....	505
<b>56-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar .....	513
<b>57-08</b>	Proyecto de Decreto por el que se establece el Currículo de las Enseñanzas Profesionales de Música para la Región de Murcia.....	514
<b>58-08</b>	Proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento para acreditar la deducción autonómica en el Impuesto sobre las Personas Físicas por inversiones en dispositivos domésticos de ahorro de agua .....	526
<b>59-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	530
<b>60-08</b>	Anteproyecto de Ley de creación del Colegio Profesional de Higienistas Dentales de la Región de Murcia .....	530
<b>61-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	540
<b>62-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar .....	540
<b>63-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	544
<b>64-08</b>	Proyecto de Decreto por el que se establece el Currículo de las Enseñanzas Profesionales de Danza para la Región de Murcia .....	547
<b>65-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, por daños y perjuicios sufridos por accidente de circulación .....	557
<b>66-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	560
<b>67-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar .....	560
<b>68-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	563

<b>69-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar.....	566
<b>70-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	570
<b>71-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	570
<b>72-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	570
<b>73-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por el fallecimiento de su hijo .....	575
<b>74-08</b>	Anteproyecto de Ley de creación del Colegio Profesional de Terapeutas Ocupacionales de la Región de Murcia.....	575
<b>75-08</b>	Proyecto de Orden de creación del precio público a aplicar por el Ente Público del Agua de la Región de Murcia, por abastecimiento de agua potable en alta procedente de la desalación en la CARM .....	576
<b>76-08</b>	Resolución de contrato formalizado con la mercantil x, por las obras del jardín en la calle Rafael Albertí, del Barrio de los Poetas en el municipio de Bullas.....	586
<b>77-08</b>	Proyecto de Decreto por el que se regula el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia .....	593
<b>78-08</b>	Resolución de contrato formalizado con la mercantil x, por diversas obras en la pedanía de la Copa de Bullas, en el municipio de Bullas .....	601
<b>79-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	611
<b>80-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por la mercantil x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios empleo y formación.....	616
<b>81-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	622
<b>82-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	631
<b>83-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	632
<b>84-08</b>	Revisión de oficio instada por x, contra la resolución sancionadora 107/04 del Director General de Ganadería y Pesca .....	632
<b>85-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	639

<b>86-08</b>	Proyecto de decreto por el que se establecen los requisitos adicionales para la instalación, inspección, puesta en servicio, uso y mantenimiento de grúas torre desmontables para obras u otras instalaciones .....	643
<b>87-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	653
<b>88-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	667
<b>89-08</b>	Proyecto de Decreto por el que se establece el régimen de concesión directa de subvenciones relacionadas con la iniciativa en materia de empleo denominada cheque empleo.....	667
<b>90-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	683
<b>91-08</b>	Modificación de contrato de las obras de la Urbanización del Campo de los Juncos en Cartagena.....	690
<b>92-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	699
<b>93-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar .....	699
<b>94-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, por daños y perjuicios sufridos por accidente de circulación ocurrido en la carretera MU-602 (Cartagena-Alhama de Murcia).....	700
<b>95-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	703
<b>96-08</b>	Proyecto de decreto por el que se concreta la distribución de competencias en materia de establecimientos relacionados con los medicamentos veterinarios y piensos medicamentosos en la Región de Murcia .....	704
<b>97-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	716
<b>98-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	722
<b>99-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por el fallecimiento de su hija menor de edad, en la piscina municipal de Archena .....	722
<b>100-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	733
<b>101-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	733
<b>102-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	733

<b>103-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	747
<b>104-08</b>	Resolución de contrato formalizado con la mercantil x, por los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria en el municipio de Abarán .....	747
<b>105-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	762
<b>106-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	769
<b>107-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	769
<b>108-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	774
<b>109-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	783
<b>110-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una plantación de su propiedad.....	783
<b>111-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por la rotura de unas gafas en el recinto de la Universidad Politécnica de Cartagena.....	791
<b>112-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	794
<b>113-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x como consecuencia de los daños sufridos por una caída en el aparcamiento del H.G.U. Virgen de la Arrixaca.....	795
<b>114-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar.....	802
<b>115-08</b>	Proyecto de Decreto por el que se crea el registro de empresas oficialmente reconocidas para la realización de inspecciones técnicas de medios de aplicación fitosanitaria (ITMAF) y, los requisitos técnicos que deben cumplir tales empresas para realizar esa actividad .....	807
<b>116-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de “---”, S.A., como consecuencia de los daños sufridos por la denegación de la solicitud de renovación de su actividad.....	824
<b>117-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar.....	835
<b>118-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	848
<b>119-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	863

<b>120-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	863
<b>121-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	867
<b>122-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una vivienda de su propiedad.....	890
<b>123-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente de circulación, en la carretera de la Alberca..	903
<b>124-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	909
<b>125-08</b>	Proyecto de Decreto sobre el Registro de empresas acreditadas como contratistas y subcontratistas en el sector de la construcción en la Región de Murcia .....	920
<b>126-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	932
<b>127-08</b>	Consulta facultativa sobre la composición de los tribunales que han de juzgar las pruebas selectivas para el acceso a personal funcionario y laboral tras la entrada en vigor del Estatuto de la Función Pública (Ley 7/07).....	947
<b>128-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	960
<b>129-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en vehículos de su propiedad.....	966
<b>130-08</b>	Resolución de discrepancias entre la Intervención General y la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación en el expediente de modificación de las obras de construcción de un instituto de educación secundaria obligatoria en Pozo Estrecho (Cartagena).....	973
<b>131-08</b>	Resolución de discrepancias entre la Intervención General y la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación en el expediente:”Modificado obras de construcción y ampliación de 2 líneas para educación infantil y primaria en el C.P. Sagrado Corazón de Lorca (Murcia) .....	979
<b>132-08</b>	Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo del segundo ciclo de educación infantil en la CARM.....	980
<b>133-08</b>	Proyecto de Decreto por el que se establece la estructura y el currículo de Bachillerato en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.....	989
<b>134-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de la Federación de Municipios de la Región de Murcia, como consecuencia de los daños ocasionados por la declaración del cierre del PRODER..	1000
<b>135-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	1005

<b>136-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	1016
<b>137-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	1016
<b>138-08</b>	Proyecto de Orden por el que se establece el contenido y plazo para su elaboración de la Memoria anual de seguimiento del Plan Estratégico de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia 2007-2010 .....	1016
<b>139-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo por accidente escolar .....	1018
<b>140-08</b>	Proyecto de Decreto por el que se regula el régimen económico de los derechos de alta y otros costes a percibir por las compañías distribuidoras de gas natural por la canalización .....	1019
<b>141-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	1033
<b>142-08</b>	Proyecto de Decreto por el que se aprueban los Estatutos del Instituto de Seguridad y Salud Laboral de la Región de Murcia.....	1039
<b>143-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1052
<b>144-08</b>	Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Estatuto Básico de Centros de Día de Persona Mayores de la Región de Murcia, dependientes del I.M.A.S.....	1052
<b>145-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar .....	1069
<b>146-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar .....	1070
<b>147-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1070
<b>148-08</b>	Modificación de contrato de las obras de construcción de un Centro de Salud en Ceutí (Murcia) .....	1073
<b>149-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1087
<b>150-08</b>	Revisión de oficio de acto administrativo tributario dictado en expediente de inspección por los conceptos de ITP y AJD, solicitada por x .....	1098
<b>151-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar .....	1101
<b>152-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1102
<b>153-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1102

<b>154-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1102
<b>155-08</b>	Proyecto de Decreto sobre el reconocimiento de Distintivos de Calidad de Obras, de Productos y de Servicios utilizados en la edificación .....	1123
<b>156-08</b>	Reclamación patrimonial instada por x, como consecuencia de accidente escolar .....	1137
<b>157-08</b>	Revisión de oficio de actos nulos iniciada por Orden de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, de fecha 18 de julio de 2008, en relación con el tercer ejercicio de las pruebas selectivas para el acceso por el turno libre al Cuerpo de Auxiliares Administrativos, derivadas de la OPE 2004.....	1142
<b>158-08</b>	Proyecto de Decreto por el que se regula el funcionamiento del control lechero oficial en la región de Murcia y se constituye la Comisión Regional y el Centro Autonómico de Control Lechero de la Región de Murcia .....	1154
<b>159-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de accidente escolar .....	1163
<b>160-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1163
<b>161-08</b>	Proyecto de Decreto sobre publicación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales.....	1171
<b>162-08</b>	Reconocimiento de obligaciones contraídas en el expediente de contratación de “Diseño y ejecución del suministro e instalación de la exposición permanente del Museo de Arqueología de Murcia” con omisión del trámite de fiscalización previa .....	1179
<b>163-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1182
<b>164-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1197
<b>165-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por robo en centro escolar.....	1217
<b>166-08</b>	Reconocimiento de obligaciones contraídas por los trabajos selvícolas preventivos contra incendios forestales realizados por la empresa x, durante el mes de octubre de 2007, con omisión del trámite de fiscalización previa	1222
<b>167-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente fuera del recinto escolar .....	1227
<b>168-08</b>	Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	1235
<b>169-08</b>	Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2009.....	1236



<b>170-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1243
<b>171-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1252
<b>172-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar .....	1253
<b>173-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1267
<b>174-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, Presidente de la Comunidad de Regantes y, como consecuencia de los daños sufridos por la rotura de una acequia.....	1279
<b>175-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1287
<b>176-08</b>	Proyecto de Orden sobre Señalización Adicional e Identificación de las Oficinas de Farmacia de la Región de Murcia.....	1287
<b>177-08</b>	Anteproyecto de Ley de Medidas Tributarias en materia de tributos cedidos y tributos propios para el año 2009 .....	1295
<b>178-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1302
<b>179-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de y, como consecuencia de los daños sufridos por apertura de oficina de farmacia.....	1308
<b>180-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1324
<b>181-08</b>	Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia .....	1324
<b>182-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1343
<b>183-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1343
<b>184-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	1360
<b>185-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1360
<b>186-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	1378
<b>187-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	1378

<b>188-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	1378
<b>189-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente en centro escolar.....	1383
<b>190-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de “---” S.A., como consecuencia de los daños sufridos en edificio.....	1392
<b>191-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	1397
<b>192-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una explotación ganadera de su propiedad.....	1400
<b>193-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una nave de su propiedad.....	1409
<b>194-08</b>	Proyecto de decreto por el que se modifica el Decreto 221/2006, de 27 de octubre, por el que se regulan los Clubes Deportivos y Entidades de Promoción y Recreación Deportiva de la Región de Murcia .....	1416
<b>195-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1420
<b>196-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1420
<b>197-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	1436
<b>198-08</b>	Anteproyecto de Ley de los derechos y deberes de los usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia.....	1444
<b>199-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	1457
<b>200-08</b>	Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 92/2005, de 22 de julio, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual y su régimen de uso en la Región de Murcia.....	1458
<b>201-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1462
<b>202-08</b>	Reconocimiento de obligaciones contraídas por los trabajos selvícolas preventivos contra incendios forestales realizados por la empresa “---” S.A., durante el mes de octubre de 2007, con omisión del trámite de fiscalización previa.....	1468
<b>203-08</b>	Proyecto de Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública por la que se desarrolla el artículo 21.7 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, en relación con determinados recursos de derecho público .....	1473
<b>204-08</b>	Revisión de oficio del acuerdo de Pleno sobre la aprobación definitiva del proyecto de Modificación de las Normas Urbanísticas y Ordenanzas Regulatoras del P.E.P.R.I. ....	1481

<b>205-08</b>	Reconocimiento de obligaciones derivadas de la Orden de 28 de julio de 2008 de la Consejería de Desarrollo Sostenible y Ordenación del Territorio de Concesión de Subvenciones para 2008 en materia de paisaje a Ayuntamientos y Consorcios, con omisión del trámite de fiscalización previa.....	1489
<b>206-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1489
<b>207-08</b>	Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de construcción de diversas unidades educativas en el Colegio Público “Bahía de Mazarrón” (Murcia), con omisión del trámite de fiscalización previa.....	1496
<b>208-08</b>	Reconocimiento de obligaciones contraídas por la adquisición de dos vehículos con destino al Instituto de Seguridad y Salud Laboral, con omisión del trámite de fiscalización previa.....	1499
<b>209-08</b>	Proyecto de decreto que modifica el Decreto 51/1986, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 3/1985, de 10 de julio, de creación del Organismo Autónomo Imprenta Regional de Murcia .....	1499
<b>210-08</b>	Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de construcción de un Instituto de Educación Secundaria en Pozo Estrecho (Cartagena), con omisión del trámite de fiscalización previa.....	1510
<b>211-08</b>	Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de construcción y ampliación de 2 líneas para Educación Infantil y Primaria en el C.P. Sagrado Corazón de Lorca (Murcia), con omisión del trámite de fiscalización previa.....	1510
<b>212-08</b>	Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de construcción de un nuevo colegio público de Educación Infantil en Lorca (Murcia), con omisión del trámite de fiscalización previa.....	1514
<b>213-08</b>	Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de construcción de un Colegio Público de Infantil y Primaria en la zona norte de Murcia (CR-5), con omisión del trámite de fiscalización previa .....	1514
<b>214-08</b>	Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de ampliación del I.E.S. “Antonio Menárguez Costa” de los Alcázares (Murcia), con omisión del trámite de fiscalización previa.....	1515
<b>215-08</b>	Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de instalación de la red informática y cuadros eléctricos en el I.E.S. “Ingeniero de la Cierva” de Patiño (Murcia), con omisión del trámite de fiscalización previa.....	1515
<b>216-08</b>	Proyecto Decreto por el que se regula la prestación de los servicios de recaudación de determinados derechos económicos de la Hacienda Pública Regional por la Agencia Regional de Recaudación .....	1520

<b>217-08</b>	Reconocimiento de obligaciones contraídas por los trabajos selvícolas preventivos contra incendios forestales realizados por la empresa x, durante los meses de septiembre y octubre de 2008, con omisión del trámite de fiscalización previa .....	1528
<b>218-08</b>	Proyecto de decreto por el que se establece la ordenación de las Enseñanzas de Idiomas de Régimen Especial en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y el currículo correspondiente al nivel avanzado .....	1529
<b>219-08</b>	Responsabilidad patrimonial instada por en nombre y representación de su hija, como consecuencia de los daños sufridos por accidente escolar.....	1537

**II. Relación de los Dictámenes por  
títulos competenciales previstos en  
los artículos 11 y 12  
de la Ley 2/1997, de 19 de mayo**



NÚM.	PÁG.
<b>A) Preceptivos:</b>	
<b>1.-Anteproyectos de reforma del Estatuto de Autonomía.</b>	
	<b>Subtotal.....0</b>
<b>2.- Anteproyecto de ley.</b>	
16-08 Anteproyecto de Ley de Adaptación del Instituto de la Vivienda y Suelo de la Región de Murcia a la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la CARM. ....	208
60-08 Anteproyecto de Ley de creación del Colegio Profesional de Higienistas Dentales de la Región de Murcia .....	530
74-08 Anteproyecto de Ley de creación del Colegio Profesional de Terapeutas Ocupacionales de la Región de Murcia.....	575
169-08 Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2009 .....	1236
177-08 Anteproyecto de Ley de Medidas Tributarias en materia de tributos cedidos y tributos propios para el año 2009 .....	1295
198-08 Anteproyecto de Ley de los derechos y deberes de los usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia.....	1444
	<b>Subtotal.....6</b>
<b>3.- Proyectos de Decretos Legislativos</b>	
	<b>Subtotal.....0</b>
<b>4.- Anteproyectos de Ley o proyectos de disposiciones administrativas que afecten a la organización, competencia o funcionamiento del Consejo Jurídico.</b>	
	<b>Subtotal.....0</b>
<b>5.- Proyectos de reglamento o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional o que constituyan desarrollo legislativo de legislación básica del Estado.</b>	

31-08	Proyecto de Decreto por el que se desarrolla la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.....	305
40-08	Proyecto de Decreto de Centros Integrados de Formación Profesional de la Región de Murcia .....	366
42-08	Proyecto de Decreto por el que se establece el Currículo de las Enseñanzas Elementales de Danza para la Región de Murcia .....	381
46-08	Proyecto de Decreto por el que se establece el Currículo de las Enseñanzas Elementales de Música para la Región de Murcia.....	408
51-08	Proyecto de Orden por la que se regula el procedimiento para la acreditación del cumplimiento de las obligaciones tributarias con la administración pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia .....	466
54-08	Proyecto de decreto por el que se aprueba el reglamento de máquinas recreativas y de azar de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia	481
55-08	Proyecto de Decreto por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Academias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.....	505
57-08	Proyecto de Decreto por el que se establece el Currículo de las Enseñanzas Profesionales de Música para la Región de Murcia.....	514
58-08	Proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento para acreditar la deducción autonómica en el Impuesto sobre las Personas Físicas por inversiones en dispositivos domésticos de ahorro de agua .....	526
64-08	Proyecto de Decreto por el que se establece el Currículo de las Enseñanzas Profesionales de Danza para la Región de Murcia .....	547
75-08	Proyecto de Orden de creación del precio público a aplicar por el Ente Público del Agua de la Región de Murcia, por abastecimiento de agua potable en alta procedente de la desalación en la CARM .....	576
77-08	Proyecto de Decreto por el que se regula el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia .....	593
86-08	Proyecto de decreto por el que se establecen los requisitos adicionales para la instalación, inspección, puesta en servicio, uso y mantenimiento de grúas torre desmontables para obras u otras instalaciones .....	643
89-08	Proyecto de Decreto por el que se establece el régimen de concesión directa de subvenciones relacionadas con la iniciativa en materia de empleo denominada cheque empleo.....	667
96-08	Proyecto de decreto por el que se concreta la distribución de competencias en materia de establecimientos relacionados con los medicamentos veterinarios y piensos medicamentosos en la Región de Murcia .....	704



115-08	Proyecto de Decreto por el que se crea el registro de empresas oficialmente reconocidas para la realización de inspecciones técnicas de medios de aplicación fitosanitaria (ITMAF) y, los requisitos técnicos que deben cumplir tales empresas para realizar esa actividad .....	807
125-08	Proyecto de Decreto sobre el Registro de empresas acreditadas como contratistas y subcontratistas en el sector de la construcción en la Región de Murcia .....	920
132-08	Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo del segundo ciclo de educación infantil en la CARM.....	980
133-08	Proyecto de Decreto por el que se estable la estructura y el currículo de Bachillerato en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.....	989
138-08	Proyecto de Orden por el que se establece el contenido y plazo para su elaboración de la Memoria anual de seguimiento del Plan Estratégico de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia 2007-2010 .....	1016
140-08	Proyecto de Decreto por el que se regula el régimen económico de los derechos de alta y otros costes a percibir por las compañías distribuidoras de gas natural por la canalización .....	1019
142-08	Proyecto de Decreto por el que se aprueban los Estatutos del Instituto de Seguridad y Salud Laboral de la Región de Murcia.....	1039
144-08	Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Estatuto Básico de Centros de Día de Persona Mayores de la Región de Murcia, dependientes del I.M.A.S.....	1052
155-08	Proyecto de Decreto sobre el reconocimiento de Distintivos de Calidad de Obras, de Productos y de Servicios utilizados en la edificación .....	1123
158-08	Proyecto de Decreto por el que se regula el funcionamiento del control lechero oficial en la región de Murcia y se constituye la Comisión Regional y el Centro Autonómico de Control Lechero de la Región de Murcia .....	1154
161-08	Proyecto de Decreto sobre publicación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales .....	1171
176-08	Proyecto de Orden sobre Señalización Adicional e Identificación de las Oficinas de Farmacia de la Región de Murcia.....	1287
181-08	Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia .....	1324
194-08	Proyecto de decreto por el que se modifica el Decreto 221/2006, de 27 de octubre, por el que se regulan los Clubes Deportivos y Entidades de Promoción y Recreación Deportiva de la Región de Murcia .....	1416
200-08	Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 92/2005, de 22 de julio, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual y su régimen de uso en la Región de Murcia.....	1458

203-08	Proyecto de Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública por la que se desarrolla el artículo 21.7 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, en relación con determinados recursos de derecho público.....	1473
209-08	Proyecto de decreto que modifica el Decreto 51/1986, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 3/1985, de 10 de julio, de creación del Organismo Autónomo Imprenta Regional de Murcia .....	1499
216-08	Proyecto Decreto por el que se regula la prestación de los servicios de recaudación de determinados derechos económicos de la Hacienda Pública Regional por la Agencia Regional de Recaudación.....	1520
218-08	Proyecto de decreto por el que se establece la ordenación de las Enseñanzas de Idiomas de Régimen Especial en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y el currículo correspondiente al nivel avanzado ..	1529

**Subtotal.....34**

**6.- Revisión de oficio de los actos administrativos en los casos previstos por las leyes.**

01-08	Revisión de oficio del acto administrativo por el que se solicita el abono de 1.391.481,80 euros, como consecuencia del servicio de recogida de residuos sólidos por parte de la empresa x .....	97
15-08	Revisión de oficio del acto administrativo por el que se solicita el abono de 160.723,96 euros, como consecuencia del servicio de limpieza viaria por parte de la empresa x .....	208
25-08	Revisión de oficio de actos nulos solicitada por x, contra liquidación complementaria en concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados .....	283
47-08	Revisión de oficio del contrato adjudicado a la mercantil x, el 27 de febrero de 2001, por el que el Ayuntamiento de San Javier adquirió unos terrenos para la construcción del nuevo Hospital Comarcal que, finalmente, no fueron destinados a dicho fin .....	416
84-08	Revisión de oficio instada por x, contra la resolución sancionadora 107/04 del Director General de Ganadería y Pesca.....	632
150-08	Revisión de oficio de acto administrativo tributario dictado en expediente de inspección por los conceptos de ITP y AJD, solicitada por x .....	1098
157-08	Revisión de oficio de actos nulos iniciada por Orden de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, de fecha 18 de julio de 2008, en relación con el tercer ejercicio de las pruebas selectivas para el acceso por el turno libre al Cuerpo de Auxiliares Administrativos, derivadas OPE 2004.....	1142
204-08	Revisión de oficio del acuerdo de Pleno sobre la aprobación definitiva del proyecto de Modificación de las Normas Urbanísticas y Ordenanzas Reguladoras del P.E.P.R.I. ....	1481

**Subtotal.....8**

**7.- Nulidad, interpretación y resolución de contratos administrativos y concesiones cuando se formule oposición por parte del contratista.**

20-08	Resolución de contrato formalizado con la mercantil x, por la construcción de 12 unidades de educación primaria y dependencias anejas del Colegio Público Jesús García, de Lorqui.....	239
45-08	Resolución de contrato formalizado con la mercantil x, por la gestión y explotación del albergue municipal y zona recreativa en el municipio de Librilla.....	396
76-08	Resolución de contrato formalizado con la mercantil x, por las obras del jardín en la calle Rafael Albertí, del Barrio de los Poetas en el municipio de Bullas.....	586
78-08	Resolución de contrato formalizado con la mercantil x, por diversas obras en la pedanía de la Copa de Bullas, en el municipio de Bullas .....	601
104-08	Resolución de contrato formalizado con la mercantil x, por los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria en el municipio de Abarán .....	747
	<b>Subtotal.....</b>	<b>5</b>

**8.- Modificación de contratos administrativos de cuantía superior al veinte por ciento del precio inicial, siendo éste igual o superior a cien millones de pesetas.**

91-08	Modificación de contrato de las obras de la Urbanización del Campo de los Juncos en Cartagena.....	690
148-08	Modificación de contrato de las obras de construcción de un Centro de Salud en Ceutí (Murcia) .....	1073
	<b>Subtotal.....</b>	<b>2</b>

**9.- Reclamaciones que en concepto de responsabilidad patrimonial se formulen ante la Administración Regional.**

02-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	111
03-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	123
04-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	134
05-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	140
06-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar.....	157
07-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una cazadora durante la jornada escolar.....	160

08-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	164
09-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	170
11-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	178
12-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	184
14-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	203
17-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	219
18-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	229
19-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	234
21-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	251
22-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	266
23-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	272
24-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	277
26-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	287
27-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	296
28-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar .....	297
29-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	297
30-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	302
32-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	314
33-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	331

34-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, administrador único de y, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	341
35-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	348
36-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar .....	358
37-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	361
38-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	366
39-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	366
41-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	381
43-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	389
44-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	396
48-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	430
49-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	441
50-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar .....	457
52-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	470
53-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	481
56-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar .....	513
59-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	530
61-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	540
62-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar .....	540
63-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	544

65-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, por daños y perjuicios sufridos por accidente de circulación .....	557
66-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	560
67-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar .....	560
68-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	563
69-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	566
70-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	570
71-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	570
72-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	570
73-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por el fallecimiento de su hijo .....	575
79-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	611
80-08	Responsabilidad patrimonial instada por la mercantil x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios empleo y formación .....	616
81-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	622
82-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	631
83-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	632
85-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	639
87-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	653
88-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	667
90-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar .....	683
92-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	699

93-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar.....	699
94-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, por daños y perjuicios sufridos por accidente de circulación ocurrido en la carretera MU-602 (Cartagena-Alhama de Murcia).....	700
95-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	703
97-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	716
98-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	722
99-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por el fallecimiento de su hija menor de edad, en la piscina municipal de Archena.....	722
100-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	733
101-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	733
102-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	733
103-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	747
105-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	762
106-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar.....	769
107-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	769
108-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	774
109-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	783
110-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una plantación de su propiedad.....	783
111-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por la rotura de unas gafas en el recinto de la Universidad Politécnica de Cartagena.....	791
112-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	794

113-08	Responsabilidad patrimonial instada por x como consecuencia de los daños sufridos por una caída en el aparcamiento del H.G.U. Virgen de la Arrixaca.....	795
114-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar.....	802
116-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de “---”, S.A., como consecuencia de los daños sufridos por la denegación de la solicitud de renovación de su actividad.....	824
117-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar.....	835
118-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	848
119-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	863
120-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	863
121-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	867
122-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una vivienda de su propiedad.....	890
123-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente de circulación, en la carretera de la Alberca..	903
124-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	909
126-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.....	932
128-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	960
129-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en vehículos de su propiedad.....	966
134-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de la Federación de Municipios de la Región de Murcia, como consecuencia de los daños ocasionados por la declaración del cierre del PRODER.....	1000
135-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	1005
136-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	1016
137-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.....	1016



139-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo por accidente escolar .....	1018
141-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	1033
143-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1052
145-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar .....	1069
146-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar .....	1070
147-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1070
149-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1087
151-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar .....	1101
152-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1102
153-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1102
154-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1102
156-08	Reclamación patrimonial instada por x, como consecuencia de accidente escolar .....	1137
159-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de accidente escolar .....	1163
160-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1163
163-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1182
164-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1197
165-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por robo en centro escolar.....	1217
167-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente fuera del recinto escolar .....	1227
168-08	Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	1235

170-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1243
171-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1252
172-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar .....	1253
173-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1267
174-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, Presidente de la Comunidad de Regantes y, como consecuencia de los daños sufridos por la rotura de una acequia.....	1279
175-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1287
178-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1302
179-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de y, como consecuencia de los daños sufridos por apertura de oficina de farmacia.....	1308
180-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1324
182-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1343
183-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1343
184-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	1360
185-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1360
186-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	1378
187-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	1378
188-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	1378
189-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente en centro escolar.....	1383
190-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de “---” S.A., como consecuencia de los daños sufridos en edificio.....	1392

191-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	1397
192-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una explotación ganadera de su propiedad .....	1400
193-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una nave de su propiedad .....	1409
195-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1420
196-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1420
197-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	1436
199-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad .....	1457
201-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1462
206-08	Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios .....	1489
219-08	Responsabilidad patrimonial instada por en nombre y representación de su hija, como consecuencia de los daños sufridos por accidente escolar .....	1537
	<b>Subtotal.....</b>	<b>146</b>

**10.- Anteproyectos de Ley de concesión de créditos extraordinarios o suplementos de crédito.**

**Subtotal.....0**

**11.- Propuestas de transacciones extrajudiciales y de sometimiento a arbitraje sobre los bienes y derechos de la Hacienda Regional.**

**Subtotal.....0**

**12.- Propuestas que se proyecte elevar al Consejo de Gobierno sobre reconocimiento de obligaciones o gastos fundamentadas en la omisión de la intervención previa de la misma.**

10-08	Reconocimiento de obligación sin fiscalización previa derivada del procedimiento de responsabilidad patrimonial instado por x, como consecuencia de errónea calificación en pruebas selectivas .....	175
13-08	Reconocimiento de obligaciones o gastos fundamentadas en la omisión de intervención previa de los mismos respecto al expediente relativo a la “Autovía de conexión de la A-7 en Alhama con el Campo de Cartagena”..	194
162-08	Reconocimiento de obligaciones contraídas en el expediente de contratación de “Diseño y ejecución del suministro e instalación de la exposición permanente del Museo de Arqueología de Murcia” con omisión del trámite de fiscalización previa .....	1179

166-08 Reconocimiento de obligaciones contraídas por los trabajos selvícolas preventivos contra incendios forestales realizados por la empresa x, durante el mes de octubre de 2007, con omisión del trámite de fiscalización previa .....	1222
202-08 Reconocimiento de obligaciones contraídas por los trabajos selvícolas preventivos contra incendios forestales realizados por la empresa “---” S.A., durante el mes de octubre de 2007, con omisión del trámite de fiscalización previa .....	1468
205-08 Reconocimiento de obligaciones derivadas de la Orden de 28 de julio de 2008 de la Consejería de Desarrollo Sostenible y Ordenación del Territorio de Concesión de Subvenciones para 2008 en materia de paisaje a Ayuntamientos y Consorcios, con omisión del trámite de fiscalización previa.....	1489
207-08 Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de construcción de diversas unidades educativas en el Colegio Público “Bahía de Mazarrón” (Murcia), con omisión del trámite de fiscalización previa.....	1496
208-08 Reconocimiento de obligaciones contraídas por la adquisición de dos vehículos con destino al Instituto de Seguridad y Salud Laboral, con omisión del trámite de fiscalización previa.....	1499
210-08 Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de construcción de un Instituto de Educación Secundaria en Pozo Estrecho (Cartagena), con omisión del trámite de fiscalización previa.....	1510
211-08 Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de construcción y ampliación de 2 líneas para Educación Infantil y Primaria en el C.P. Sagrado Corazón de Lorca (Murcia), con omisión del trámite de fiscalización previa.....	1510
212-08 Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de construcción de un nuevo colegio público de Educación Infantil en Lorca (Murcia), con omisión del trámite de fiscalización previa.....	1514
213-08 Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de construcción de un Colegio Público de Infantil y Primaria en la zona norte de Murcia (CR-5), con omisión del trámite de fiscalización previa .....	1514
214-08 Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de ampliación del I.E.S. “Antonio Menárguez Costa” de los Alcázares (Murcia), con omisión del trámite de fiscalización previa.....	1515
215-08 Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de instalación de la red informática y cuadros eléctricos en el I.E.S. “Ingeniero de la Cierva” de Patiño (Murcia), con omisión del trámite de fiscalización previa .....	1515
217-08 Reconocimiento de obligaciones contraídas por los trabajos selvícolas preventivos contra incendios forestales realizados por la empresa x, durante los meses de septiembre y octubre de 2008, con omisión del trámite de fiscalización previa .....	1528
<b>Subtotal.....</b>	<b>15</b>

**13.- Propuestas de resolución de reparos formulados o confirmados por la Intervención General de la Comunidad Autónoma y que deban ser decididos por el Consejo de Gobierno.**

130-08 Resolución de discrepancias entre la Intervención General y la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación en el expediente de modificación de las obras de construcción de un instituto de educación secundaria obligatoria en Pozo Estrecho (Cartagena)..... 973

131-08 Resolución de discrepancias entre la Intervención General y la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación en el expediente: "Modificado obras de construcción y ampliación de 2 líneas para educación infantil y primaria en el C.P. Sagrado Corazón de Lorca (Murcia)" ..... 979

**Subtotal.....2**

**14.- Propuestas de resolución de expedientes administrativos de responsabilidad contable que corresponda decidir al Consejo de Gobierno.**

**Subtotal.....0**

**15- Pliegos generales para contratación y para concesiones.**

**Subtotal.....0**

**16.- Alteración, creación y supresión de municipios.**

**Subtotal.....0**

**17.- Cualquier otro asunto que por decisión expresa de una ley haya de ser consultado al Consejo.**

**Subtotal.....0**

**Subtotal Preceptivos.....218**

**B) Potestativos:**

127-08 Consulta facultativa sobre la composición de los tribunales que han de juzgar las pruebas selectivas para el acceso a personal funcionario y laboral tras la entrada en vigor del Estatuto de la Función Pública (Ley 7/07)..... 947

**Subtotal Potestativos.....1**

**T O T A L .....219**



### **III.- Índice alfabético de materias**





**MATERIA DEL DICTAMEN**

---

**ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN:** 94-08,123-08.

**ACCIDENTE ESCOLAR:** 06-08,09-08,18-08,27-08,28-08,30-08,36-08,38-08,41-08,44-08,50-08,53-08,56-08,61-08,62-08,63-08,67-08,68-08,69-08,90-08,93-08,106-08,114-08,117-08,139-08,145-08,146-08,151-08,156-08,159-08,172-08,189-08,219-08.

**CARRETERAS:** 192-08.

**CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:** 45-08.

**CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN/PRIVADOS:** 76-08,78-08,91-08,104-08,  
**DAÑOS:** 07-08,08-08,65-08,80-08,94-08,99-08,110-08,111-08,113-08,116-08,122-08,123-08,134-08,156-08,167-08,174-08,190-08.

**FARMACIAS:** 179-08.

**GAS NATURAL:** 140-08.

**INTERVENCIÓN Y FISCALIZACIÓN:** 162-08,166-08,202-08,205-08,207-08,208-08,210-08,211-08,212-08,213-08,214-08,215-08,217-08.

**OBRAS DE CONSTRUCCIÓN:** 13-08,20-08,130-08,131-08,148-08,207-08,210-08,211-08,212-08,213-08,214-08,215-08.

**OBRAS HIDRÁULICAS:** 193-08.

**REGLAMENTOS:** 16-08,31-08,40-08,42-08,46-08,51-08,54-08,55-08,57-08,58-08,60-08,64-08,74-08,75-08,77-08,86-08,89-08,96-08,115-08,125-08,132-08,133-08,140-08,142-08,144-08,155-08,158-08,161-08,169-08,176-08,177-08,181-08,194-08,198-08,200-08,203-08,209-08,216-08,218-08.

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN:** 10-08,73-08.

**REVISIÓN DE OFICIO:** 01-08,15-08,25-08,47-08,84-08,150-08,157-08,204-08.

**SANIDAD:** 02-08,03-08,05-08,11-08,12-08,17-08,21-08,24-08,26-08,32-08,35-08,39-08,48-08,49-08,52-08,59-08,66-08,70-08,72-08,81-08,82-08,83-08,87-08,88-08,92-08,97-08,100-08,101-08,102-08,103-08,105-08,108-08,112-08,118-08,121-08,124-08,126-08,143-08,147-08,149-08,152-08,153-08,154-08,160-08,163-08,164-08,170-08,171-08,173-08,175-08,178-08,180-08,182-08,183-08,185-08,195-08,196-08,201-08,206-08.

**SUBVENCIONES:** 138-08,205-08,

**SUSTRACIÓN:** 165-08.

**VEHÍCULOS:** 04-08,14-08,19-08,22-08,23-08,29-08,33-08,34-08,37-08,43-08,71-08,79-08,85-08,95-08,98-08,107-08,109-08,119-08,120-08,128-08,129-08,135-08,136-08,137-08,141-08,168-08,184-08,186-08,187-08,188-08,191-08,197-08,199-08,208-08.



## **IV.- Índice de referencias normativas**



## ÁMBITOS

1. Normativa Comunitaria
2. Normativa Estatal
3. Normativa Autonómica

## ORGANIZACIÓN DE LAS DISPOSICIONES

01. Pacto Internacional
02. Convenio Internacional
03. Tratado Internacional
04. Tratado de la C.E.
05. Directiva de la C.E.
06. Reglamento Comunitario
07. Constitución Española de 27 de diciembre de 1978
08. Estatutos de Autonomía
09. Ley Orgánica
10. Ley
11. Texto Articulado
12. Texto Refundido
13. Real Decreto-Ley
14. Real Decreto Legislativo
15. Decreto Legislativo
16. Real Decreto
17. Decreto
18. Códigos
19. Orden
20. Reglamento
21. Ordenanza
22. Resolución
23. Resolución Rectoral
24. Acuerdo

NOTA: Dentro de cada ámbito la disposición se resalta en negrita para facilitar su localización, ordenándose por fecha de publicación. Asimismo, se agrupan los dictámenes a que hacen referencia.

## **ÁMBITO: 1.-Normativa Comunitaria**

### **05.-Directiva de la C.E.**

**89/106/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros sobre los productos de construcción.**

Genérico: 155-08.

**91/414/CEE, del Consejo, de 15 de julio de 1991, relativa a la comercialización de productos fitosanitarios.**

Genérico: 115-08.

**98/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998, que modifica la Directiva 98/34/CE por la que establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas.**

Genérico: 54-08.

### **06.-Reglamento Comunitario**

**2064/97 de la Comisión, de 15 de octubre, por el que establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) nº 4253/88 del Consejo, en lo relativo al control financiero por los Estados miembros de las operaciones cofinanciadas por los Fondos estructurales.**

Artículo 3: 134-08.

Artículo 8: 134-08.

## **ÁMBITO: 2.-Normativa Estatal**

### **07.-Constitución Española de 27 de diciembre de 1978**

Artículo 9: 142-08, 169-08, 177-08, 198-08, 209-08, 215-08.

Artículo 10: 12-08.

Artículo 23: 127-08.

Artículo 24: 21-08, 25-08, 173-08, 177-08.

Artículo 25: 25-08.

Artículo 27: 40-08, 42-08, 46-08, 64-08, 132-08, 133-08, 198-08, 218-08.

Artículo 31: 40-08, 115-08, 158-08, 209-08,

Artículo 39: 198-08.

Artículo 41: 198-08.

Artículo 43: 21-08, 31-08, 126-08, 143-08, 149-08, 153-08, 154-08, 164-08, 173-08, 175-08, 180-08, 182-08, 183-08, 185-08, 195-08, 196-08, 198-08, 201-08.

Artículo 44: 198-08.

Artículo 47: 16-08.

Artículo 51: 54-08, 181-08, 198-08.

Artículo 53: 198-08.

Artículo 62: 169-08.

Artículo 66: 169-08.

Artículo 97: 140-08, 176-08, 198-08.

Artículo 103: 40-08, 55-08, 73-08, 104-08, 115-08, 127-08, 157-08, 158-08, 177-08, 215-08.

Artículo 106: 02-08, 03-08, 08-08, 11-08, 12-08, 21-08, 26-08, 32-08, 33-08, 35-08, 37-08, 39-08, 48-08, 49-08, 52-08, 59-08, 66-08, 79-08, 81-08, 82-08, 83-08, 87-08, 88-08, 90-08, 92-08, 95-08, 99-08, 100-08, 101-08, 102-08, 103-08, 107-08, 108-08, 110-08, 112-08, 118-08, 124-08, 126-08, 129-08, 137-08, 141-08, 143-08, 149-08, 153-08, 154-08, 163-08, 164-08, 170-08, 171-08, 173-08, 175-08, 180-08, 182-08, 183-08, 185-08, 187-08, 189-08, 192-08, 196-08, 201-08.

Artículo 133: 209-08.

Artículo 134: 169-08.

Artículo 139: 86-08.

Artículo 148: 51-08.

Artículo 149: 31-08, 40-08, 42-08, 46-08, 64-08, 74-08, 77-08, 86-08, 115-08, 125-08, 142-08, 155-08, 161-08, 176-08, 198-08, 200-08.

## 08.-Estatutos de Autonomía

### **4/1982, de 9 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia.**

Artículo 10: 51-08, 54-08, 55-08, 86-08, 96-08, 115-08, 116-08, 142-08, 144-08, 155-08, 158-08, 177-08, 209-08.

Artículo 11: 21-08, 31-08, 54-08, 75-08, 96-08, 176-08, 177-08, 198-08.

Artículo 12: 40-08, 77-08, 125-08, 142-08, 161-08.

Artículo 15: 142-08.

Artículo 16: 40-08, 42-08, 57-08, 64-08, 133-08, 218-08.

Artículo 30: 209-08.

Artículo 32: 42-08, 46-08, 55-08, 57-08, 64-08, 115-08, 142-08, 198-08, 209-08, 216-08, 218-08.

Artículo 40: 216-08.

Artículo 41: 177-08.

Artículo 43: 177-08, 203-08.

Artículo 46: 169-08.

Artículo 51: 96-08, 125-08, 142-08, 209-08, 216-08.

Artículo 52: 142-08.

### **09.-Ley Orgánica**

#### **2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.**

Artículo 41: 198-08.

#### **8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.**

Artículo 14: 169-08.

#### **6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.**

Artículo 9: 183-08.

#### **8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.**

Genérico: 42-08, 46-08, 57-08, 64-08, 218-08.

Artículo 17: 40-08.

#### **2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.**

Artículo 52: 127-08.

#### **1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo.**

Artículo 39: 42-08, 46-08.

#### **1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.**

Artículo 23: 181-08.

#### **15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.**

Genérico: 51-08.

Artículo 4: 179-08.

Artículo 7: 198-08.

Artículo 8: 198-08.

Artículo 11: 198-08.

Artículo 21: 179-08.

#### **4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.**

Genérico: 36-08, 159-08.

Artículo 1: 144-08.

Artículo 12: 198-08.



Artículo 14: 144-08.

**5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.**

Genérico: 169-08.

**5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional.**

Artículo 11: 40-08.

**2/2006, de 3 de mayo, de Educación.**

Artículo 3: 40-08.

Artículo 6: 42-08, 46-08, 57-08, 64-08, 132-08, 133-08, 218-08.

Artículo 23: 219-08.

Artículo 24: 219-08.

Artículo 27: 62-08.

Artículo 34: 133-08.

Artículo 39: 40-08.

Artículo 45: 42-08, 46-08.

Artículo 46: 46-08, 57-08, 64-08.

Artículo 47: 64-08.

Artículo 48: 42-08,46-08.

Artículo 49: 64-08.

Artículo 59: 218-08.

Artículo 60: 218-08.

Artículo 61: 218-08.

Artículo 91: 42-08.

Artículo 107: 40-08.

Artículo 110: 90-08.

Artículo 117: 169-08.

Artículo 118: 40-08.

Artículo 125: 57-08, 64-08.

Artículo 132: 19-08.

## 10.-Ley

**Ley de Enjuiciamiento Civil, de 3 de febrero de 1881**

Artículo 2029: 154-08.

**Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de septiembre de 1882.**

Artículo 217: 157-08.

Artículo 641: 157-08.

Artículo 766:157-08.

**17 de julio de 1953, sobre establecimiento del Seguro Escolar en España.**

Genérico: 62-08.

**9/1977, de 4 de enero, sobre modificación del porcentaje de las pensiones extraordinarias causadas por funcionarios civiles y militares inutilizados o fallecidos en acto de servicio.**

Genérico: 135-08.

**50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.**

Artículo 43: 190-08.

**26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.**

Genérico: 54-08.

**30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública.**

Artículo 19: 127-08.

Artículo 23: 135-08.

**7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local.**

Artículo 19: 127-08.

Artículo 21: 104-08.

Artículo 25: 75-08.

Artículo 26: 75-08.

Artículo 28: 47-08.

Artículo 53: 47-08, 204-08.

Artículo 54: 99-08.

Artículo 65: 204-08.

Artículo 70: 209-08.

Artículo 85: 99-08.

Artículo 86: 75-08.

Artículo 91:127-08.

Artículo 103: 127-08.

Artículo 107: 209-08.

Artículo 110: 47-08, 204-08.

**31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros.**

Genérico: 177-08.

**10/1986, de 17 de marzo, sobre Odontólogos y otros profesionales relacionados con la salud dental.**

Genérico: 60-08, 74-08.

**14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.**

Genérico: 12-08, 143-08, 149-08, 153-08, 154-08, 164-08, 171-08, 173-08, 183-08, 196-08, 198-08.

Artículo 2: 47-08.

Artículo 6: 21-08.

Artículo 9: 121-08, 185-08.

Artículo 10: 05-08, 72-08, 121-08, 175-08, 180-08, 185-08, 195-08.

Artículo 18: 21-08.

Artículo 19: 21-08.

Artículo 43: 02-08, 03-08, 26-08, 35-08, 39-08, 48-08, 49-08, 59-08, 70-08, 81-08, 83-08, 87-08, 88-08, 92-08, 100-08, 102-08, 108-08, 118-08, 121-08, 124-08, 126-08.

Artículo 61: 05-08.

**22/1988, de 28 de julio, de Costas.**

Genérico: 75-08.

**25/1988, de 29 de julio, de Carreteras.**

Artículo 15: 08-08, 33-08, 94-08.

**39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales.**

Genérico: 142-08.

**21/1992, de 16 de julio, de Industria.**

Artículo 8: 115-08.

Artículo 9: 115-08.

Artículo 12: 86-08.

**30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.**

Genérico: 58-08, 144-08.

Artículo 1: 142-08.

Artículo 2: 142-08, 157-08.

Artículo 3: 127-08.

Artículo 4:209-08.

Artículo 13: 77-08.

Artículo 17: 181-08.

Artículo 20: 50-08.

Artículo 22: 158-08.

Artículo 24: 55-08.

Artículo 27: 54-08, 125-08, 181-08.

Artículo 28: 09-08, 43-08, 193-08.

Artículo 29: 193-08.

Artículo 31: 26-08, 29-08, 33-08, 66-08, 70-08, 97-08, 103-08, 107-08, 108-08, 111-08, 112-08, 116-08, 121-08, 154-08, 163-08, 167-08, 185-08, 197-08.

Artículo 32: 24-08, 32-08, 35-08, 82-08, 126-08.

Artículo 35: 04-08, 33-08.

Artículo 38: 58-08, 125-08-

Artículo 41: 201-08-

Artículo 42: 01-08, 03-08, 05-08, 11-08, 15-08, 32-08, 33-08, 34-08, 39-08, 47-08, 54-08, 58-08, 65-08, 67-08, 70-08, 71-08, 73-08, 83-08, 100-08, 102-08, 107-08, 112-08, 121-08, 124-08, 135-08, 136-08, 137-08, 149-08, 157-08, 182-08, 183-08, 185-08, 186-08, 192-08, 196-08, 201-08-

Artículo 43: 125-08, 181-08, 201-08-

Artículo 44: 181-08.

Artículo 45: 125-08.

Artículo 51: 204-08.

Artículo 52: 209-08.

Artículo 54: 177-08.

Artículo 59: 84-08, 157-08.

Artículo 60: 209-08.

Artículo 62: 01-08, 15-08, 47-08, 84-08, 157-08, 204-08, 215-08.

Artículo 63: 116-08, 148-08, 167-08, 205-08.

Artículo 64: 204-08.

Artículo 66: 204-08.

Artículo 67: 217-08.

Artículo 71: 04-08, 107-08, 167-08, 183-08, 184-08.

Artículo 74: 157-08.

Artículo 75: 157-08.

Artículo 78: 06-08, 37-08, 65-08, 71-08, 97-08, 178-08.

Artículo 79: 157-08.

Artículo 80: 12-08, 121-08, 167-08, 173-08, 179-08, 190-08, 201-08.

Artículo 83: 181-08.

Artículo 84: 12-08, 157-08.

Artículo 88: 154-08, 163-08,164-08.

Artículo 89: 157-08.

Artículo 102: 01-08, 15-08, 47-08, 84-08, 157-08, 204-08, 215-08.

Artículo 105: 20-08.

Artículo 107: 157-08.

Artículo 122: 73-08.

Artículo 124: 73-08.

Artículo 129: 104-08, 181-08.

Artículo 130: 84-08.

Artículo 139: 02-08, 03-08, 05-08, 07-08, 08-08, 09-08, 11-08, 12-08, 14-08, 17-08, 18-08, 19-08, 21-08, 22-08, 23-08, 24-08, 26-08, 27-08, 28-08, 29-08, 30-08, 32-08, 33-08, 34-08, 35-08, 36-08, 37-08, 38-08, 39-08, 41-08, 43-08, 44-08, 48-08, 49-08, 50-08, 52-08, 53-08, 56-08, 59-08, 61-08, 63-08, 66-08, 67-08, 69-08, 70-08, 71-08, 72-08, 73-08, 79-08, 81-08, 82-08, 83-08, 85-08, 87-08, 88-08, 92-08, 93-08, 95-08, 97-08, 98-08, 99-08, 100-08, 101-08, 102-08, 103-08, 105-08, 106-08, 107-08, 108-08, 109-08, 110-08, 111-08, 112-08, 113-08, 114-08, 116-08, 117-08, 118-08, 119-08, 120-08, 121-08, 123-08, 124-08, 126-08, 128-08, 129-08, 135-08, 136-08, 137-08, 139-08, 141-08, 143-08, 145-08, 146-08, 149-08, 151-08, 152-08, 153-08, 154-08, 156-08, 157-08, 159-08, 160-08, 163-08, 164-08, 165-08, 167-08, 168-08, 170-08, 171-08, 172-08, 173-08, 174-08, 175-08, 179-08, 180-08, 182-08, 183-08, 184-08, 185-08, 186-08, 187-08, 188-08, 189-08, 190-08, 191-08, 192-08, 193-08, 195-08, 196-08, 197-08, 199-08, 201-08, 219-08.

Artículo 140: 73-08, 122-08.

Artículo 141: 03-08, 08-08, 11-08, 12-08, 22-08, 33-08, 85-08, 92-08, 119-08, 123-08, 137-08, 141-08, 154-08, 156-08, 157-08, 163-08, 164-08, 168-08, 170-08, 174-08, 175-08, 185-08, 186-08, 188-08, 189-08, 190-08, 192-08, 196-08, 197-08, 199-08, 201-08, 219-08.

Artículo 142: 02-08, 03-08, 04-08, 05-08, 07-08, 09-08, 14-08, 17-08, 18-08, 21-08, 22-08, 23-08, 24-08, 26-08, 27-08, 28-08, 30-08, 32-08, 34-08, 35-08, 37-08, 38-08, 39-08, 41-08, 43-08, 44-08, 48-08, 49-08, 50-08, 52-08, 53-08, 56-08, 59-08, 61-08, 62-08, 63-08, 66-08, 67-08, 68-08, 69-08, 70-08, 71-08, 72-08, 79-08, 80-08, 81-08, 82-08, 83-08, 87-08, 88-08, 90-08, 92-08, 95-08, 97-08, 98-08, 99-08, 100-08, 101-08, 102-08, 103-08, 105-08, 108-08, 109-08, 110-08, 112-08, 113-08, 116-08, 117-08, 120-08, 121-08, 122-08, 124-08, 126-08,

128-08, 134-08, 136-08, 137-08, 141-08, 143-08, 145-08, 146-08, 147-08, 149-08, 151-08, 153-08, 154-08, 156-08, 159-08, 160-08, 164-08, 165-08, 167-08, 168-08, 170-08, 171-08, 172-08, 173-08, 174-08, 175-08, 178-08, 180-08, 182-08, 183-08, 184-08, 185-08, 186-08, 188-08, 190-08, 191-08, 192-08, 193-08, 195-08, 196-08, 201-08, 206-08, 219-08.

Artículo 143: 21-08.

Artículo 145: 72-08, 99-08, 108-08.

Artículo 146: 21-08, 36-08, 93-08, 106-08, 111-08, 114-08, 129-08, 139-08, 151-08.

**29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.**

Genérico: 16-08.

**13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas.**

Artículo 112: 47-08.

**30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.**

Genérico: 108-08, 123-08, 154-08.

**6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.**

Genérico: 16-08.

**50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.**

Artículo 4: 176-08.

**6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones.**

Genérico: 47-08.

**29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.**

Artículo 36: 03-08, 11-08, 39-08, 66-08, 70-08, 100-08, 102-08, 121-08, 124-08, 149-08, 182-08, 183-08, 185-08, 196-08,

Artículo 76: 164-08.

**34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.**

Genérico: 140-08.

**4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.**

Genérico: 15-08.

Artículo 14: 16-08.

**42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil.**

Artículo 96: 135-08.

**45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.**

Genérico: 125-08.

**46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.**

Artículo 114: 75-08.

Artículo 120: 75-08.

**1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.**

Artículo 217: 02-08, 04-08, 11-08, 12-08, 15-08, 23-08, 26-08, 34-08, 83-08, 88-08, 94-08, 95-08, 98-08, 99-08, 101-08, 105-08, 109-08, 113-08, 121-08, 122-08, 123-08, 135-08, 136-08, 149-08, 168-08, 170-08, 174-08, 179-08, 180-08, 183-08, 184-08, 185-08, 193-08, 195-08, 201-08.

Artículo 283: 121-08, 173-08.

Artículo 316: 160-08.

Artículo 335: 32-08, 49-08, 59-08, 81-08, 87-08, 92-08, 100-08, 102-08, 118-08, 124-08, 143-08, 149-08, 152-08, 153-08, 173-08, 182-08, 196-08.

Artículo 348: 17-08.

Artículo 360: 173-08.

Artículo 367: 43-08, 160-08.

Artículo 376: 160-08.

Artículo 2025 164-08.

**3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado.**

Artículo 90: 84-08.

Artículo 96: 84-08.

**18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria.**

Artículo 3: 169-08.

**21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.**

Artículo 19: 177-08, 203-08.

Artículo 40: 177-08.

Artículo 41: 177-08.

Artículo 51: 25-08.

Artículo 64: 58-08.

**5/2002, de 4 de abril, reguladora de los Boletines Oficiales de las Provincias.**

Artículo 1: 209-08.

**23/2002, de 1 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.**

Artículo 2: 177-08, 203-08.

**41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica**

Genérico: 12-08, 39-08, 87-08, 88-08, 92-08, 175-08, 180-08, 196-08.

Artículo 2: 195-08.

Artículo 3: 195-08.

Artículo 4: 195-08, 198-08.

Artículo 6: 198-08.

Artículo 8: 198-08.

Artículo 9: 02-08.

Artículo 10: 83-08.

Artículo 11: 198-08.

Artículo 15: 05-08, 198-08.

Artículo 17: 05-08.

Artículo 20: 195-08.

**43/2002, de 20 de noviembre, de sanidad vegetal.**

Artículo 12: 115-08.

Artículo 47: 115-08.

**8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal.**

Artículo 60: 96-08.

**13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.**

Genérico: 45-08.

**16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.**

Genérico: 126-08.

Artículo 1: 200-08.

Artículo 2: 200-08.

Artículo 3: 200-08.

Artículo 4: 198-08.



Artículo 5: 198-08, 200-08.

Artículo 25: 198-08.

Artículo 28: 198-08.

Artículo 33: 200-08.

Artículo 43: 198-08.

Artículo 57: 200-08.

**22/2003, de 9 de julio, Concursal.**

Genérico: 181-08.

**30/2003, de 13 octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.**

Genérico: 144-08.

**33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.**

Artículo 71: 177-08.

**34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados.**

Genérico: 196-08.

**38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.**

Artículo 13: 51-08.

Artículo 14: 51-08.

Artículo 17: 89-08.

Artículo 22: 89-08.

Artículo 28: 89-08.

Artículo 67: 89-08.

**44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.**

Artículo 2: 60-08, 74-08.

Artículo 7: 74-08.

**47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.**

Artículo 16: 203-08.

Artículo 21: 215-08.

**54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales.**

Genérico: 142-08.

**58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.**

Genérico: 203-08.

Artículo 1: 177-08.

Artículo 57: 177-08.

Artículo 103: 177-08.

Artículo 109: 25-08.

Artículo 110: 25-08.

Artículo 112: 25-08.

Artículo 134: 177-08.

Artículo 167: 25-08.

Artículo 173: 216-08.

Artículo 217: 25-08, 150-08.

Artículo 222: 25-08.

**28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco.**

Artículo 7: 31-08.

Artículo 8: 31-08.

**29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.**

Artículo 38: 96-08.

Artículo 77: 200-08.

Artículo 96: 200-08.

**32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.**

Artículo 4: 125-08.

Artículo 6: 125-08.

**39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.**

Artículo 2: 154-08.

**7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.**

Artículo 3: 127-08.

Artículo 4: 96-08.

Artículo 14: 14-08, 141-08, 165-08.

Artículo 28: 14-08, 135-08, 141-08, 165-08.

Artículo 31:127-08.

Artículo 55: 127-08, 142-08.

Artículo 60: 127-08.

Artículo 83: 215-08.

8/2007, de 28 de mayo, de suelo.

Genérico: 47-08.

**11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.**

Genérico: 55-08, 181-08.

Artículo 1: 209-08.

Artículo 3: 209-08.

Artículo 6: 89-08, 125-08.

Artículo 8: 209-08.

Artículo 10: 209-08.

Artículo 11: 209-08.

Artículo 27: 125-08.

**15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.**

Artículo 1: 54-08.

**30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.**

Genérico: 130-08, 131-08, 148-08.

Artículo 4: 217-08.

Artículo 24: 217-08.

Artículo 97: 169-08.

Artículo 198: 90-08, 113-08, 170-08.

Artículo 206: 104-08.

Artículo 253: 200-08.

**14.-Real Decreto Legislativo**

**781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.**

Artículo 112: 47-08.

Artículo 134: 127-08.

**339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.**

Artículo 6: 98-08.

Artículo 9: 34-08.

Artículo 11: 34-08.

Artículo 19: 33-08, 43-08, 95-08, 135-08, 197-08.

Artículo 57: 08-08, 23-08, 33-08, 94-08, 110-08, 136-08, 184-08, 186-08, 192-08.

**1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.**

Artículo 7: 150-08.

Artículo 46: 150-08.

**2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.**

Artículo 146: 77-08.

Artículo 149: 77-08.

**2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.**

Genérico: 51-08.

Artículo 2: 45-08.

Artículo 9: 47-08.

Artículo 14: 01-08.

Artículo 20: 20-08.

Artículo 21: 20-08.

Artículo 53: 215-08.

Artículo 55: 215-08.

Artículo 59: 20-08, 45-08, 47-08, 76-08, 78-08, 91-08, 104-08, 148-08.

Artículo 61: 47-08, 215-08.

Artículo 62: 47-08, 215-08.

Artículo 67: 215-08.

Artículo 85: 215-08.

Artículo 95: 20-08, 76-08, 78-08, 207-08.

Artículo 96: 78-08.

Artículo 97: 21-08, 29-08, 43-08, 90-08, 113-08, 170-08.

Artículo 99: 01-08, 15-08, 76-08.

Artículo 101: 15-08, 91-08, 130-08, 131-08, 148-08, 211-08.

Artículo 102: 91-08, 148-08.

Artículo 103: 01-08.

Artículo 111: 20-08, 45-08, 47-08, 76-08, 78-08, 104-08.

Artículo 112: 47-08.

Artículo 113: 45-08.

Artículo 129: 166-08, 202-08.

Artículo 139: 90-08.

Artículo 145: 78-08, 90-08.

Artículo 146: 13-08, 91-08, 130-08, 131-08, 148-08.

Artículo 147: 207-08, 210-08, 211-08, 212-08, 213-08, 214-08.

Artículo 149: 20-08, 91-08, 148-08.

Artículo 151: 91-08.

Artículo 152: 29-08, 166-08.

Artículo 153: 166-08.

Artículo 154: 45-08.

Artículo 156: 45-08.

Artículo 162: 15-08.

Artículo 163: 15-08.

Artículo 167: 104-08.

Artículo 168: 207-08.

Artículo 218: 148-08.

Artículo 219: 148-08.

Artículo 220: 45-08.

Artículo 249: 45-08.

**5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.**

Artículo 40: 161-08.

Artículo 48: 77-08.

**1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas.**

Artículo 13: 75-08.

**183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual.**

Genérico: 200-08.

**2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.**

Artículo 12: 203-08.

**8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.**

Genérico: 02-08, 05-08, 08-08, 23-08, 67-08, 70-08, 154-08.

**2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo.**

Artículo 46: 204-08.

#### 16.-Real Decreto

**909/1978, de 14 de abril, por el que se regula el establecimiento, transmisión o integración de las Oficinas de Farmacia.**

Artículo 3: 179-08.

**466/1980, de 29 de febrero, sobre transferencias de competencias de la Administración del Estado al Consejo Regional de Murcia en materia de urbanismo, agricultura, actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, ferias interiores, turismo, transportes, administración local, cultura y sanidad.**

Genérico: 21-08, 31-08.

**3536/1981, de 29 de diciembre, por el que se transfieren competencias en materia de agricultura al Consejo Regional de Murcia.**

Genérico: 115-08.

**877/1987, de 3 de julio, por el que se aprueba el nuevo Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar.**

Genérico: 54-08,

Artículo 31: 116-08.

**2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales.**

Artículo 223: 99-08.

**420/1987, de 20 de febrero, sobre selección y reproducción de ganado bovino de razas puras.**

Artículo 3: 158-08.

**1230/1989, de 13 de octubre, por el que se aprueban las disposiciones reguladoras generales de la acreditación de Laboratorios de Ensayos para el Control de Calidad de la Edificación.**

Genérico: 155-08.

**1420/1990, de 26 de octubre, por el que se establece el título universitario oficial de Diplomado en Terapia Ocupacional y las directrices generales propias de los planes de estudio conducentes a la obtención de aquel.**

Genérico: 74-08.

**286/1991, de 8 de marzo, sobre selección y reproducción de ganado ovino y caprino de razas puras.**

Artículo 3: 158-08.

**896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de la Administración Local.**

Artículo 4: 127-08.

**755/1992, de 26 de junio, por el que se establecen los aspectos básicos del currículo del grado elemental de las enseñanzas de danza.**

Artículo 2: 42-08.

Artículo 5: 42-08.

**756/1992, de 26 de junio, por el que se establece los aspectos básicos del currículo de los grados elemental y medio de las enseñanzas de música.**

Artículo 2: 46-08.

Artículo 6: 46-08.

**921/1992, de 17 de julio, por el que establece el título universitario oficial de Ingeniero Industrial y la aprobación de las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquel.**

Genérico: 115-08.

**1404/1992, de 20 de noviembre, por el que se establece el título universitario oficial de Ingeniero Técnico en Mecánica y se aprueban las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquel.**

Genérico: 115-08.

**1512/1992, de 14 de diciembre, por el que se regula la Comisión General para la Vivienda y la Edificación.**

Genérico: 155-08.

**1630/1992, de 29 de diciembre, por el que se dictan disposiciones para la libre circulación de productos de construcción, en aplicación de la Directiva 89/106/CEE.**

Genérico: 155-08.

**429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.**

Genérico: 21-08, 23-08, 37-08, 184-08.

Artículo 1: 29-08, 43-08, 90-08, 136-08, 199-08.

Artículo 3: 143-08, 182-08, 196-08.

Artículo 4: 02-08, 03-08, 05-08, 08-08, 17-08, 18-08, 24-08, 29-08, 30-08, 33-08, 39-08, 43-08, 44-08, 49-08, 67-08, 70-08, 81-08, 83-08, 97-08, 99-08, 100-08, 102-08, 105-08, 108-08, 111-08, 113-08, 124-08, 141-08, 143-08, 145-08, 149-08, 151-08, 160-08, 165-08, 171-08, 175-08, 183-08, 185-08, 196-08, 197-08, 201-08.

Artículo 5: 72-08.

Artículo 6: 04-08, 24-08, 34-08, 80-08, 98-08, 109-08, 110-08, 113-08, 128-08, 135-08, 160-08, 170-08, 174-08, 183-08.

Artículo 8: 154-08, 163-08.

Artículo 9: 167-08.

Artículo 10: 19-08, 49-08, 81-08, 118-08, 134-08, 136-08, 149-08, 152-08, 179-08.

Artículo 11: 160-08, 163-08, 164-08.

Artículo 12: 02-08, 03-08, 05-08, 06-08, 07-08, 08-08, 09-08, 14-08, 18-08, 26-08, 27-08, 28-08, 30-08, 32-08, 33-08, 35-08, 36-08, 38-08, 39-08, 41-08, 44-08, 48-08, 49-08, 50-08, 52-08, 53-08, 56-08, 59-08, 61-08, 62-08, 63-08, 65-08, 66-08, 67-08, 68-08, 69-08, 70-08, 73-08, 82-08, 83-08, 87-08, 88-08, 90-08, 92-08, 93-08, 94-08, 97-08, 100-08, 101-08, 102-08, 103-08, 105-08, 106-08, 108-08, 110-08, 111-08, 112-08, 114-08, 116-08, 117-08, 118-08, 121-08, 122-08, 123-08, 124-08, 126-08, 139-08, 143-08, 145-08, 146-08, 147-08, 149-08, 151-08, 152-08, 153-08, 154-08, 156-08, 159-08, 160-08, 163-08, 164-08, 167-08, 170-08, 171-08, 172-08, 173-08, 175-08, 180-08, 182-08, 183-08, 190-08, 191-08, 192-08, 195-08, 196-08, 197-08, 201-08, 219-08.

Apartado 2: 11-08.

Artículo 13: 04-08, 11-08, 34-08, 71-08, 95-08, 107-08, 120-08, 137-08, 143-08, 149-08, 153-08, 154-08, 163-08, 164-08, 171-08, 173-08, 182-08, 183-08, 185-08, 186-08, 196-08, 201-08.

Artículo 15: 72-08.

Artículo 21: 72-08.

Artículo 88: 163-08.

**1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.**

Artículo 9: 96-08.

**1594/1994, de 15 de julio, por el que se desarrolla lo previsto en la Ley 10/1986, que regula la profesión de Odontólogo, Protésico e Higienista Dental.**

Genérico: 60-08.

**1778/1994, de 5 de agosto, por el que se adecuan a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, las normas reguladoras de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones.**

Artículo 1: 115-08.



**1812/1994, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Carreteras.**

Genérico: 34-08.

**50/1995, de 20 de enero, por el que se modifican los Reales Decretos por el que se establecen determinados títulos universitarios oficiales de Ingenieros técnicos y se aprueban las directrices generales propias de sus planes de estudio.**

Genérico: 115-08.

**63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.**

Genérico: 17-08.

Artículo 5: 50-08.

**109/1995, de 27 de enero, sobre medicamentos veterinarios.**

Artículo 4: 96-08.

Artículo 97: 96-08.

Artículo 110: 96-08.

**157/1995, de 3 de febrero, por el que se establecen las condiciones de preparación, de puesta en el mercado y de utilización de los piensos medicamentosos.**

Artículo 6: 96-08.

**364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración general del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración general del Estado.**

Artículo 11: 127-08.

Artículo 14: 157-08.

**375/1995, de 10 de marzo, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado, a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en materia de trabajo (ejecución de la legislación laboral).**

Genérico: 77-08, 125-08.

**537/1995, de 7 de abril, por el que se establece el título de Técnico superior en Higiene Bucodental y las correspondientes enseñanzas mínimas.**

Genérico: 60-08.

**549/1995, de 7 de abril, por el que se establece el currículo del ciclo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico superior en Higiene Bucodental.**

Genérico: 60-08.

**2200/1995, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial.**

Genérico: 115-08: 155-08.

**263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas por la Administración General del Estado.**

Artículo 7: 55-08.

**1880/1996, de 2 de agosto, por el que se regulan las Agrupaciones de Defensa Sanitaria Ganaderas.**

Genérico: 192-08.

**928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.**

Genérico: 142-08.

Artículo 7: 161-08.

Artículo 19: 77-08.

**1751/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (RITE) y sus Instrucciones Técnicas Complementarias (ITE) y se crea la Comisión Asesora para las Instalaciones Técnicas de los Edificios.**

Genérico: 21-08.

**2110/1998, de 2 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar.**

Genérico: 54-08.

**370/1999, de 5 de marzo, de adaptación de diversas entidades de derecho público a las previsiones de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.**

Genérico: 16-08.

**664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores.**

Genérico: 181-08.

**938/1999, de 4 de junio, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en materia de enseñanza no universitaria.**

Genérico: 132-08, 133-08, 218-08.

**1337/1999, de 31 de julio, por el que se regula la remisión de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y reglamentos relativos a los servicios de la sociedad de la información.**

Genérico: 86-08.

Artículo 5: 54-08.

Artículo 7: 54-08.

**1525/1999, de 1 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Entidad Pública Empresarial de Suelo (SEPES).**

Genérico: 16-08.

**138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.**

Genérico: 142-08.

**443/2001, de 27 de abril, sobre condiciones de seguridad en transporte escolar y de menores.**

Genérico: 90-08.

**909/2001, de 27 de julio, por el que se establecen los criterios higiénico-sanitarios para la prevención y control de la legionelosis.**

Genérico: 21-08.

**949/2001, de 3 de agosto, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del sector de gas natural.**

Genérico: 140-08.

**1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.**

Artículo 13: 51-08.

Artículo 102: 130-08, 131-08.

Artículo 109: 45-08, 76-08, 78-08, 104-08.

Artículo 112: 148-08.

Artículo 130: 130-08.

Artículo 139: 78-08.

Artículo 142: 78-08.

Artículo 160: 162-08.

Artículo 162: 91-08.

Artículo 168: 207-08, 210-08, 211-08, 212-08, 213-08, 214-08.

Artículo 174: 166-08.

Artículo 179: 166-08, 202-08.

**1474/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.**

Genérico: 201-08.

**1201/2002, de 20 de noviembre, por el que se regula la producción integrada de productos agrícolas.**

Genérico: 115-08.

**1434/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural.**

Artículo 29: 140-08.

Artículo 59: 140-08.

**468/2003, de 25 de abril, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de la gestión realizada por el Instituto Nacional de Empleo, en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación.**

Genérico: 77-08.

**605/2003, de 23 de mayo, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre las listas de espera en el Sistema Nacional de Salud.**

Genérico: 126-08, 198-08.

**606/2003, de 23 de mayo, por el que se modifica el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Dominio Público Hidráulico, que desarrolla los Títulos preliminar, I, IV, V, VI y VIII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.**

Genérico: 75-08.

**836/2003, de 27 de junio, por el que se aprueba una nueva Instrucción técnica complementaria «MIE-AEM-2» del Reglamento de aparatos de elevación y manutención referente a grúas torre para obras u otras aplicaciones.**

Genérico: 86-08.

**1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.**

Genérico: 74-08, 116-08.

**1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para aplicación y desarrollo del texto articulado de la Ley sobre tráfico, y seguridad vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo.**

Artículo 45: 95-08.

**368/2005, de 8 de abril, por el que se regula el control oficial del rendimiento lechero para la evaluación genética en las especies bovina, ovina y caprina.**

Artículo 2: 158-08.

Artículo 4: 158-08.

Artículo 8: 158-08.

Artículo 11: 158-08.

Artículo 14: 158-08.

**520/2005, de 13 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento general de desarrollo de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en materia de revisión en vía administrativa.**

Artículo 4: 150-08.

**689/2005, de 10 de junio, por el que se modifica el Reglamento de organización y funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, y el Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, para regular la actuación de los técnicos habilitados en materia de prevención de riesgos laborales.**

Genérico: 142-08.

**1265/2005, de 21 de octubre, por el que se adoptan medidas administrativas excepcionales para la gestión de los recursos hidráulicos y para corregir los efectos de la sequía en las cuencas hidrográficas del Júcar, Segura y Tajo.**

Genérico: 75-08.

**1558/2005, de 23 de diciembre, por el que se regulan los requisitos básicos de los Centros integrados de formación profesional.**

Artículo 4: 40-08.

Artículo 6: 40-08.

Artículo 9: 40-08.

Artículo 12: 40-08.

Artículo 14: 40-08.

**314/2006, de 17 de marzo, por el que se Aprueba el Código Técnico de la Edificación.**

Artículo 5: 155-08.

**315/2006, de 17 de marzo, por el que se crea el Consejo para la Sostenibilidad, Innovación y Calidad de la Edificación.**

Genérico: 155-08.

**806/2006, de 30 de junio, por el que se Establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo, establecida por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.**

Genérico: 42-08, 46-08, 64-08, 132-08, 133-08, 218-08.

Artículo 2: 57-08.

Artículo 21: 57-08.

**887/2006, de 21 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.**

Artículo 67: 89-08.

**1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.**

Artículo 4: 72-08.

**1538/2006, de 15 de diciembre, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo.**

Genérico: 40-08.

**1577/2006, de 22 de diciembre, por el que se fijan los aspectos básicos del currículo de las enseñanzas profesionales de música reguladas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.**

Genérico: 46-08.

Artículo 5: 57-08.

Artículo 6: 57-08.

Artículo 10: 57-08.

**1629/2006, de 29 de diciembre, por el que se fijan los aspectos básicos del currículo de las enseñanzas de idiomas de régimen especial reguladas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.**

Artículo 3: 218-08.

**1630/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas del segundo ciclo de Educación infantil.**

Genérico: 132-08.

**85/2007, de 26 de enero, por el que se fijan los aspectos básicos del currículo de las enseñanzas profesionales de danza reguladas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.**

Artículo 5: 64-08.

Artículo 6: 64-08.

Artículo 20: 64-08.

**395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo.**

Genérico: 40-08.

**597/2007, de 4 de mayo, sobre publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos.**

Artículo 2: 161-08.

Artículo 3: 161-08.

Artículo 4: 161-08.

**1109/2007, de 24 de agosto, por el que se desarrolla la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.**

Artículo 5: 125-08.

**1467/2007, de 2 de noviembre, por el que se establece la estructura del bachillerato y fijan sus enseñanzas mínimas.**

Artículo 5: 133-08.

**181/2008, de 8 de febrero, de ordenación del diario oficial «Boletín Oficial del Estado».**

Artículo 14: 209-08.

**956/2008, de 6 de junio, por el que se aprueba la instrucción para la recepción de cementos (RC-08).**

Artículo 2: 155-08.

### 17.-Decreto

**17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de las Corporaciones Locales.**

Artículo 127: 01-08.

Artículo 129: 01-08.

**26 de julio de 1957, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.**

Artículo 14: 176-08.

**2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social.**

Artículo 5: 17-08.

Artículo 6: 17-08.

**2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, texto refundido aprobado por Decretos 2131/1963, de 24 de julio y 3964/1964, de 3 de diciembre.**

Artículo 138: 16-08.

**3854/1970, de 31 de diciembre, por el que se aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado.**

Genérico: 131-08, 211-08.

**2038/1975, de 17 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de Policía Gubernativa.**

Genérico: 135-08.

## 18.-Códigos

### **Código Civil.**

Artículo 2: 127-08, 209-08.

Artículo 6: 26-08.

Artículo 162: 05-08, 07-08, 09-08, 27-08, 28-08, 38-08, 39-08, 41-08, 49-08, 53-08, 56-08, 63-08, 90-08, 93-08, 102-08, 106-08, 117-08, 146-08, 149-08, 163-08, 219-08.

Artículo 1091: 01-08, 130-08, 131-08.

Artículo 1103: 99-08.

Artículo 1214: 168-08.

Artículo 1258: 104-08.

Artículo 1281: 45-08.

Artículo 1903: 129-08, 168-08, 191-08.

Artículo 1964: 47-08.

### **Código Penal.**

Artículo 415: 157-08.

Artículo 418: 157-08.

## ÁMBITO: 4.-Normativa Autonómica

### 10.-Ley

**3/1985, de 10 de julio, de creación del Organismo Autónomo Imprenta Regional de Murcia.**

Genérico: 209-08.

**1/1988, de 7 de enero, del Presidente, del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

Genérico: 16-08, 86-08, 142-08.

Artículo 21: 77-08.

**6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia.**

Artículo 76: 75-08.

**9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia.**

Artículo 3: 22-08, 110-08.

Artículo 20: 08-08, 33-08, 37-08, 94-08, 110-08, 123-08, 192-08.

Artículo 22: 79-08.



Artículo 23: 123-08.

Artículo 35: 78-08.

**3/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

Artículo 26: 177-08.

Artículo 29: 177-08.

**4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia.**

Genérico: 198-08.

Artículo 9: 21-08.

Artículo 13: 21-08.

Artículo 23: 173-08.

Artículo 24: 173-08.

**5/1994, de 1 de agosto, del Estatuto Regional de la Actividad Política.**

Artículo 1: 215-08.

**9/1994, de 30 de diciembre, por la que se crea el Consejo Regional de Cooperación Local.**

Artículo 2: 198-08.

**2/1995, de 15 de marzo, Reguladora del Juego y Apuestas de la Región de Murcia.**

Artículo 3: 181-08.

Artículo 5: 181-08.

Artículo 6: 54-08.

Artículo 10: 181-08.

Artículo 11: 116-08.

Artículo 12: 181-08.

Artículo 13: 181-08.

Artículo 17: 54-08.

Artículo 19: 54-08.

Artículo 21: 181-08.

Artículo 22: 181-08.

**4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia.**

Artículo 18: 54-08.

**8/1996, de 3 de diciembre, de creación del Organismo Autónomo “Agencia Regional de Recaudación”.**

Genérico: 51-08.

Artículo 3: 216-08.

Artículo 11: 216-08.

**2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.**

Artículo 2:

Apartado 4: 176-08.

Apartado 5: 158-08, 161-08.

Artículo 10: 75-08,

Apartado 5: 57-08, 64-08.

Artículo 11: 99-08, 127-08.

Artículo 12: 76-08.

Apartado 12: 10-08, 13-08, 162-08, 166-08, 202-08, 205-08, 207-08, 208-08, 210-08, 211-08, 212-08, 213-08, 214-08, 215-08, 217-08.

Apartado 13: 130-08, 131-08, 172-08.

Apartado 2: 16-08, 60-08, 169-08, 177-08, 198-08.

Apartado 5: 31-08, 40-08, 42-08, 46-08, 51-08, 54-08, 55-08, 57-08, 58-08, 64-08, 77-08, 89-08, 96-08, 125-08, 132-08, 133-08, 138-08, 140-08, 142-08, 144-08, 155-08, 158-08, 161-08, 176-08, 181-08, 194-08, 200-08, 203-08, 209-08, 216-08, 218-08.

Apartado 6: 01-08, 15-08, 25-08, 47-08, 84-08, 150-08, 157-08.

Apartado 7: 45-08, 76-08, 78-08, 104-08.

Apartado 8: 91-08, 148-08.

Apartado 9: 02-08, 03-08, 04-08, 05-08, 06-08, 07-08, 08-08, 09-08, 11-08, 14-08, 17-08, 18-08, 19-08, 21-08, 22-08, 23-08, 24-08, 26-08, 27-08, 28-08, 29-08, 30-08, 32-08, 33-08, 34-08, 35-08, 36-08, 37-08, 38-08, 39-08, 41-08, 43-08, 44-08, 48-08, 49-08, 50-08, 52-08, 53-08, 56-08, 59-08, 61-08, 62-08, 63-08, 65-08, 66-08, 67-08, 68-08, 69-08, 70-08, 71-08, 72-08, 73-08, 74-08, 79-08, 80-08, 81-08, 82-08, 83-08, 85-08, 87-08, 88-08, 90-08, 92-08, 93-08, 94-08, 95-08, 97-08, 98-08, 100-08, 101-08, 102-08, 103-08, 105-08, 106-08, 107-08, 108-08, 109-08, 110-08, 111-08, 112-08, 113-08, 114-08, 115-08, 116-08, 117-08, 118-08, 119-08, 120-08, 121-08, 122-08, 124-08, 126-08, 128-08, 129-08, 134-08, 135-08, 136-08, 137-08, 139-08, 141-08, 143-08, 145-08, 146-08, 147-08, 149-08, 151-08, 152-08, 153-08, 154-08, 156-08, 159-08, 160-08, 163-08, 164-08, 165-08, 167-08, 168-08, 170-08, 171-08, 172-08, 173-08, 174-08, 175-08, 178-08, 179-08, 180-08, 182-08, 183-08, 184-08, 185-08, 186-08, 187-08, 188-08, 189-08, 190-08, 191-08, 192-08, 193-08, 195-08, 196-08, 197-08, 199-08, 201-08, 206-08, 219-08.

Artículo 14: 204-08.

Artículo 19:

Apartado. 4: 20-08.

**3/1997, de 28 de mayo, de “Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia”.**

Genérico: 200-08.

Artículo 6: 176-08.

Artículo 8: 176-08.

Artículo 16:176-08.

Artículo 43: 96-08.

Artículo 45: 96-08.

**6/1997, de 22 de octubre, sobre “Drogas, para la Prevención, Asistencia e Integración Social”.**

Artículo 2: 31-08.

**3/1998, de 1 de julio, de Cajas de Ahorros de la Región de Murcia.**

Genérico: 177-08.

**4/1998, de 22 de julio, de Coordinación de las Policías Locales de la Región de Murcia.**

Artículo 25: 127-08.

**11/1998, de 28 de diciembre, de “Medidas Fiscales, Administrativas y de Función Pública Regional”.**

Artículo 12: 177-08, 208-08.

**1/1999, de 17 de febrero, “De Creación del Instituto de la Vivienda y Suelo de la Región de Murcia”.**

Genérico: 16-08.

**6/1999, de 4 de noviembre, “de los Colegios Profesionales de la Región de Murcia”.**

Artículo 2: 200-08.

Artículo 4: 60-08, 74-08.

Artículo 6: 60-08.

Artículo 7: 200-08.

Artículo 46: 74-08.

**1/2000, de 27 de junio, “De Creación del Instituto de Seguridad y Salud Laboral de la Región de Murcia”.**

Artículo 1: 142-08.

Artículo 4: 142-08.

Artículo 6: 142-08.

Artículo 8: 142-08.

Artículo 9: 142-08.

Artículo 10: 142-08.

Artículo 13: 142-08.

Artículo 16: 142-08.

Artículo 19: 142-08.

Artículo 20: 142-08.

Artículo 21: 142-08.

**2/2001, de 2 de julio, de creación del Colegio Profesional de Protésicos Dentales de Murcia.**

Genérico: 60-08.

**3/2001, de 3 de julio, que Modifica la Ley 1/2000, de 27 de junio, de creación del Instituto de Seguridad y Salud laboral de la Región de Murcia.**

Genérico: 142-08.

**6/2001, de 17 de diciembre, de Creación del Colegio Profesional de Logopedas de la Región de Murcia.**

Genérico: 60-08.

**4/2002, de 22 de mayo, de Creación del Colegio Profesional de Detectives Privados de la Región de Murcia.**

Genérico: 60-08.

**9/2002, de 11 de noviembre, de creación del Servicio Regional de Empleo y Formación.**

Artículo 23: 77-08.

**3/2003, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia.**

Artículo 5: 144-08.

Artículo 10: 144-08.

Artículo 21: 144-08.

Artículo 22: 144-08.

Artículo 31: 144-08.

Artículo 32: 144-08.

Artículo 34: 144-08.

Artículo 35: 144-08.

**4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

Artículo 4: 03-08, 11-08, 39-08, 66-08, 70-08, 100-08, 102-08, 121-08, 124-08, 149-08, 154-08, 164-08, 182-08, 183-08, 185-08, 196-08.

Artículo 7: 148-08, 176-08.

**6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno, de la de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

Genérico: 86-08, 177-08.

Artículo 5: 96-08, 209-08.

Artículo 21: 42-08, 46-08, 55-08, 57-08, 64-08, 115-08, 218-08.

Artículo 22: 51-08, 57-08, 77-08, 96-08, 115-08, 148-08, 218-08.

Artículo 37: 216-08.

Artículo 38: 140-08, 158-08, 176-08, 198-08, 218-08.

Artículo 46: 16-08, 60-08, 169-08, 198-08.

Artículo 52: 42-08, 46-08, 55-08, 57-08, 64-08, 140-08, 158-08, 176-08, 198-08, 209-08, 218-08.

Artículo 53: 31-08, 40-08, 42-08, 46-08, 51-08, 54-08, 55-08, 58-08, 77-08, 89-08, 96-08, 115-08, 125-08, 132-08, 133-08, 138-08, 140-08, 142-08, 144-08, 155-08, 158-08, 161-08, 181-08, 200-08, 203-08, 209-08, 216-08, 218-08.

**7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

Genérico: 62-08.

Artículo 1: 40-08, 216-08.

Artículo 10: 142-08.

Artículo 11: 142-08, 207-08, 210-08, 211-08, 212-08, 213-08, 214-08.

Artículo 14: 96-08, 142-08.

Artículo 16: 19-08, 25-08, 26-08, 32-08, 34-08, 36-08, 43-08, 51-08, 61-08, 68-08, 80-08, 84-08, 85-08, 88-08, 98-08, 119-08, 129-08, 138-08, 150-08, 156-08, 159-08, 161-08, 174-08, 180-08, 187-08, 189-08, 193-08, 195-08, 203-08, 207-08, 210-08, 211-08, 212-08, 213-08, 214-08, 215-08.

Artículo 17: 75-08.

Artículo 23: 158-08.

Artículo 25: 54-08, 57-08, 209-08.

Artículo 32: 125-08.

Artículo 33: 84-08, 215-08.

Artículo 34: 215-08.

Artículo 35: 142-08.

Artículo 38: 144-08.

Artículo 39: 216-08.

Artículo 40: 16-08, 142-08, 216-08.

Artículo 41: 142-08, 216-08.

Artículo 46: 16-08.

**2/2005, de 11 de marzo, de Academias de la Región de Murcia.**

Artículo 31: 55-08.

Artículo 32: 55-08.

**4/2005, de 14 de junio, del Ente Público del Agua de la Región de Murcia.**

Artículo 10: 75-08.

**7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

Artículo 1: 138-08.

Artículo 7: 138-08, 177-08.

Artículo 11: 51-08.

Artículo 13: 89-08.

Artículo 23: 89-08.

Artículo 25: 55-08.

**8/2005, de 14 de diciembre, para la calidad en la Edificación de la Región de Murcia.**

Artículo 14: 155-08.

Artículo 20: 155-08.

Artículo 21: 155-08.

**9/2005, de 29 de diciembre, de Medidas tributarias en materia de Tributos cedidos y Tributos propios año 2006 para la Región de Murcia.**

Genérico: 177-08,

**1/2006, de 10 de abril, de Creación del Instituto Murciano de Acción Social.**

Artículo 2: 144-08.

Artículo 3: 144-08.

**8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia.**

Artículo 139: 77-08.

Artículo 141: 77-08.

**12/2006, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social para el año 2007.**

Genérico: 58-08, 177-08.

**13/2006, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2007.**

Genérico: 55-08.

**7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia.**

Genérico: 40-08, 89-08, 115-08, 132-08, 133-08, 142-08, 144-08, 158-08.

**11/2007, de 27 de diciembre, de Medidas Tributarias en materia de Tributos Cedidos y Tributos propios, año 2008.**

Genérico: 177-08.

**2/2008, de 21 de abril, de Carreteras de la Región de Murcia.**

Artículo 3: 186-08.

Artículo 42: 169-08.

**15.-Decreto Legislativo**

**1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia.**

Genérico: 51-08, 209-08.

Artículo 1: 216-08.

Artículo 3: 16-08.

Artículo 5: 16-08, 142-08.

Artículo 9: 58-08, 169-08.

Artículo 11: 77-08.

Artículo 16: 203-08.

Artículo 17: 216-08.

Artículo 21: 203-08, 216-08.

Artículo 22: 10-08, 215-08.

Artículo 56: 16-08.

Artículo 90: 10-08.

Artículo 98: 16-08.

Artículo 108: 16-08.

**1/2001, de 26 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Función Pública de la Región de Murcia.**

Artículo 2: 142-08.

Artículo 12: 40-08.

Artículo 32: 127-08.

Artículo 51: 40-08.

Artículo 72: 14-08, 141-08, 165-08.

Artículo 73: 14-08, 141-08, 165-08.

**1/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales.**

Genérico: 177-08, 209-08.

Artículo 12: 125-08.

Artículo 21: 75-08.

Artículo 23: 75-08.

**1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia.**

Artículo 109: 204-08.

Artículo 115: 204-08.

Artículo 132: 47-08.

Artículo 140: 204-08.

Artículo 149: 204-08.

Artículo 197: 47-08.

Artículo 232: 204-08.

### 17.-Decreto

**51/1986, de 23 de mayo, que aprueba el Reglamento del Organismo Autónomo Imprenta Regional.**

Artículo 6: 209-08.

Artículo 7: 209-08.

Artículo 8: 209-08.

Artículo 23: 209-08.

**82/1990, de 16 de octubre, por el que se aprueban los criterios a que deberán atenerse las bases de las convocatorias que se aprueben por las Corporaciones Locales de la Región para el ingreso y ascensos en los Cuerpos de Policía Local.**

Genérico: 127-08.



**22/1991, de 9 de mayo, sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.**

Genérico: 60-08.

**58/1992, de 28 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de condiciones higiénico-sanitarias de las piscinas de uso colectivo de la Región de Murcia.**

Artículo 37: 99-08.

**83/1992, de 12 de noviembre, por el que se crea el Consejo Asesor Regional de Drogodependencias.**

Genérico: 31-08.

**26/1996, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego de la Región de Murcia.**

Genérico: 181-08.

**28/1996, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Catálogo de Juegos y Apuestas de la Región de Murcia.**

Genérico: 54-08, 181-08.

**8/1998, de 26 de febrero, sobre productos agrícolas obtenidos por técnicas de producción integrada.**

Genérico: 115-08.

**15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.**

Artículo 46: 40-08, 45-08, 55-08, 76-08, 78-08, 86-08, 128-08, 133-08,  
142-08, 148-08, 169-08.

Apartado 2 : 157-08.

Artículo 47:114-08.

Artículo 61: 181-08, 209-08.

**44/1998, de 16 de julio, por el que se regula el régimen de atención al público y publicidad de las Oficinas de Farmacia.**

Artículo 36: 176-08.

Artículo 37: 176-08.

**58/1998, de 8 de octubre, por el que se regulan los Comités Éticos de Investigación Clínica en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia**

Genérico: 198-08.

**161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

Genérico: 130-08, 131-08.

Artículo 17: 13-08.

Artículo 33: 10-08, 13-08, 162-08, 166-08, 202-08, 205-08, 207-08, 208-08, 210-08, 211-08, 212-08, 213-08, 214-08, 215-08, 217-08.

**13/2000, de 9 de marzo, por el que se modifica el Decreto 26/1996, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

Genérico: 181-08.

**99/ 2000, de 21 de julio, por el que se regulan las competencias en materia de contabilidad de los organismos autónomos.**

Genérico: 51-08.

**120/2000, de 6 de octubre, por el que se crea el Consejo Asesor Regional de Industria de la Región de Murcia.**

Genérico: 140-08.

**61/2001, de 31 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y se modifica el catálogo de juegos y apuestas de la Región de Murcia.**

Genérico: 54-08.

Artículo 34: 116-08.

**83/2001, de 23 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Colegios Profesionales y regula el Registro de Colegios Profesionales y de Consejos de Colegios de la Región de Murcia.**

Artículo 3: 60-08, 74-08.

**117/2002, de 27 de septiembre, por el que se establece la Estructura Orgánica de la Consejería de Sanidad y Consumo.**

Genérico: 96-08.

**119/2002, de 4 de octubre, por el que se configuran las opciones correspondientes a las categorías del personal estatutario del Servicio Murciano de Salud.**

Genérico: 74-08.

**46/2003, de 16 de mayo, por el que se modifica el reglamento que desarrolla la Ley 3/1985, de 10 de julio, de creación del Organismo Autónomo Imprenta Regional de Murcia y establece el funcionamiento del “Boletín Oficial de la Región de Murcia”.**

Genérico: 209-08.

**175/2003, de 28 de noviembre, por el que se regula la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia.**

Artículo 2: 148-08.

**73/2004, de 2 de julio, por el que se regula el procedimiento de autorización sanitaria de los centros, establecimientos y servicios sanitarios y el registro de recursos sanitarios regionales.**

Genérico: 60-08, 74-08.

**99/2004, de 1 de octubre, por el que se regulan las Clínicas Dentales en la Región de Murcia.**

Genérico: 60-08.

**20/2005, de 28 de enero, por el que se establece la Estructura Orgánica de la Consejería de Agricultura y Agua, de la Región de Murcia.**

Genérico: 96-08.

Artículo 21: 73-08.

**26/2005, de 4 de marzo, por el que se regula el Consejo Asesor Regional de Ética Asistencial “Dr. D. Juan Gómez Rubi” y los Comités de Ética Asistencial.**

Genérico: 198-08.

**92/2005, de 2 de julio, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual y su régimen de uso en la Región de Murcia.**

Artículo 10: 200-08.

**80/2005, de 8 de julio, por el que se aprueba el reglamento de instrucciones previas y su registro.**

Genérico: 198-08.

**115/2005, de 21 de octubre, por el que se establecen las normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas escolares.**

Artículo 17: 69-08.

Artículo 43: 129-08.

**127/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan los establecimientos de restauración en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

Artículo 3: 31-08.

Artículo 5: 31-08.

Artículo 30: 54-08.

**6/2006, de 10 de febrero, por el que se regula la composición, designación y funcionamiento de los tribunales calificadoros de las pruebas selectivas para acceso a la Función Pública Regional.**

Genérico: 127-08.

**8/2006, de 17 de febrero, que regula la inscripción en el Registro General del Juego de las prohibiciones de acceso a locales y salas de juego y apuestas.**

Genérico: 181-08.

**25/2006, de 31 de marzo, por el que se desarrolla la normativa básica estatal en materia de información sobre listas de espera y se establecen las medidas de acceso a las prestaciones del sistema sanitario público de la Región de Murcia.**

Genérico: 126-08, 198-08.

**219/2006, de 27 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica del Instituto de Seguridad y Salud Laboral de la Región de Murcia.**

Artículo 3: 142-08.

**221/2006, de 27 de octubre, por el que se regulan los Clubes Deportivos y Entidades de Promoción y Recreación.**

Genérico: 194-08.

**305/2006, de 22 de diciembre, por el que se aprueban los Estatutos del Instituto Murciano de Acción Social.**

Artículo 3: 144-08.

Artículo 11: 144-08.

**71/2007, de 11 de mayo, por el que se establece el ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en la red sanitaria de utilización pública de la Región de Murcia.**

Genérico: 198-08.

**24/2007, de 2 de julio, de reorganización de la Administración Regional.**

Genérico: 209-08.

Artículo 5: 58-08.

**149/2007, de 6 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen los Órganos Directivos de la Consejería de Hacienda y Administración Pública.**

Genérico: 181-08.

**152/2007, de 6 julio, por el que se establecen los Órganos Directivos de la Consejería de Agricultura y Agua de la Región de Murcia.**

Genérico: 96-08.

Artículo 9: 75-08.

**154/2007, de 6 de julio, por el que se establecen los Órganos Directivos de la Consejería de Sanidad de la Región de Murcia.**

Genérico: 96-08.

**371/2007, de 30 de noviembre por el que se crea la Comisión Interdepartamental de Seguridad y Salud Laboral.**

Genérico: 142-08.

**5/2008, de 18 de enero, por el que se establece la Ordenación de las Enseñanzas de Idiomas de Régimen Especial en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y los currículos del nivel básico e intermedio.**

Artículo 13: 218-08.

**15/2008, de 25 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

Artículo 12: 59-08, 153-08.

Artículo 14: 59-08, 97-08, 153-08.

Artículo 17: 97-08.

**72/2008, de 2 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

Genérico: 116-08.

Artículo 31: 181-08.

Artículo 32: 181-08.

**284/2008, de 19 de septiembre, por el que se regula la competencia para resolver los expedientes sancionadores sobre infracciones en el orden social en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

Artículo 3: 161-08.

**26/2008, de 25 de septiembre, de reorganización de la Administración Regional.**

Genérico: 162-08, 169-08, 181-08, 209-08.

## 19.-Orden

**16 de septiembre de 1996, por la que se crea el Libro de Registro de Explotación Ganadera.**

Genérico: 92-08.

**17 de junio de 2004, aprueba las bases generales que regirán las convocatorias de pruebas selectivas para acceso a los distintos Cuerpos de la Administración Regional.**

Artículo 6: 157-08.

**22 de diciembre de 2005, de la Consejería de Sanidad, por la que se regulan las placas identificativas de las Oficinas de Farmacia de la Región de Murcia.**

Genérico: 176-08.

**14 de junio de 2006, por la que se crea un Registro Telemático auxiliar del Registro General de la Comunidad Autónoma de Murcia para la presentación de escritos, solicitudes y comunicaciones y se establecen los criterios generales de tramitación telemática de determinados procedimientos**

Artículo 3: 125-08.

**18 de octubre de 2006, de la Consejería de Agricultura y Agua, por la que se regula el funcionamiento del Control Lechero Oficial en la Región de Murcia, y se constituye el Centro Autonómico de Control Lechero de la Región de Murcia.**

Genérico: 158-08.



## **V. Dictámenes del año 2008**





**DICTAMEN 01/08.- Revisión de oficio del acto administrativo por el que se solicita el abono de 1.391.481,80 euros, como consecuencia del servicio de recogida de residuos sólidos por parte de la empresa x.**

**Consultante: Alcalde del Ayuntamiento de Alcantarilla**

**Fecha: 07/01/08**

### **Extracto de Doctrina**

*1. La doctrina del riesgo imprevisible opera precisamente para superar (en los casos en que proceda) lo establecido en la literalidad de las cláusulas contractuales, pues se basa en el acaecimiento de unas circunstancias que, por imprevistas e insólitas, no se pueden considerar contempladas por las partes cuando celebraron el contrato, lo que justifica, por razones de justicia, que se deba ir más allá de lo específicamente establecido en aquéllas.*

*2. En el caso que nos ocupa, el acto producido por silencio administrativo positivo objeto de revisión carece de dos de los presupuestos o requisitos esenciales e inherentes al derecho de compensación económica por causa del principio del riesgo imprevisible, que son: a) la cumplida acreditación de un desequilibrio en la economía del contrato de muy especial gravedad y gran magnitud económica, y b), en todo caso, que dicho hipotético desequilibrio económico sea imputable al acaecimiento de circunstancias extraordinarias sobrevenidas e imprevisibles para el contratista en el momento de formular su oferta, debiendo imputarse aquél más bien a las imprevisiones de la empresa a la hora de elaborar su oferta. Por todo ello, procede la declaración de nulidad de pleno Derecho del acto administrativo objeto del procedimiento de referencia.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El Pleno del Ayuntamiento de Alcantarilla, en sesión de fecha 14 de noviembre de 1994, aprobó el Pliego de Condiciones Administrativas (PCAP) que había de regir la contratación, mediante concurso, de la prestación de los servicios públicos de recogida domiciliaria de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria del municipio de Alcantarilla, por un plazo de ocho años, con posibilidad de prórroga por dos más.

Tras la correspondiente fase de licitación, el Pleno del Ayuntamiento, en sesión de fecha 27 de abril de 1995, adjudicó la concesión a la mercantil --, S. A. por un importe anual de 168.816.536 ptas., IVA incluido (1.014.607,82 euros), que comprende el precio para el servicio de recogida de residuos (90.531.852 pts., equivalente a 544.107'39 euros) y el de limpieza viaria (78.284.685 pts., es decir, 470.500'44 euros)

En el acuerdo de adjudicación, entre otros extremos, se expresó lo siguiente:

*“5º.- Durante el año 1995, no procederá revisión de la retribución del contratista, siendo a riesgo y ventura los incrementos estimados en su oferta respecto de los costes salariales, así como las restantes cuantías económicas previstas”.*

*“8º.- El número de 8.900 tm/anales, que el adjudicatario estima que serían las que se recogerían dentro del ámbito del servicio; así como las 1.350 ptas/tm. que a su vez estima como coste del transporte, tratamiento y eliminación de residuos sólidos urbanos,*

*se entiende una previsión realizada a riesgo y ventura del adjudicatario. Por lo que, tanto la diferencia entre el número de toneladas previstas por el adjudicatario en su oferta con respecto a las realmente recogidas; así como la diferencia entre el precio del transporte, tratamiento y eliminación previsto por el contratista y el coste real, no supondrá una revisión de la retribución del contratista ni un supuesto de desequilibrio económico.*

*9º.- Durante el año 1996 y siguientes, la revisión de la retribución del contratista se regirá por lo dispuesto en la Cláusula 28 del Pliego de Condiciones”.*

En dicha Cláusula 28 del PCAP (titulada “Revisión de precios”) se establece lo siguiente:

*“28.1. El Concierto se entiende celebrado a riesgo y ventura del adjudicatario, por lo que se mantendrán durante toda su vigencia.*

*28.2. En consonancia con lo dispuesto en el párrafo anterior, en la revisión de precios que se realizará anualmente sólo se podrá repercutir el incremento que experimente el Índice de Precios al Consumo del año anterior.*

*28.3. No obstante, podrán igualmente repercutirse aquellas modificaciones del contenido del Concierto que se realicen por el Ayuntamiento a través del Reglamento o las Órdenes de Servicio, siempre que alteren el equilibrio de los supuestos que presidieron la perfección del Concierto.*

*28.4. Por último, las amortizaciones y financiación, permanecerán invariables, no pudiendo sufrir incremento alguno en el total del período que dure la concesión”.*

**SEGUNDO.-** Con fecha 11 de mayo de 1995 se formalizó el correspondiente contrato entre --, S.A. y el Ayuntamiento de Alcantarilla, por un plazo de ocho años, con opción de prórroga por dos años más, y el precio total anual, desglosado en las dos clases de servicios contratados, expresado en el acuerdo de adjudicación, recogiendo expresamente la Cláusula Cuarta del contrato lo establecido en el apartado 8º de dicho acuerdo de adjudicación, antes transcrito.

**TERCERO.-** El 24 de octubre de 2002, --, S.A. presentó en el Ayuntamiento de Alcantarilla un escrito solicitando una compensación económica debido al incremento del número de toneladas de residuos urbanos recogidos desde 1995 hasta 2001 respecto de lo previsto en la oferta. Afirma que ello generó la ruptura del equilibrio económico-financiero del contrato, pues dicho incremento se debió a circunstancias insólitas que sobrepasaron los límites razonables, ascendiendo a un 72% sobre las toneladas previstas en la oferta. Cifra tales circunstancias imprevisibles en el incremento de población experimentado en la Región de Murcia desde el año anterior a la firma del contrato hasta 2002, que fue del 8'5%, según el Instituto Nacional de Estadística. Funda su pretensión en la aplicación de la cláusula “*rebus sic stantibus*” y en los artículos 126 y concordantes del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955. En el citado escrito, la contratista afirma (aunque no lo acredita) que fue reclamando —se deduce que durante la vida del contrato— las cantidades correspondientes a los mayores gastos generados por los alegados incrementos en los residuos recogidos, sin encontrar respuesta en el Ayuntamiento. Ante el silencio de éste, el 7 de mayo de 2003 (ya con el contrato resuelto por mutuo acuerdo el 23 de diciembre de 2002, habiendo cesado en sus servicios el 23 de marzo de 2003), presentó otro escrito, en el que expresa que, conforme a lo expuesto en el anteriormente presentado, la compensación económica debida asciende

a 1.391.481,80 euros, correspondiente al mayor coste del servicio sufrido en los años 1996 a 2001, reclamando asimismo los intereses legales devengados y que se devenguen en lo sucesivo. Por ello, solicita al Ayuntamiento de Alcantarilla que le abone la expresada cantidad y que emita certificado reconociendo que la solicitud que realizó el 24 de octubre de 2002 se encuentra estimada por silencio administrativo.

**CUARTO.-** Por la falta de respuesta del Ayuntamiento, --, S.A. interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, dando lugar al procedimiento ordinario nº 1945/2003, en el que recayó sentencia de 16 de marzo de 2007. El fallo de dicha sentencia es del siguiente tenor literal:

*“Estimar totalmente el recurso contencioso-administrativo 1945/03 interpuesto por --, S.A., contra la denegación por el Ayuntamiento de Alcantarilla de la certificación solicitada por escrito de 7 de mayo de 2003 para acreditar la existencia de silencio administrativo positivo en relación con la reclamación presentada el 24 de octubre de 2002 y contra el incumplimiento por parte de dicha Administración de la obligación de abonar a la actora la cantidad reclamada reconocida a través de dicho silencio, condenando a dicho Ayuntamiento a pagar a la demandante la cantidad de 1.391.481,80 euros, incrementada con los intereses legales de demora correspondientes, contados desde el transcurso de dos meses desde que se presentó ante el Ayuntamiento la última reclamación (7-5-2003), hasta el pago efectivo de la cantidad debida; sin costas”.*

En su Fundamento de Derecho Segundo, dicha sentencia expresa lo siguiente:

*“De lo anterior se desprende que existe un acto presunto producido por silencio administrativo positivo (de reconocimiento de deuda) y un incumplimiento de la Administración de su obligación de ejecutarlo, y ello porque en la materia contractual que nos ocupa no existe disposición administrativa alguna —ni en la normativa general constituida antes por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, ni ahora por la disposición adicional vigésima novena de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, en que se recoge el sentido del silencio administrativo, ni en el vigente Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas— que lo excluya de la previsión general del artículo 42.3 de la Ley 30/1992 sobre dicho silencio positivo. Tal silencio ha de entenderse producido transcurrido el plazo de tres meses desde la solicitud del interesado, de conformidad con lo previsto en el artículo 42.3 de la misma Ley. Esta conclusión es consecuencia de no existir previsión alguna especial sobre el carácter del silencio en materia contractual, por lo que ha de estarse a la norma general sobre el carácter positivo del mismo, al no encontrarnos ante ninguno de los supuestos exceptuados en el expresado artículo 43.2 de la reiterada Ley de Procedimiento Administrativo Común. (...)*

*Por último, significar que tampoco es óbice a la anterior conclusión lo dispuesto en el art. 62.1, f) de la Ley 30/92, pues aún en el supuesto de entender que el acto presunto producido por silencio administrativo es nulo de pleno derecho, habría que anularlo a través del procedimiento de revisión de oficio previsto en el art. 102 de la referida Ley”.*

**QUINTO.-** Interpuesto por el Ayuntamiento recurso de casación, fue admitido a trámite; solicitada por --, S.A. la ejecución provisional de la sentencia, el 17 de julio de 2007 recayó Auto en el que se denegaba aquélla, razonando a estos efectos lo siguiente:

*“En el presente caso, atendiendo al importe elevado de la cantidad reclamada (1.391.481,80 euros), es evidente que la ejecución provisional de la Sentencia causaría al*

*Ayuntamiento de Alcantarilla perjuicios de difícil reparación teniendo en cuenta su entidad, ya que su hacienda indudablemente quedaría gravemente trastornada, sin que tales trastornos puedan subsanarse de momento con la prestación de una caución; lo cual unido a que la sentencia estimó el recurso por razones estrictamente formales (reconocimiento de la deuda por silencio administrativo positivo) sin entrar en el fondo del asunto, siendo consciente la Sala de que se trata de una cuestión discutible, así como de la posibilidad que tiene el Ayuntamiento de acudir a la revisión de oficio de actos nulos de acuerdo con el art. 102 de la Ley 30/92, determina la Sala denegar la ejecución provisional solicitada”.*

**SEXO.-** Solicitado por el Ayuntamiento a una empresa consultora un informe jurídico sobre la situación planteada, fue emitido el 20 de julio de 2007, en el que se razona que el acto de reconocimiento de la cantidad de referencia, producido por silencio positivo, está incurrido en la causa de nulidad de pleno Derecho recogida en el artículo 62.1, f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), pues el referido acto reconoce a la contratista un derecho a percibir una cantidad, en concepto de desequilibrio económico del contrato, que se opone frontalmente a lo establecido en el contrato de referencia sobre la revisión de precios del mismo, citando a tal efecto, entre otras, las cláusulas del PCAP y del contrato formalizado y las determinaciones del acuerdo de adjudicación a que se hizo referencia en los Antecedentes Primero y Segundo. Considera el informe que la prohibición establecida en el contrato de una revisión de su precio que no sea por aplicación del índice de precios al consumo (IPC), supone que el reconocimiento del derecho al contratista producido por silencio administrativo carece de causa legítima, lo que implica que éste adquiriera un derecho careciendo de los requisitos esenciales para ello, concurriendo así el supuesto previsto en el citado precepto de la LPAC. Por ello, estima procedente la incoación de un expediente de revisión de oficio del citado acto municipal, al amparo de lo establecido en el artículo 102 de dicha ley.

**SÉPTIMO.-** El 27 de septiembre de 2007, el Pleno del Ayuntamiento de Alcantarilla acordó incoar expediente para la revisión de oficio del acto estimatorio de las solicitudes efectuadas por --, S.A. con fechas 24 de octubre y 7 de mayo de 2003 para el abono de la cantidad de 1.391.481'80 euros, concediendo a la interesada un plazo de diez días para formular alegaciones, delegando en la Junta de Gobierno Local la competencia para tramitar y resolver el procedimiento revisorio.

**OCTAVO.-** Notificado dicho acuerdo a la contratista con fecha 3 de octubre de 2007, no consta que haya formulado alegaciones.

**NOVENO.-** Obra en el expediente un escrito presentado por --, S.A. el 15 de noviembre de 2007 en el que reclama el abono de una relación de certificaciones correspondientes a los servicios prestados en virtud del contrato de referencia, que afirma que no le han sido abonadas, solicitando asimismo el pago de los intereses legales devengados, conforme con lo establecido en el artículo 99.4 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP).

**DÉCIMO.-** El 22 de noviembre de 2007 la Secretaria del Ayuntamiento emite informe en el que, con base en las consideraciones expresadas en el anterior informe, estima procedente la revisión de oficio y la declaración de nulidad de pleno Derecho del acto de referencia.

**UNDÉCIMO.-** El 26 de noviembre de 2007, la Junta de Gobierno Local acordó lo siguiente:

*“PRIMERO.- Declarar la caducidad del trámite de alegaciones concedido a --, S.A. mediante el Acuerdo del Pleno de 27 de septiembre de 2007.*

*SEGUNDO.- Proponer en el procedimiento de referencia que se declare de oficio la nulidad del acto administrativo producido por silencio administrativo, por el que se estima la solicitud realizada por --, S.A., con fecha 24 de octubre de 2002 y 7 de mayo de 2003, por la que se interesaba que se le abonara la cantidad de 1.391.481,80 euros.*

*TERCERO.- Elevar la propuesta anteriormente referida junto con el expediente del que trae causa, al Consejo Jurídico de la Región de Murcia para que emita el informe preceptivo establecido en el artículo 102.1 de la Ley 30/1992”.*

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 27 de noviembre de 2007 tiene entrada en este Consejo Jurídico un oficio del Alcalde del Ayuntamiento de Alcantarilla en el que solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

**DECIMOTERCERO.-** Mediante escrito registrado en este Consejo Jurídico el 30 siguiente, el citado Alcalde remite acuerdo del día anterior de la Junta de Gobierno Local por el que se suspende el procedimiento de revisión de oficio, por haberse solicitado el Dictamen de este Consejo Jurídico, al amparo de lo establecido en el artículo 42.5 LPAC.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de revisión de oficio y declaración de nulidad de pleno derecho de un acto administrativo del Ayuntamiento de Alcantarilla, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 102 LPAC y 12.6 de la Ley 2/97, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.-** Procedimiento.

I. El examen del expediente remitido permite afirmar que se han seguido los trámites esenciales que para este procedimiento prevé la LPAC.

Se advierte, no obstante, que en el último acto recaído, el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 26 de noviembre de 2007 (Antecedente Undécimo), ésta determina “proponer” que se declare de oficio la nulidad del acto objeto de revisión, sin advertir que, al tener delegada por el Pleno la competencia para tramitar y resolver el procedimiento (apartado quinto del acuerdo de 27 de septiembre de 2007, citado en el Antecedente Séptimo), carece de sentido que se formule a sí misma una propuesta de resolución que luego tendría que resolver. No obstante lo anterior, lo cierto es que, en el referido acto, la Junta de Gobierno no tiene la voluntad de resolver el procedimiento, por lo que no puede considerarse que lo haya hecho. Por tanto, una vez recibido el presente Dictamen, será dicho órgano el que deba acordar la resolución que proceda, salvo que el Pleno avoque para sí la competencia hasta ahora delegada.

II. El plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento es de tres meses contados desde su iniciación (art. 102.5 LPAC), si bien aquél quedó suspendido el 30 de noviembre de 2007, fecha en que fue registrado de salida el acuerdo municipal de solicitud de Dictamen a este Consejo Jurídico, informe que resulta preceptivo y determinante para la citada resolución (art. 42.5, c) LPAC). Considerando que en tal fecha quedaban 27 días naturales para el vencimiento del citado plazo (que se hubiera producido el 27 de diciembre de 2007, al incoarse el procedimiento el 27 de septiembre anterior), el Ayuntamiento dispondrá de dichos días, contados desde el siguiente a la recepción del presente Dictamen, para proceder a la resolución y notificación del procedimiento, so pena de quedar incurso en caducidad (en el mismo sentido, vid. Dictamen de este Consejo Jurídico nº 86/07, de 18 de junio).

**TERCERA.- Contenido del acto objeto de revisión de oficio: el reconocimiento del derecho del contratista a una indemnización por el desequilibrio económico del contrato debido al acaecimiento sobrevenido de circunstancias extraordinarias e imprevisibles. La doctrina del riesgo imprevisible. Los requisitos o presupuestos esencialmente determinantes del nacimiento de este derecho.**

#### I. Consideraciones preliminares.

La propuesta de resolución objeto de Dictamen pretende la declaración de nulidad de pleno Derecho del acto municipal estimatorio por silencio administrativo positivo de la reclamación presentada por --, S.A. en fechas 24 de octubre de 2002 y 7 de mayo de 2003 para el reconocimiento del derecho a ser indemnizada en 1.391.481,80 euros como compensación por el desequilibrio económico del contrato de recogida, tratamiento y eliminación de residuos sólidos urbanos de referencia, por considerar la empresa que durante el mismo se produjeron acontecimientos imprevisibles, insólitos y extraordinarios que determinaron la ruptura del equilibrio económico de la concesión, y que consistieron en el gran crecimiento de la población residente en la Región de Murcia, con la consiguiente mayor generación de residuos sólidos urbanos en el municipio de Alcantarilla, en una proporción que al contratista le parece desmesurada e imprevisible a la hora de realizar su oferta. Alega a tales efectos la doctrina jurídica que se refiere a la cláusula “*rebus sic stantibus*” y al principio de la compensación por riesgo imprevisible, así como lo establecido en el artículo 127.2.2º,b) del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, que dispone que la Corporación deberá mantener el equilibrio financiero de la concesión —para lo cual revisará las tarifas y subvención—, cuando, aun sin realizar modificaciones en el servicio, circunstancias sobrevenidas o imprevisibles determinaran en cualquier sentido la ruptura de la economía de la concesión.

En concreto, la empresa considera que el desequilibrio económico de la concesión se ha producido por el gran aumento anual de toneladas de residuos recogidos sobre las previstas en su oferta; así, en 1995 se recogieron 11.800 tm. en lugar de las 8.900 previstas, incrementándose progresivamente aquella cantidad hasta 2001, en que recogen 15.392 tm., lo que supuso en total más del 72 % sobre lo previsto para los ocho años de duración del contrato. Imputa dicho aumento, como se ha dicho, al incremento del número de habitantes del municipio (que no concreta), señalando, sin embargo, que el incremento de población en la Región de Murcia entre el año anterior a la fecha del contrato (1994) y el año 2002 fue del 8,5 %, según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), hecho insólito por ser España uno de los países con menor índice de natalidad a nivel mundial. Afirma que “*aun empleando la mayor diligencia en la estimación de datos referentes al número de toneladas*

a recoger”, el incremento superó los límites razonables. También señala que la estimación de 8.900 tm./año y el coste del servicio lo realizó “según datos generales para municipios similares al de Alcantarilla”, añadiendo que en la recogida de residuos ha perseguido procurar la máxima satisfacción de los usuarios de dicho servicio y la protección del medio ambiente y natural de la Región de Murcia.

A la hora de cuantificar la compensación económica, la empresa parte de considerar como cantidad de toneladas sobre la que determinar el sucesivo incremento anual, no las 8.900 estimadas en su oferta, sino las 11.800 efectivamente recogidas en el primer año del contrato (1995), pues señala que el desfase producido en dicho primer año (2.900 tm., resultado de restar 8.900 a las 11.800 recogidas) debe asumirlo a su riesgo y ventura. De este modo, la diferencia entre las citadas 11.800 tm./año y las efectivamente recogidas anualmente hasta 2001 asciende a un total de 8.846 tm., cuyo coste adicional de recogida y eliminación lo cifra en la citada cantidad de 1.391.481'80 euros, que es la suma de las cantidades desglosadas que figuran en los anexos 1 y 2 adjuntos a su escrito de reclamación. Dicha cantidad, más el interés devengado y el que se devengase hasta la fecha del pago, fue reclamada de forma expresa en el segundo escrito presentado al Ayuntamiento el 7 de mayo de 2003, sin contener éste nuevas argumentaciones sobre tal pretensión económica.

A partir de lo expuesto, resulta claro que la reclamación del contratista y, por tanto, el acto administrativo estimatorio, por silencio administrativo, de dicha reclamación, se funda en la doctrina (o principio jurídico) del riesgo imprevisible, sobre la que el Consejo de Estado, en su Dictamen 99/98, de 14 de mayo, señala que en el ámbito del Derecho Administrativo “ha sido incorporada al ordenamiento jurídico patrio a través de la legislación de Régimen Local. Los artículos 127 a 129, ambos inclusive, del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales garantizan el equilibrio financiero de la concesión, y declaran expresamente el derecho del concesionario a “obtener compensación económica que mantenga el equilibrio financiero de la concesión en los casos en que concurra cualquiera de las circunstancias a que se refieren los números 2, 3 y 4 del párrafo segundo del artículo 2”, considerándose como tales, entre otros, los casos de “circunstancias sobrevenidas e imprevisibles” (artículo 127.2, apartado b/) que hayan dado lugar a una verdadera “subversión de la economía de la concesión” (artículo 128.1.1º)”.

Asimismo, en su Dictamen 3346/02, de 13 de marzo de 2003, el citado Órgano Consultivo señala lo siguiente:

*“La “doctrina de la imprevisión” o el principio de “riesgo imprevisible” ha sido desarrollada en numerosos dictámenes de este Consejo de Estado (números 560/97, de 24 de abril de 1997 y 50.293, 50.295 y 50299, de 5 de noviembre de 1987, y 53.700, de 14 de diciembre de 1989) y en abundante jurisprudencia (véase las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1985 y 14 de marzo de 1985, entre otras muchas). (...) De acuerdo con el dictamen del Consejo de Estado número 560/97, de 24 de abril de 1997, la “razón de ser de la teoría de la imprevisión (...) no es otra sino la de evitar conclusiones radicalmente injustas que se pudieran seguir de una aplicación literalista de la Ley, o de las cláusulas contractuales, que vienen a ser Ley entre las partes contratantes, según resulta de los términos del artículo 1091 del Código Civil”. Su fundamento, por tanto, no es ajeno a los principios de equidad y buena fe.*

*No obstante, para respetar el principio de riesgo y ventura y no falsear las garantías de concurrencia en la licitación, la aplicación de la teoría del riesgo imprevisible exige la concurrencia de estrictos requisitos. Como se decía en el dictamen del Consejo de Estado*

número 560/97, de 24 de abril de 1997, “la aplicación de la doctrina de la imprevisión exige, por su misma naturaleza, (...) cautelas especiales. En otro caso, se desvirtuaría su esencia, convirtiéndola en una cláusula general, no escrita, pero aplicable en todo caso a todo contrato a modo de una “condictio sine causa generalis”. Esta consecuencia pugnaría, además, con la regla del riesgo y ventura propia de los contratos administrativos, así como con la misma razón de ser de la doctrina de la imprevisión”.

Añade el citado Órgano en el transcrito Dictamen que los requisitos exigidos para la aplicación del principio pueden resumirse en tres: a) una alteración sobrevenida de circunstancias que resulte imprevisible y extraordinaria; b) insuficiencia de los mecanismos previstos en el contrato para corregir el desequilibrio económico producido por aquéllas, y c) que la alteración de circunstancias tenga una incidencia sobre la economía general del contrato que rebase los límites razonables de aleatoriedad que todo contrato de tracto sucesivo lleva consigo y produzca un efecto patológico y desmesurado, una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido.

Por su parte, la Sala 3ª del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de diciembre de 2003, señaló que “como hemos expuesto en alguna otra ocasión, la doctrina del riesgo imprevisible, conectada a la de la cláusula «rebus sic stantibus», exige que, como consecuencia de la aparición de un riesgo que no pudo ser previsto al tiempo de celebrarse el contrato, se alteren sustancialmente las condiciones de ejecución del mismo, de manera que la prestación pactada resulte mucho más onerosa para una de las partes de lo que inicialmente había podido preverse, lo que permite la rescisión del contrato o, en su caso, la indemnización de ese mayor coste, que no debe ser asumido por la parte a quien el suceso o acontecimiento imprevisible ha perjudicado. La sentencia de esta Sala de 16 de septiembre de 1.988 (RJ 1988, 7046) legitimaba una revisión de precios no pactada cuando en las vicisitudes de la contratación concurren unas circunstancias y alteraciones económicas extraordinarias y anormales, imprevistas y profundas, que afectan gravemente al contratista que actuó de buena fe y dentro de unas previsiones razonables”. En el caso analizado por dicha sentencia, el TS concluye que “no concurre en este supuesto el requisito esencial de la imprevisibilidad del acaecimiento”. La calificación como esencial de dicho requisito es determinante a los efectos del presente procedimiento revisorio, pues la nulidad radical cuya declaración pretende el Ayuntamiento se basa, como se apuntó anteriormente, en el artículo 62.1.f) LPAC, que permite la declaración de nulidad de pleno Derecho del acto administrativo cuando se carezca de alguno de los requisitos esenciales establecidos por el ordenamiento jurídico para que aquél pueda producir validamente el efecto de otorgar a su destinatario un derecho o facultad (en el presente caso, de contenido económico, como resulta ser la indemnización de que se trata).

## II. La propuesta de resolución. Su fundamento.

Aplicadas las precedentes consideraciones al caso que nos ocupa, debe señalarse la conformidad de este Consejo Jurídico con la propuesta de resolución objeto de Dictamen, si bien por unas razones no exactamente coincidentes con las que se contienen en dicha propuesta, por lo que la motivación de la misma debería ser ajustada conforme con las consideraciones que se han de realizar.

Ello es así porque, frente a la pretensión del contratista, el Ayuntamiento opone esencialmente lo establecido en las cláusulas del PCAP y en las determinaciones del acuerdo de adjudicación y del contrato con --, S. A. a que se hizo referencia en los Antecedentes



Primero y Segundo de este Dictamen; determinaciones de las que se desprende, en principio con claridad, que el contrato no prevé ni permite otra forma de revisar el precio de adjudicación que no sea mediante la aplicación del IPC anual, sin perjuicio de las compensaciones debidas cuando el Ayuntamiento, en ejercicio de su "*ius variandi*", hubiera introducido modificaciones en el contrato que alterasen su equilibrio económico. De dichas cláusulas contractuales extrae el Ayuntamiento la conclusión de que formaba parte del riesgo y ventura del contratista la mayor o menor cantidad de residuos efectivamente recogidos y, en consecuencia, el mayor o menor coste de su recogida y eliminación, habiéndose fijado en el acuerdo de adjudicación, aceptado por el contratista al formalizar posteriormente el contrato, un precio fijo de 90.531.852 pts., IVA incluido (544.107'39 euros) por cada una de las anualidades del contrato en lo que atañe a este concreto servicio, expresando dicho acuerdo y contrato que las estimaciones sobre toneladas de residuos a recoger y coste unitario de las mismas carecen de relevancia a los efectos de la revisión del precio del contrato.

Sin embargo, y como señala el Dictamen del Consejo de Estado antes transcrito, la doctrina del riesgo imprevisible opera precisamente para superar (en los casos en que proceda) lo establecido en la literalidad de las cláusulas contractuales, pues se basa en el acaecimiento de unas circunstancias que, por imprevistas e insólitas, no se pueden considerar contempladas por las partes cuando celebraron el contrato, lo que justifica, por razones de justicia, que se deba ir más allá de lo específicamente establecido en aquéllas. Ello no significa, por supuesto, un apartamiento de los términos del contrato, sino, como apunta el citado Dictamen, de superar la literalidad de las cláusulas revisorias de precios para dar entrada a la posibilidad de compensar al contratista por causa de acontecimientos excepcionales imprevisibles y sobrevenidos que producen un muy grave desequilibrio en la economía del contrato.

De este modo, los términos contractuales no pueden ser interpretados de tal manera que lleguen a excluir, de entrada, la operatividad del principio en cuestión, pues tal interpretación habría de considerarse contraria a Derecho. Ahora bien, ello no implica en modo alguno que se pueda prescindir del clausulado del contrato para determinar si concurren o no los presupuestos necesarios para la aplicación del principio y, por tanto, para reconocer al contratista el derecho a una compensación económica fundado en tal causa.

Ello supone, pues, que no puede admitirse, a los efectos de negar la aplicación de la comentada doctrina y principio jurídico, que el clausulado del contrato determine sin más que cualquier circunstancia que motivase un incremento de la cantidad anual de residuos que la concesionaria tomó como referencia para calcular el precio que ofertó, y que fue plasmado en dicho contrato, haya de ser asumida por ésta y que, en consecuencia, deba asumir en todo caso el mayor coste que ese incremento le haya supuesto a la hora de prestar sus servicios. Por ello, y entre otras consideraciones relativas a la magnitud del eventual desequilibrio económico, que posteriormente se expresarán, el contratista no debe soportar el mayor coste que le haya causado un incremento de residuos que se deba (y así quede cumplidamente acreditado) a circunstancias excepcionales sobrevenidas e imprevisibles a la hora de formular su oferta y de obtener la adjudicación del contrato en los términos en que se produjo. Y para determinar lo que deban considerarse circunstancias sobrevenidas e imprevisibles, hay que analizar los términos del contrato en los que se describe el alcance del servicio contratado y ponerlos en relación con las circunstancias alegadas por el contratista y con la diligencia debida de éste a la hora de elaborar su oferta económica.

CUARTA.- Presupuestos esenciales del derecho de compensación económica a -- S.A. por aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible. Falta de concurrencia de dos de ellos.

I. Magnitud del desequilibrio económico del contrato.

Como se expresó anteriormente, el acto administrativo objeto de revisión se produce por la estimación presunta de una solicitud del contratista para el reconocimiento de su derecho al abono de una determinada cantidad. Dicha solicitud se acompañaba de dos anexos, en los que se contenían unos cálculos conforme a los que resultaba la indicada cifra de 1.391.481'80 euros, pero sin tener aquéllos apoyo en documentación adicional alguna. Así, en el anexo I figura una tabla en la que se cuantifica el gasto sufrido por el contratista por el mayor coste de eliminación de los residuos derivado del incremento de las cantidades recogidas; en el anexo II figura otra tabla en la que se cifran los gastos ocasionados por la necesidad de incrementar los servicios de recogida, por el apuntado incremento de la cantidad de residuos a recoger. Es evidente que si se aceptaran tales cálculos como ciertos, sin más, el desequilibrio económico que implica la citada cantidad sería de una magnitud tan importante como para dar por sobradamente cumplido el requisito atinente a la gravedad de la quiebra de la economía de la concesión, pues se reclama nada menos que un 255% sobre el precio de adjudicación de este servicio (aunque no se consideran, por no conocer el dato, las sucesivas actualizaciones anuales de dicho precio conforme al IPC).

Sin embargo, es claro que la simple alegación de la existencia de unos mayores gastos y su estimada cuantificación resulta insuficiente para que éstos se tengan por acreditados, considerando que la carga de la prueba incumbe al que reclama, que invoca como fundamento de su derecho unos determinados hechos, no probados. Así, de entrada, no se ha aportado documentación acreditativa del hecho base del que parte la reclamación, las toneladas anuales efectivamente recogidas; esta documentación, visto el importante desfase entre las cantidades previstas y recogidas ya en el primer año del contrato, debería haber sido puesta en formal conocimiento del Ayuntamiento en aquel momento, por las consecuencias que ello podría generar en el adecuado desarrollo del contrato. Pero, además, tampoco justifica que ese alegado incremento de residuos le haya producido los mayores gastos que reclama, y menos aún en la concreta cantidad en que los cifra la contratista.

La falta de acreditación de los hechos en que se funda la reclamación (incremento de residuos, medios adicionales empleados, mayor coste de los procesos de eliminación) determina que no quede probado el desequilibrio económico de la concesión y, menos aún, con la magnitud exigida por la jurisprudencia y la doctrina para generar el derecho compensatorio de que se trata, constituyendo tal circunstancia uno de los presupuestos esenciales e inherentes para su reconocimiento.

II. La alegada causa del desequilibrio económico del contrato: circunstancias excepcionales sobrevenidas e imprevisibles en el momento de la presentación de la oferta.

Sin perjuicio de lo anterior, para el hipotético caso de que en un momento posterior se pudiese acreditar la existencia de un desequilibrio económico del contrato de la magnitud exigida para la operatividad de la citada doctrina y, en todo caso, por la necesidad de que el presente Dictamen y la resolución del procedimiento aborden todas las cuestiones derivadas del expediente, debe analizarse seguidamente la relativa a las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento de celebración del contrato (en rigor, en el de la formulación por el contratista de su oferta, luego aceptada por el Ayuntamiento), cuyo acaecimiento, y

su relación de causalidad con el desequilibrio económico de que se trata, constituye otro de los requisitos esenciales exigidos por la jurisprudencia y doctrina para la generación del derecho a compensación económica reclamado.

A) En primer lugar debe señalarse que, incluso aceptando hipotéticamente lo alegado por el contratista en el sentido de que durante el periodo de prestación de sus servicios la Región de Murcia hubiera experimentado un crecimiento imprevisible en su población del 8'5%, ello no sería en modo alguno suficiente a los efectos pretendidos en la reclamación, pues de lo que se trata es de acreditar que la población del municipio de Alcantarilla, en fechas posteriores a la de la presentación de la oferta (que, a falta de mayor información en el expediente remitido, debió producirse entre noviembre de 1994 y marzo de 1995, según se deduce de lo expresado en el acuerdo de adjudicación del contrato, f. 68 a 72 exp.), experimentó un aumento extraordinario e imprevisible sobre la población entonces residente en dicho municipio; y ello para evaluar seguidamente en qué medida dicho aumento poblacional se tradujo en el incremento de residuos recogidos sobre los estimados en la oferta (pues habrían de considerarse otros posibles factores concurrentes, como el mayor consumo por habitante, por ejemplo).

Al no acreditarse la magnitud del aumento poblacional en el municipio de referencia, falta el presupuesto de hecho necesario para, a partir del mismo, intentar acreditar que dicho incremento de población fuera una circunstancia imprevisible para el contratista en el momento de presentar su oferta

Lo expresado llevaría, pues, sin mayores consideraciones, a concluir que no concurre otro de los presupuestos o requisitos que son esenciales e inherentes para generar el derecho del contratista a percibir una compensación económica por aplicación de la doctrina del riesgo imprevisible, pues no puede tenerse por acreditado el acaecimiento de circunstancias extraordinarias sobrevenidas e imprevisibles en el momento de formular su oferta, ni, por ende, que éstas fueran las causantes del desequilibrio económico alegado.

B) Además de lo anterior, los propios términos de la reclamación presentada y algunas determinaciones del PCAP permiten llegar a la conclusión de que el desequilibrio económico del contrato, fuera cual fuese su magnitud, ha de imputarse al contratista, que presentó una oferta que no venía respaldada por los necesarios estudios de los parámetros sociales y urbanísticos propios y específicos del municipio en el que habría de prestar el servicio por un periodo tan estimable como el de 8 años.

En este sentido, destaca en primer lugar que el precio anual ofrecido por los servicios fuese idéntico para todos los años de la concesión (lo que parece corresponderse con la estimación de una cantidad anual fija e idéntica de residuos para todo ese período). Debe recordarse que la Cláusula 27 del PCAP establecía que *“no se fija tipo para esta licitación. Los licitadores propondrán en sus ofertas el precio anual a percibir por el que se comprometen a la prestación del servicio, justificando sus costes en la oferta económica”*; precio anual que no significaba que su importe debía ser el mismo para todas las anualidades del contrato. De este modo, la única exigencia del contrato era que el precio fuese cierto (art. 14.1 TRLCAP).

Pero es que, además, se advierte que la oferta adolecía de una notable deficiencia de partida, si se toman como ciertos los datos sobre recogida de residuos expresados en la reclamación, pues se comprueba que ya en el primer año de vigencia del contrato (1995), la cantidad de residuos efectivamente recogida fue notablemente superior a la estimada en

la oferta. Frente a las 8.900 tm/año, estimadas para todos los años de la concesión, en 1995 se recogen 11.800 tm., es decir, 2.900 tm. más; desfase que, además, resulta ser el mayor, en cálculo interanual, de los experimentados en los sucesivos años del contrato, según los datos consignados en la reclamación (vid. su Hecho Quinto, f. 76 exp.).

Este patente desajuste de la oferta con la realidad del primer año del contrato no puede quedar eliminado por el hecho de que los mayores gastos derivados del desfase de esa anualidad sean asumidos *“a su propio riesgo y ventura”* por la empresa (lo que seguramente considerará ésta que es obligado a la vista de que el artículo 103.1 TRLCAP veda toda posibilidad de aplicar fórmulas de revisión de precios en el primer año de ejecución del contrato, y que el apartado 5º del acuerdo de adjudicación, en concordancia con el 9º, impidiera incluso en tal primer año la aplicación del IPC). No se trata de que el contratista soporte el desequilibrio económico producido ese primer año y nada más, pues el notable desfase producido ya en el momento inicial del contrato, junto a las circunstancias que seguidamente se señalarán, ponen de manifiesto las graves deficiencias de las estimaciones del contratista, lo que conlleva que el desequilibrio económico del contrato que, en definitiva, se pudiese acreditar, deba ser asumido enteramente por aquél.

A este respecto, ha de añadirse que resulta muy significativo que la empresa reconozca que elaboró su oferta *“según los datos generales para municipios similares al de Alcantarilla”*, pues denota que la formuló sin apoyo en el necesario estudio pormenorizado de las específicas y concretas circunstancias del municipio donde debía prestar el servicio, lo que puede explicar el notable desfase de partida al que nos hemos referido.

Buena prueba de lo manifiestamente inadecuado que suponía elaborar una oferta atendiendo al criterio comparativo con otros municipios *“similares”* lo ofrece el hecho de que la Cláusula 18,b) PCAP del contrato estableciera que *“se entiende comprendida en el equilibrio inicial del contrato la inclusión en el itinerario de los Servicios de cualquier calle o zona urbana aperturada o creada por el Ayuntamiento durante la ejecución del Concierto, por lo que esta ampliación de la zona de cobertura de los Servicios no dará lugar a indemnización alguna, ni a revisión de la retribución del Adjudicatario.”*

Como se razonó en un epígrafe anterior, esta cláusula no ha de interpretarse de un modo tan literal que entienda amparada en la misma la aprobación, durante el plazo del contrato, de cualquier plan o proyecto urbanístico que diera lugar a nuevas zonas de población (y, por tanto, potencialmente generadoras de mayores residuos a recoger), pero sí la de aquellos instrumentos urbanísticos cuya aprobación estuviera programada o fueran de previsible aprobación durante dicho plazo. Y para contemplar tales circunstancias, de innegable relevancia para la economía del contrato, es claro que el simple método de aplicar al municipio de Alcantarilla unas magnitudes y parámetros correspondientes a otros municipios resulta claramente inadecuado, ya que el crecimiento urbanístico de un municipio no puede asimilarse sin más al de otros de parecidas características, pues depende de la ordenación propia de cada uno de ellos, a cuyo efecto los licitadores deberían haber solicitado previamente al Ayuntamiento la necesaria información, para así haber formulado sus ofertas teniendo en cuenta los desarrollos urbanísticos previsible, entre otros parámetros a considerar a este respecto.

Quiere decirse, pues, que no sólo la contratista no ha acreditado, como le correspondía, que el mayor número de residuos recogidos sobre los previstos en su oferta se debió a un incremento extraordinario sobrevenido e imprevisible de la población del municipio de Alcantarilla, sino que las circunstancias del caso denotan que su oferta adolecía de un

notable error de base, imputable a la empresa, motivado por la insuficiencia de los criterios utilizados para calcular los parámetros que la debían conformar.

Siendo ello así, y teniendo en cuenta que la oferta económica consistió en una cantidad global y fija para cada uno de los años de duración del contrato, sólo revisable conforme al IPC, tal proceder resultó poco prudente para los intereses de la empresa, quizá en la creencia de poder recibir posteriores compensaciones al amparo de la doctrina del riesgo imprevisible, cuya aplicación ahora pretende, una vez concluidos sus servicios tras resolver el contrato con el Ayuntamiento por mutuo acuerdo el 23 de diciembre de 2002 (según expresa la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Región de Murcia de 23 de marzo de 2007, recaída respecto de otra reclamación de la empresa contra el Ayuntamiento de Alcantarilla), es decir, en fecha ya muy cercana al cumplimiento del plazo inicial, y ello en vez de haberse planteado dicha resolución contractual en un momento anterior, a la vista del desfase que iba advirtiendo en sus cálculos ya desde el primer año del contrato, optando en su momento, sin embargo, por continuar con el mismo.

**QUINTA.- Declaración de nulidad de pleno Derecho del acto objeto del procedimiento de revisión de oficio.**

El artículo 62.1.f) LPAC establece que son nulos de pleno Derecho los actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se hayan adquirido derechos o facultades careciendo de los requisitos esenciales para ello.

El Consejo de Estado ha analizado el alcance de este precepto en numerosos Dictámenes. Merece destacarse lo expresado en el 1952/04, de 23 de septiembre:

*“En el dictamen que resolvió el expediente número 3.305/2000, el Consejo de Estado señaló, analizando la causa de nulidad tipificada en el apartado 62.1.f) de la Ley 30/1992, que su apreciación requiere, entre otras circunstancias, “que falten los presupuestos esenciales para su adquisición, es decir, los presupuestos inherentes a la estructura definitoria del acto. En particular, procede subrayar que una interpretación amplia del supuesto del artículo 62.1.f) podría provocar, dada su potencial “vis” expansiva, una desnaturalización del régimen mismo de la invalidez de los actos administrativos”.*

Sigue el indicado dictamen señalando que *“como se infiere del tenor del art. 62.1. f), la referencia en el mismo a “requisitos esenciales” no se identifica con los requisitos o elementos de los actos administrativos en cuanto tienen como propósito objetivar una función administrativa, sino que, en el contexto en que se sitúa la causa de nulidad de pleno derecho, ha de entenderse propiamente referido a los presupuestos inherentes. En el caso de la consulta, (se trata de) la realización de una actividad no sólo molesta, sino también insalubre, para cuya autorización son determinantes y excluyentes, en su caso, las exigencias de no localización de la actividad en el casco urbano, y menos todavía su instalación entre edificaciones destinadas a viviendas (...). Comprobado que las instalaciones no cumplen con los presupuestos básicos en orden a su ubicación, dimensión y ejecución de medidas correctoras, la actividad carece de todo amparo legal, de modo que la licencia adquirida por silencio positivo implica una vulneración tipificada en el art. 62.1.f), al carecer de presupuestos esenciales exigibles en materia de actividades molestas e insalubres (dictamen 3.305/2000, de 5 de diciembre de 2000).*

*En el caso sometido a consulta estima el Consejo de Estado que son de aplicación consideraciones semejantes. El acto presunto por el que el derecho a la licencia se adquirió y al que se refiere la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Ávila de 16*

*de abril de 2002, es nulo en cuanto confiere a su titular facultades o derechos careciendo de los requisitos esenciales para su adquisición. No en vano, la propia Sentencia, tras reconocer que el recurrente adquirió el derecho a la obtención de la licencia de actividad, señala que la revocación de la licencia es posible.”*

En el caso que nos ocupa, el acto producido por silencio administrativo positivo objeto de revisión carece de dos de los presupuestos o requisitos esenciales e inherentes al derecho de compensación económica por causa del principio del riesgo imprevisible, que son: a) la cumplida acreditación de un desequilibrio en la economía del contrato de muy especial gravedad y gran magnitud económica, y b), en todo caso, que dicho hipotético desequilibrio económico sea imputable al acaecimiento de circunstancias extraordinarias sobrevenidas e imprevisibles para el contratista en el momento de formular su oferta, debiendo imputarse aquél más bien a las imprevisiones de la empresa a la hora de elaborar su oferta. Por todo ello, procede la declaración de nulidad de pleno Derecho del acto administrativo objeto del procedimiento de referencia.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Alcantarilla es el órgano municipal competente, por delegación del Pleno, para resolver el procedimiento de revisión de oficio objeto del presente Dictamen, en los términos expresados en su Consideración Segunda.

**SEGUNDA.**- Procede declarar la nulidad de pleno Derecho del acto administrativo por el que se estimó, por silencio administrativo, la solicitud de --, S.A. de reconocimiento de su derecho a percibir una compensación económica por importe de 1.391.481'80 euros en concepto de restablecimiento del equilibrio económico del contrato de referencia, deducida en los escritos presentados al Ayuntamiento por dicha empresa el 24 de octubre de 2002 y 7 de mayo de 2003.

**TERCERA.**- Por todo ello, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa favorablemente, si bien debería completarse la motivación de la futura resolución, para que recogiera, siquiera en síntesis, lo razonado en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 02/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante:** Consejera de Sanidad (2004)

**Fecha:** 07/01/08

**Extracto de Doctrina**

*El criterio utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia de responsabilidad patrimonial es el de la lex artis (por todas, STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001), entendiéndose por tal el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado, que tiene en cuenta las técnicas contrastadas y la complejidad y trascendencia vital del paciente, todo ello encaminado a calificar el acto conforme o no al estado de la ciencia (SAN, Sección 4ª, de 27 de junio de 2001). La existencia de este criterio se basa en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo (Dictámenes del Consejo de Estado núm. 1349/2000, de 11 de mayo, y 78/2002, de 14 de febrero).*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 30 de octubre de 2003, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los siguientes hechos, según describe:

— El día 17 de julio de 2002 se le practicó en el Hospital Los Arcos una histerectomía simple bajo anestesia local, intervención quirúrgica que se le prescribió al padecer un mioma sintomático.

— En el postoperatorio se vio afectada de una gran debilidad en las extremidades inferiores, con pérdida de sensibilidad, fuertes dolores en la cara interna de ambos muslos e imposibilidad de caminar; dolencias que fueron en principio diagnosticadas por el Servicio de Medicina Interna del citado Hospital como una paraparesia bilateral proximal asimétrica en miembros inferiores, de predominio izquierdo.

— Tras ser examinada tanto en el Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia como en el Hospital Santa María del Rosell de Cartagena, el diagnóstico fue confirmado como “*neuroapraxia posquirúrgica crural bilateral de predominio izquierdo*”.

— Considera la reclamante que las lesiones se le causaron en el transcurso de la intervención quirúrgica, a consecuencia de la incorrecta compresión de las valvas quirúrgicas utilizadas.

— Añade que en ningún momento del preoperatorio —ni con anterioridad— se le proporcionó información sobre la posibilidad de que, como consecuencia de la intervención que se le iba a practicar, “*podiera*” causársele dichas lesiones.

— Tras haber seguido tratamiento rehabilitador presenta una mejoría en el miembro inferior derecho, pero en el izquierdo no ha experimentado mejoría alguna.

— Propone que se practiquen las siguientes pruebas: La documental, consistente en petición de historia clínica e informe sobre determinadas cuestiones de los Servicios de

Obstetricia y Ginecología del Hospital Los Arcos; del Servicio de Neurofisiología del Hospital Santa María del Rosell, de Cartagena, y del Servicio de Neurocirugía del Hospital Virgen de la Arrixaca, de Murcia; así como testifical, de los facultativos que practicaron la intervención.

— Señala, a continuación, que no se ha podido evaluar el perjuicio económico que le han causado los días de baja y las secuelas sufridas a causa de la intervención, por no haber sido dada de alta con carácter definitivo, por lo que solicita se suspenda el procedimiento, una vez practicada la prueba, hasta que se le dé el alta definitiva, momento en que se aportará la evaluación económica del daño sufrido.

— Finalmente, designa al Letrado x. para que, a partir del momento de la interposición de la reclamación, actúe en su nombre y representación.

**SEGUNDO.-** Con fecha 11 de noviembre de 2003 el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud resuelve admitir a trámite la reclamación patrimonial, lo que se notifica al representante de la interesada el siguiente día 12.

**TERCERO.-** Asimismo se notificó la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Compañía de Seguros y a los Hospitales Los Arcos, Santa María del Rosell y Virgen de la Arrixaca, solicitando su historia clínica y los informes de los facultativos que la atendieron.

**CUARTO.-** El Hospital Los Arcos, mediante escrito enviado por el Jefe de la Unidad Técnica de Admisión y Documentación Sanitaria, remite historia clínica de la interesada, así como diversos informes de los facultativos que, seguidamente, se indican:

1º. De x., Jefe de Sección de Tocología, en el que afirma lo siguiente:

*“El 2 de julio de 2002 la veo en consultas externas por revisión tras legrado por metrorragia el 9 de junio de 2002, en la misma le informo del resultado de anatomía patológica: endometrio con maduración irregular; y examino una eco abdominal de 1 de julio, que aporta en la que se informa de esteatosis hepática, miomas uterinos y quiste de probable origen anexial. Asimismo aporta eco ginecológica extraclínica del 13 de junio con informe de mioma submucoso doble de 10x20 mm y otros varios de 10-20 mm. subserosos. Dado que la paciente presenta hipermenorreas con deseos genésicos cumplidos la programo para realizar una histerectomía abdominal simple.*

*Posteriormente la veo en planta el primer día de su postoperatorio en donde me comenta la sensación de adormecimiento en la cara anterior de ambos muslos, más acentuada en el izquierdo. La vuelvo a ver el segundo día del postoperatorio donde le informo de la exploración realizada por Neurólogo de la C.S. Virgen de la Arrixaca en la que destaca una hipopotasemia y del resultado del TAC realizado el día anterior que es normal, y la paciente me indica mejoría en su pierna derecha, pero la izquierda presenta menos movilidad y persiste la sensación de acorchamiento, por lo que aviso a internista de guardia para su valoración. También la veo el tercer día del postoperatorio en el que existe una mejoría evidente en la movilidad de ambas piernas aunque persisten las parestesias. En el noveno día se encuentra mejor pero estacionada, pendiente de ser vista de nuevo por medicina interna”.*

2º. De x., del Servicio de Ginecología y Obstetricia, que se manifiesta en el siguiente sentido:



*“El día 17 de julio de 2002, practiqué a x. una histerectomía abdominal total simple ayudado por la x. Los hallazgos operatorios fueron un útero polimiomatoso y cuerpo lúteo hemorrágico en el ovario derecho, siendo el resto del aparato genital y de la pelvis normal. Se accedió a la cavidad abdominal mediante la incisión de la Pfannenstiel y se usó un retractor abdominal estándar de material plástico colocado según la ortodoxia. La cirugía se realizó de forma reglada y transcurrió sin ningún tipo de incidencia.*

*Al día siguiente de la cirugía, encontrándome de guardia se me avisa por presentar la paciente una pérdida de fuerza y sensibilidad proximal en miembros inferiores. Tras una somera inspección solicité la ayuda del Servicio de Medicina interna del Hospital tras cuya exploración se decidió el traslado de la paciente al Servicio de urgencias de Hospital Virgen de la Arrixaca para ser valorada por un neurólogo con quien me puse en contacto. Tras su asistencia la paciente volvió a nuestro Hospital con el diagnóstico de presunción de hipopotasemia y tratamiento para la misma.*

*A pesar de que seguí el caso de cerca, durante todo el ingreso de la paciente, no volví a tener contacto directo con x.. hasta el 23 de octubre de 2002, cuando acudió a la consulta de Ginecología del Hospital Los Arcos, ya diagnosticada de una neuroapraxia crural bilateral y en rehabilitación, para la revisión después de la cirugía. La anatomía patológica de la pieza quirúrgica revelaba un útero miomatoso y un pólipo endometrial. La paciente me refirió síntomas compatibles con una alteración vasomotora climatérica por lo que pedí una batería hormonal para descartar tal posibilidad. Esa ocasión fue la última que asistí a x.*

*A las preguntas que se formulan les puedo responder:*

*A) La histerectomía, explicada de una forma sencilla, consiste en la extirpación del útero con o sin sus anejos. Para ello se seccionan sus pedículos vasculares nutricios y sus ligamentos de sostén para finalmente liberarlo de su unión con la vagina. Salvo que existan alteraciones anatómicas, se trata de una intervención perfectamente reglada.*

*B) Las lesiones en el nervio crural están descritas como complicaciones de una histerectomía abdominal pero su incidencia es extremadamente baja. En la bibliografía internacional no es posible encontrar mucho más allá de artículos tipo “case report”: así Grassi informa de dos casos, Cognat informa de otro caso y Lau de otros tres. La mayor y más reciente serie se debe a x. que comunica 14 casos. Es esta una complicación que no suele recogerse ni en los libros de cirugía ginecológica ni en las publicaciones de actualización de las principales sociedades científicas internacionales dada su rareza.*

*C) Para la información de las pacientes se utilizan los documentos de consentimiento informado proporcionados (por) la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), en los que se describe someramente la intervención a practicar así como las complicaciones más frecuentes o típicas. En el caso de la histerectomía, el consentimiento de la SEGO no recoge la neuroapraxia crural como complicación.*

*D) Aunque la causa última de las lesiones crurales durante una histerectomía está lejos de aclararse por completo, se invoca que la presión directa o indirecta de las valvas de los retractores autoestáticos sobre el nervio es la causa de las lesiones, especialmente cuando las valvas son demasiado largas o estrechas, cuando se utilizan incisiones abdominales horizontales, cuando la paciente es muy delgada o cuando el tiempo quirúrgico es excesivamente largo. Otras posibles causas serían alteraciones electrolíticas, shocks eléctricos transmedulares o fenómenos vasculíticos. Sin embargo, ninguno de los factores descritos,*

*ni por separado ni actuando en conjunto, determina necesariamente que se produzca la lesión”*

3°. De x., del Servicio de Rehabilitación de dicho centro hospitalario, en el que se hace constar lo que sigue:

*“Presenta buena evolución sobre todo de MID, hasta la revisión de 4 de febrero de 2003, en que refiere lumbalgia con irradiación a ingle I. Persiste paresia de psoas a 3/5, resto de musculatura de MII mejor y MID asintomático. Se solicita Rx lumbar.*

*En julio de 2003, continua con dolor y psoas de MII a 3/5, pese a que cabría esperar recuperación más rápida, según E.M.G. Solicito nuevas resonancias para descartar patología discal o degenerativa que pudiera justificar la evolución tórpida.*

*En agosto persiste exploración física similar en MII. Informan en resonancia de quiste de Tarlov en raíz S1 derecha.*

*Actualmente continúa en tratamiento en gimnasio, con mejoría sintomática en última revisión de 4 de noviembre de 2003. El balance muscular de psoas I se mantiene a 3/5”.*

**QUINTO.-** El Hospital Santa María del Rosell, remite la historia clínica de la reclamante, así como informe del Servicio de Neurofisiología de dicho Hospital, en el que se afirma lo siguiente:

1. *“La neuroapraxia es una lesión mínima y reversible del nervio periférico generalmente debida a compresión, siendo la forma más leve de las lesiones nerviosas propuesta por Seddon. Se debe al edema a nivel de las vainas de mielina sin afectación del cilindroeje o axón. La neuroapraxia posquirúrgica crural bilateral se puede producir por compresión de las valvas y tracción secundaria siendo reversible la lesión al no dañarse el axón. Clínicamente puede cursar con déficit motor y ocasionales parestesias. No hay potenciales de fibrilación ni atrofia muscular.*

2. *Las lesiones son reversibles sin dejar secuelas. En el caso de la demandante se le practicó un E.M.G. con fecha 25 de julio de 2002, con el resultado de mono neuropatía bilateral de N. crural bilateral por neuroapraxia. Posteriormente, con fecha 4 de marzo de 2003, se le practicó un E.M.G. de control con una recuperación total informándose como normal.*

3. *Las causas posibles son las inherentes a la tracción y compresión de las valvas para poder abrir un campo quirúrgico en la práctica de cualquier intervención quirúrgica, como es el caso la practica de una histerectomía.*

4. *Dicha intervención entraña como riesgo normal o aceptado inherente las lesiones leves de neuroapraxia debido a la compresión de las valvas. En el caso de la demandante podría haberse magnificado el cuadro clínico, debido a los antecedentes personales manifestados por la paciente y que constan en nuestro fichero. La paciente dijo padecer diabetes Mellitus y lupus eritematoso sistémico, y ambas patologías producen per se, diversos tipos de lesiones de raíces y nervios periféricos, (mononeuropatía, poli-neuropatía y radiculopatía, amiotrofia)”.*

**SEXTO.-** El Director Gerente del Hospital Virgen de la Arrixaca remite, con fecha 3 de septiembre de 2004, historia clínica correspondiente a la asistencia prestada a la reclamante por el Servicio de Urología de dicho Hospital. Manifiesta, asimismo, que *“en cuanto a los informes de los profesionales que asistieron a la reclamante, relativos a los hechos descri-*

tos en la reclamación, no pueden ser facilitados al no haber sido asistida en este Centro por tales hechos”.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 14 de junio de 2005 el representante de la reclamante presenta escrito mediante el que procede a evaluar y cuantificar los daños objeto de la reclamación, según el siguiente detalle:

— Limitación funcional en miembro inferior izquierdo (50%) por lesión del plexo lumbosacro, secuela que valora en 20.000 euros.

— 908 días de baja impeditivos (del 9 de junio de 2002 al 2 de diciembre de 2004), por los que reclama 45.000 euros.

Acompaña los siguientes documentos:

— Resolución del ISSORM de 6 de agosto de 2003, por la que se reconoce a la reclamante un grado de minusvalía del 20%.

— Informe médico del ISSORM fechado el 14 de enero de 2004, en el que, en relación con las limitaciones del MII, afirma que padece un déficit del 50%, lo que equivale a una discapacidad global del 20%, señalando, además, el carácter provisional de dicha discapacidad.

— Propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, fechada el día 2 de diciembre de 2004, en el sentido de no reconocer a la interesada en situación de incapacitada permanente, por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

**OCTAVO.-** La Inspección Médica emite informe el 10 de julio de 2006, realizando las siguientes consideraciones:

*“La inervación de las extremidades inferiores proviene de ramas del plexo lumbar y sacro. El plexo lumbar da lugar a tres nervios: nervio obturador, nervio crural y nervio femorocutáneo.*

*El diagnóstico de “lesión de plexo lumbar” izquierdo (EMG de 2/10/02) o aún de forma más amplia “lesión de plexo lumbosacro” en la valoración del ISSORM (14 de enero de 2004), son diagnósticos más generales, no específicos y en todo caso que no se ajustan al diagnóstico correcto y preciso emitido en los EMG de fechas 25/07/02 y 4/03/03, de Neuroapraxia Bilateral de Nervio Crural.*

*— La neuroapraxia postquirúrgica bilateral del nervio crural es una lesión mínima y reversible, descrita como complicación de histerectomías con una incidencia extremadamente baja, y en la que pueden intervenir diversos factores y causas, no estando clara la causa última o necesaria, no siendo por tanto previsible ni evitable su aparición.*

*— En relación a la información se proporcionó la adecuada y suficiente de complicaciones frecuentes y típicas, conforme a los documentos de consentimiento informado proporcionados por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia.*

*— No se constata como secuela efectiva ni una lesión del plexo lumbosacro, ni una limitación funcional de miembro izquierdo del 50% (valoración a su favor), ni se justifican los 908 días de baja impeditiva”.*

Tras estas consideraciones el Inspector Médico alcanza las siguientes conclusiones:

*“1. La neuroapraxia posquirúrgica bilateral del nervio crural es una complicación descrita en este tipo de intervenciones, que puede aparecer aún cuando éstas se realicen correctamente y no previsible conforme al estado actual de la ciencia médica.*

*2. Una vez diagnosticada se utilizaron todos los medios para facilitar la recuperación.*

*3. El deber de los profesionales es proporcionar una información adecuada y suficiente, de los riesgos probables en condiciones normales y no una información completa o exhaustiva.*

*4. No se objetiva menoscabo funcional en miembro inferior izquierdo que justifique los días de incapacidad laboral que alega”.*

**NOVENO.-** Conferido trámite de audiencia a las partes (reclamante y aseguradora), ninguna de ellas hizo uso del mismo, al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

**DÉCIMO.-** El 18 de enero de 2007 la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria, al considerar que si bien el daño alegado por la reclamante encuentra su causa en la intervención quirúrgica a la que fue sometida, no concurre el requisito de antijuridicidad al haber quedado acreditado en el procedimiento que la actuación de los facultativos que la asistieron se ajustó a la *lex artis ad hoc*, que la paciente fue informada con carácter previo de los posibles riesgos de dicha intervención y que, una vez diagnosticada la patología, se adoptaron todos los medios necesarios para lograr su recuperación.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### CONSIDERACIONES

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamante, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en la atención sanitaria recibida del sistema público de salud, ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en cuanto titular del servicio sanitario a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el daño.

La reclamación interpuesta el día 30 de octubre de 2003 ha de entenderse deducida dentro del plazo de un año de producido el hecho lesivo que el artículo 142.5 LPAC fija para la prescripción del derecho a reclamar. Así, aunque la asistencia sanitaria a la que se imputa el daño se produce el día 17 de julio de 2002, es el 6 de agosto de 2003 —fecha de la Resolución del ISSORM por la que se le reconoce grado de minusvalía— cuando la reclamante conoce el alcance definitivo de sus secuelas.

En el procedimiento se ha seguido, en líneas generales, lo establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP.

**TERCERA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce *“el derecho a la protección de la salud”*, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que particulariza en su artículo 10 los derechos de los usuarios respecto a las distintas Administraciones Públicas, previsiones que se ven completadas por la regulación que, sobre la autonomía del paciente y los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se contiene en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

Los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (por todas, la STS, Sala 3ª, de 21 de abril de 1998):

- a) que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica;
- b) que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla;
- c) que la lesión sea imputable a la administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos;
- d) que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que

la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo; 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

La reclamante sostiene que se ha producido una negligencia médica en la intervención de histerectomía que le practicaron el 17 de julio de 2002, pues posteriormente se le diagnosticó neuroapraxia posquirúrgica crural bilateral de predominio izquierdo, como consecuencia de la incorrecta compresión de las valvas quirúrgicas empleadas. Considera que el tipo de intervención a la que fue sometida, si se observa la debida diligencia en la praxis quirúrgica, no entraña más riesgo que el inherente a toda operación que se lleve a cabo bajo anestesia general. También refiere que en ningún momento anterior a la intervención quirúrgica se le informó de que existiese la más mínima posibilidad de riesgo de que tales lesiones pudieran producirse.

Ciertamente el criterio utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para hacer girar sobre él la existencia de responsabilidad patrimonial es el de la *lex artis* (por todas, STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001), entendiéndose por tal el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado, que tiene en cuenta las técnicas contrastadas y la complejidad y trascendencia vital del paciente, todo ello encaminado a calificar el acto conforme o no al estado de la ciencia (SAN, Sección 4ª, de 27 de junio de 2001). La existencia de este criterio se basa en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo (Dictámenes del Consejo de Estado núm. 1349/2000, de 11 de mayo, y 78/2002, de 14 de febrero). Por lo tanto, como recoge la SAN, Sección 4ª, de 19 de septiembre de 2001 *“el criterio de la Lex Artis es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida”*.

La reclamante, a quien incumbe probar el incumplimiento de la praxis médica en la intervención de histerectomía conforme a lo previsto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se ha limitado a sus propias aseveraciones en el escrito de reclamación inicial, pese a que se le ha dado traslado de la historia clínica, y se le ha otorgado trámite de audiencia tras la evacuación del informe de la Inspección Médica, sin que haya comparecido, ni haya cuestionado sus conclusiones, por lo que conviene destacar que sus imputaciones no han sido avaladas con los correspondientes medios probatorios.

Por el contrario, de los informes médicos obrantes en el expediente, de entre los que destaca el correspondiente a la Inspección Médica, cabe deducir que los facultativos se ajustaron en todo momento a la *lex artis*, tanto en la elección como en la práctica de la técnica quirúrgica aplicada. En este sentido resulta decisivo el tenor del informe de la Inspección Médica en el que se señala que *“la neuroapraxia posquirúrgica bilateral del nervio crural es una complicación descrita en este tipo de intervenciones, que puede aparecer aún cuando éstas se realicen correctamente y no previsible conforme al estado actual de la ciencia médica”*. Y, en el supuesto que nos ocupa, de la hoja de protocolo de la intervención (folio 66) y del informe del facultativo que practicó la operación (folios 29 y siguientes), la histerectomía se llevó a cabo con toda normalidad, *“se accedió a la cavidad abdominal mediante la incisión de Pfannenstiel y se usó un retractor abdominal estándar de material*

*plástico colocado según la ortodoxia. La cirugía se realizó de forma reglada y transcurrió sin ningún tipo de incidencia”.*

En definitiva, aunque la neuroapraxia que padece la interesada puede haberse derivado de la operación que le fue realizada en el Hospital de Los Arcos, se trata de un riesgo probable —aunque poco frecuente— (folio 30) de la intervención ginecológica en cuestión, que no puede, por tanto, imputarse a una mala praxis. Además, una vez manifestados los síntomas de pérdida de fuerza y sensibilidad proximal en los miembros inferiores (en el primer día del postoperatorio), se procedió inmediatamente al diagnóstico de la neuroapraxia y a la instauración y seguimiento del tratamiento rehabilitador que, tal como se desprende de la historia clínica y de los informes médicos que obran en el expediente, contribuyó a la práctica recuperación de la paciente, por lo que debe concluirse en la inexistencia del requisito de la antijuricidad del daño, exigido por el artículo 142 LPAC, dentro del régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial.

**CUARTA.- Sobre la información suministrada a la paciente.**

La interesada hace referencia en su escrito de reclamación a que *“en ningún momento del preoperatorio, ni en ningún otro momento anterior a la intervención quirúrgica se informó a la compareciente de que existiese la más mínima posibilidad de riesgo de que tales lesiones pudiesen causársele”*. Nada más concreta la interesada sobre la información recibida, es decir, si recibió o no información sobre la intervención a la que iba a ser sometida, aunque en aquella no se contuviese la particular sobre la posibilidad de que se produjera una neuroapraxia.

El facultativo que llevó a cabo la intervención afirma en su informe que *“para la información de las pacientes se utilizan los documentos de consentimiento informado proporcionado por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), en los que se describe someramente la intervención a practicar así como las complicaciones más frecuentes o típicas. En el caso de la histerectomía, el consentimiento de la SEGO no recoge la neuroapraxia crural como complicación”* (folio 30).

La Ley General de Sanidad, de 25 de abril de 1986, aplicable al momento del hecho imputado, señala en su artículo 10 que toda persona tiene con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias, entre otros aspectos, derecho “a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento” (apartado 5); y “a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención” (apartado 6).

Completamos las previsiones legales, en lo que atañe al derecho a la información y al consentimiento libre y voluntario del paciente, con la doctrina jurisprudencial, a la que se hace referencia, entre otros, en nuestro Dictamen núm. 44/2007, sobre la prueba de dicha información en aquellos supuestos en los que se exige la forma escrita para prestarla, que ha sido interpretado en el sentido de que la ausencia documental no determina automáticamente la antijuricidad del daño, si es factible acreditar por otros medios que se dio información al paciente. En tal caso, es la Administración a la que incumbe la carga de la prueba de la información transmitida (SSTS, Sala 3ª, de 4 de abril de 2000, y 9 de Marzo de 2005).

Por último, hay que referirse a las consecuencias que, en el orden indemnizatorio, cabe extraer de la omisión o deficiente cumplimiento médico del deber de información, en cuanto ello supone un anormal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

En este sentido, a pesar de que la jurisprudencia dista de estar consolidada, a la vista de la doctrina científica y de la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, de 4 de abril y de 3 de octubre de 2000) se desprenden los siguientes criterios que, recordemos, deben ser siempre matizados en la consideración del caso concreto:

a) La omisión o defecto del deber de información no es, *per se*, y con abstracción de cualquier otra circunstancia, generador de responsabilidad patrimonial. Ello no es sino aplicación de la consolidada jurisprudencia que sostiene que el mero funcionamiento anormal del servicio público no genera responsabilidad, siendo necesario que, en virtud de tal funcionamiento, se materialice el riesgo, causando un daño que el interesado no tenga el deber jurídico de soportar. Si no acaba por materializarse dicho riesgo, podrá existir responsabilidad disciplinaria, pero no patrimonial.

b) Si, a pesar de existir omisión o defecto de información sobre los riesgos de un determinado tratamiento (diagnóstico, terapéutico o rehabilitador), éste: a) se aplica correctamente y b) una persona normal que hubiese sido informada de dichos riesgos hubiera decidido aplicarlo (por ser el único posible o, al menos, el razonablemente más conveniente, por las claras y graves consecuencias de no aceptarlo o por otro motivo análogo), y el riesgo se materializa en el daño de que se trate (secuela, fallecimiento), dicha omisión o defecto de información no desempeña una virtualidad causal en la producción del mismo a efectos de responsabilidad y, por tanto, no debe responderse por dicho daño.

c) Sin embargo, si existía alguna alternativa de tratamiento, incluyendo la de no aplicarse el propuesto por el médico (asumiendo en tal caso el interesado o sus allegados el riesgo que ello conllevase), la omisión o defecto en el deber de información (que, recordemos, no existe cuando la urgencia de la situación no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento, ex artículo 10.6, c) LGS y hoy, 9.2, b) Ley 41/2002), sí ocasiona un daño, de carácter moral, distinto del producido por la materialización del riesgo inherente al tratamiento aplicado (del que ya se ha dicho que no es indemnizable) y que consistiría en la privación de la posibilidad de adoptar la decisión que, a la vista de la información que se le hubiera debido suministrar, el paciente podía o debía tomar.

Es decir, se habría de indemnizar por la pérdida de la oportunidad de tomar una decisión pues, aunque el daño físico derivado del tratamiento no sea indemnizable, si éste se materializa se produce un determinado estado de inquietud o zozobra en el paciente, que variará en la medida en que éste pudiera haberse planteado tomar una decisión distinta de la adoptada. Así, como señala algún autor, la fijación de la indemnización en estos casos “*debería hacerse en función de la potencialidad o probabilidad de que el paciente, de haberlo conocido (se refiere al riesgo y potencial daño) no se hubiera sometido a ese tratamiento (tomando también como parámetro la decisión previsible de un paciente razonable ante la misma situación una vez informado), teniendo presente, asimismo, otros factores, como son el estado previo del paciente, el pronóstico y la gravedad de su proceso patológico, las alternativas terapéuticas (o diagnósticas o rehabilitadoras, hay que añadir) existentes, la necesidad de la actuación médica, su carácter preferente o no, la entidad del riesgo típico materializado, circunstancias personales familiares y profesionales del paciente ...*”.



Estas circunstancias constituyen los hechos o presupuestos “base” en los que apoyarse para determinar el alcance del daño moral de que aquí tratamos, y de su correspondiente resarcimiento económico, pues, como reitera la jurisprudencia, aun cuando la evaluación del daño moral tenga un inevitable componente subjetivo, debe realizarse sobre la base de criterios o parámetros objetivos aplicados al caso de que se trate.

Aplicado todo lo anterior al presente supuesto, resulta que tanto el facultativo que llevó a cabo la intervención quirúrgica, como la Inspección Médica, afirman que se proporcionó información a través de los documentos de consentimiento informado proporcionados por la SEGO, en los que se describe someramente la intervención a practicar, así como las complicaciones más frecuentes o típicas, entre las que no se contempla la neuroapraxia crural por la incidencia tremendamente baja que esta complicación tiene sobre aquél tipo de intervención (folios 30 y 203). Sin embargo, tal consentimiento no aparece incorporado al expediente, en el que solamente figura, al folio 71, el prestado para anestesia general, aunque, cabe entender que la información y el consentimiento se produjeron porque así se desprende de las propias manifestaciones vertidas en el escrito de reclamación, en el que no se niega haber recibido información, tan sólo se destaca que concretamente no se le proporcionó en relación con la posibilidad de que se produjese una neuroapraxia crural, lo que coincide con lo manifestado por el x. en el sentido de que tal complicación no viene recogida en el formulario de consentimiento informado de la SEGO.

La cuestión a analizar estriba, pues, en determinar si la información dada utilizando para ello lo que se conoce como “protocolo normalizado”, da adecuada satisfacción a la exigencia legal. La jurisprudencia ha mostrado respecto de ellos ciertas prevenciones, pues, sin dejar de recomendar su amplitud comprensiva de las distintas posibilidades y alternativas, a fin de garantizar que cumplan su finalidad, ha advertido que “la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada...en un padecimiento innecesario para el enfermo”, encomiando la necesidad de interpretar razonablemente “un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica” (STS de 4 de abril de 2000, antes citada). “Hay que mantener —se dice— en el fiel los platillos de la garantía y de la eficacia” (STS de 27 de noviembre de 2000).

En suma, la formulación y manifestación de la información y del consentimiento han de realizarse sin que transformen la existencia de dicho binomio garantista del Derecho a la Salud en una exigencia con caracteres de requisito *ad solemnitatem* ni, por el contrario, sus trámites formales reduzcan la operatividad de aquél a la de puro trámite burocrático estandarizado devaluando así la integración del deber de informar y el correlativo derecho a recibir información (STS de 4 de abril 2000).

En el supuesto que nos ocupa si bien no queda probado que el facultativo informara a la paciente de la posible complicación consistente en la neuroapraxia crural (debido a su baja incidencia en las histerectomías), ésta se sometió voluntariamente a la intervención (así se recoge en los informes facultativos que aparecen a los folios 28 y 29), la cual constituía la mejor opción terapéutica posible en atención a las circunstancias que concurrían en la paciente (deseos genésicos cumplidos), por lo que en aplicación de la doctrina expuesta, no existiría relación causal entre la insuficiente información facilitada a la paciente y el daño padecido. Procede, en consecuencia, negar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, procediendo informar favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

**QUINTA.- Sobre otras cuestiones que se suscitan en el expediente.**

Si bien entiende el Consejo Jurídico que no existe responsabilidad patrimonial derivada de la actuación asistencial prestada a la paciente, se estima conveniente realizar las siguientes consideraciones acerca de las cuestiones que se indican:

**Primera.-** En los informes médicos que obran en el expediente se señala que la neuroapraxia posquirúrgica crural es una lesión mínima y reversible del nervio periférico, que en el supuesto de la reclamante podría haberse agravado el cuadro clínico debido a los antecedentes personales que aparecen en la historia clínica: diabetes mellitus y lupus eritematoso sistémico, ya que ambas patologías producen por sí mismas, diversos tipos de lesiones de raíces y nervios periféricos (folios 18 y 19). Es decir, que se ha de tener en cuenta la influencia que en la dolencia que padece la reclamante han podido tener circunstancias personales totalmente ajenas al funcionamiento del servicio público sanitario.

**Segunda.-** El alcance de las secuelas que la reclamante alega padecer tampoco queda debidamente acreditado en el expediente. Efectivamente, como acertadamente señala la instructora en su propuesta de resolución, los informes médicos incorporados al expediente no respaldan las afirmaciones de la interesada. Del mismo modo la Inspección Médica, tras analizar dichos informes, indica que *“no se constata como secuela efectiva ni la lesión del plexo lumbosacro, ni la limitación funcional de miembro izquierdo de 50%, ni se justifican los 908 días de baja impeditiva”*, para concluir, en lo que a este aspecto respecta, que *“no se objetiva menoscabo funcional en miembro inferior izquierdo que justifique los días de incapacidad laboral que se alegan”*.

**Tercera.-** Por último, en cuanto a la cuantía de la indemnización solicitada, considera este Consejo Jurídico que al no concurrir vulneración de la *lex artis*, una hipotética indemnización con base en la ausencia de información completa, tendría que consistir en la fijación de una cantidad a tanto alzado que debería fijarse ponderadamente y de forma adecuada al caso, atendiendo al alcance de las secuelas, pero, en ningún caso, aplicando automáticamente el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que parte de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de seguros privados, y recogido hoy en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria al no concurrir los requisitos necesarios para el surgimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 03/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.****Consultante: Consejera de Sanidad (2004)****Fecha: 07/01/08****Extracto de Doctrina**

*La atención médica que el ciudadano puede esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de poner todos los medios posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de medios.*

*En ausencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto, se utiliza con generalidad el criterio de la “lex artis ad hoc”, como criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico), que se plasma en una consolidada línea jurisprudencial: en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (por todas, SAN, Sección 4ª, de 29 de diciembre de 2004, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 24 de febrero de 2004 (fecha de certificación en la Oficina de Correos de Cartagena) x, y, z, en su condición de esposa e hijos, respectivamente, de x., presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud por los siguientes hechos, según describen:

El día 12 de septiembre de 2000, x. ingresó en el Hospital del Rosell de Cartagena por fiebre y deterioro general de su estado de salud acompañado de un cuadro de agitación, siendo diagnosticado de la enfermedad de Parkinson.

Como consecuencia de la ansiedad y agitación del paciente los familiares solicitaron al personal del Hospital la instalación en la cama de barandillas protectoras con el fin de evitar una caída. A pesar de las continuas peticiones realizadas ante testigos, confirmadas por el personal sanitario, se les indicó que no disponían de las necesarias.

En la madrugada del día 25 de septiembre de 2000 el paciente se cae de la cama sobre las 3,30 horas, no siendo asistido debidamente hasta las 8,30 horas cuando ya se encontraba en situación de coma. Entonces se le realiza un TAC craneal en el que se aprecia línea de fractura parietal izquierda con gran hematoma epidural en hemisferio izquierdo, con edema y efecto masa que hernia la línea media, falleciendo el paciente por causas totalmente distintas a aquéllas por las que había sido ingresado.

Los reclamantes señalan que interpusieron la denuncia correspondiente ante el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Cartagena (Diligencias Previas 1495/00), en el que constan las declaraciones del personal del centro hospitalario y testigos presenciales que confirman los hechos anteriormente descritos, siendo archivadas dichas Diligencias el 2 de diciembre de 2003, designando los registros del Juzgado a efectos probatorios.

Imputan al Servicio Murciano de Salud una doble actuación anómala; en primer lugar el retraso, de forma injustificada, de la asistencia al paciente tras la caída de la cama; en segundo lugar el no haber puesto a disposición del paciente los medios necesarios para evitar una caída, que era previsible y evitable si se hubieran instalado las dos barandillas que habían sido solicitadas.

En consecuencia solicitan una indemnización de 90.322,035 euros, que obtienen tras la aplicación del baremo de lesiones establecido para los accidentes de tráfico en el año 2003, incrementado en un 20%, además de la subida del IPC.

**SEGUNDO.-** El 22 de marzo de 2004, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta resolución de admisión a trámite de la reclamación de responsabilidad patrimonial, que es notificada a los reclamantes y a la compañía aseguradora del ente público, a través de la correduría, así como al Hospital Santa María del Rosell, solicitando la historia clínica del fallecido y los informes de los facultativos que le atendieron.

**TERCERO.-** La instructora solicita del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Cartagena copia del Auto de archivo de las Diligencias Previas nº 1495/00, que es remitido el 25 de junio de 2004 (registro de entrada en la Consejería consultante), según consta en el folio 108.

Con posterioridad también se solicitaría al citado Juzgado copia testimoniada de todas las actuaciones obrantes en las Diligencias Previas citadas (folio 112).

**CUARTO.-** Requeridos los reclamantes para que propongan los medios de prueba de los que pretenden valerse, comparece, en su nombre, el letrado x., proponiendo como pruebas documentales un informe del Hospital del Rosell sobre la causa de la muerte del paciente y las actuaciones obrantes en las Diligencias Previas núm. 1495/00. También aporta el informe del Jefe de Servicio de Medicina Intensiva del citado Hospital (folio 17), que no acompañó al escrito de reclamación.

**QUINTO.-** Consta la historia clínica del paciente en el Hospital Santa María del Rosell reseñando los siguientes párrafos del informe de Alta (folios 51 y 52):

*“**EA:** 2 días antes de su ingreso presenta deterioro de su estado general y fiebre en las horas previas a su hospitalización de un cuadro de agitación con movimientos descoordinados. 6 semanas antes de su ingreso y relacionada con un trauma psicológico importante el paciente presenta cuadro de deterioro psicológico, con bradipsiquia y actitud negativista.*

(...)

***EVOLUCIÓN:**(...) En la madrugada del 25-09-00 sufre caída al suelo con Traumatismo Craneal. A las 8,30 horas avisan por deterioro del estado de conciencia, objetivándose un paciente en coma neurológico por lo que se solicita un TAC craneal en el que se evidencia una línea de fractura parietal izda con gran hematoma epidural en hemisferio izquierdo, con edema y efecto masa que hernia la línea media, motivo por el que se remite al Servicio de Neurocirugía de nuestro Hospital de referencia”.*

**SEXTO.-** Las Diligencias Previas 1495/2000 remitidas por el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Cartagena, que obran en los folios 119 a 326 del expediente, contienen testimonios del personal sanitario que trató al paciente destacando, por su relación con las concretas imputaciones que se formulan contra la Administración sanitaria, los siguientes:

— La x. (folios 246 y 247) que atendió al paciente:

*“Que estaba de guardia en la noche del 24 al 25 de septiembre de 2000, no recibiendo ningún aviso de que el paciente hubiera caído de la cama durante la noche. Que sobre las 8,30 horas del día siguiente los ATS de guardia le avisaron de que el paciente estaba en situación de coma reconociéndolo la declarante y comprobando su estado.*

*Que no recuerda quienes eran los enfermeros que estaban de guardia esa noche, si bien consta registrado ya que la supervisora de planta x. de la que desconoce sus apellidos debe registrar el nombre de dichas personas.*

*Que ante lo ocurrido la declarante habló con la supervisora de planta quien le manifestó que la esposa le había solicitado que se pusieran barandillas en la cama del paciente y que lo habían peticionado desde principios del año en el plan de necesidades del Hospital la remisión de nuevas barandillas, comentándole la supervisora que no la habían puesto ya que no habían.*

*Preguntado si es habitual que ante la caída de un paciente de la cama no se avise a los médicos de guardia contesta que depende de los casos. Según como lo vea el ATS de guardia, en este caso externamente sólo tenía una pequeña herida de 1 cm. en la región frontal izquierda, en apariencia externa, si bien internamente tenía una fractura ósea y en las horas siguientes desarrollaría un hematoma.*

*Preguntada respecto al cuadro de agitación que presentaba el paciente, según el informe del Hospital, declara que si bien el doctor que efectuó el informe hizo constar dicho cuadro de agitación cuando lo reconocía la declarante, todas las mañanas se encontraba sedado, y por lo tanto tranquilo, sin presentar ningún cuadro de agitación o agresividad. Que con la medicación y el tratamiento que le pusieron no estaba para que se pusiera agresivo o agitado. Que no recuerda que la esposa del paciente le comunicara el estado de agitación o agresividad que pudiera tener el paciente, que tendría que revisar la historia clínica del mismo.*

*A preguntas del Sr. Letrado contesta que habitualmente el coma no se produce en el momento de la caída sino paulatinamente pudiendo transcurrir desde minutos hasta horas, de hecho si los ATS lo echaron a la cama sin avisar a la declarante sería porque no vieron ningún problema.*

*Preguntado si lo hubiera visto un facultativo en el momento de la caída se hubiera evitado el coma contesta que lo desconoce ya que no pudo efectuar la exploración del paciente en ese momento.*

*Preguntado si el poner la barandilla hubiera evitado la caída contesta que puede ayudar a evitar el problema pero que no garantiza que no pueda caer dado que algunos pacientes dado su estado de agitación saltan por encima de la barandilla, por lo que en esos casos lo que se suele hacer es sedar a los pacientes, como ocurrió en este caso. Que a veces se pueden utilizar correas si bien se considera un sistema primitivo por lo que habitual es utilizar barandillas aunque no se descarta su empleo en pacientes muy agresivos.*

*Que el día de los hechos por la mañana la declarante reconoció al paciente sin que advirtiera nada anormal respecto a su estado de agitación dado que estaba sedado, no recordando si había puesta o no barandilla en la cama”.*

— La supervisora de planta x. (folios 266 y 267):

*“Que cree recordar que la familia había pedido las barandillas en distintas ocasiones. Que no es necesario que la familia lo pida. Que el personal de enfermería conoce cuando es necesario y no hay barandillas o bien se busca un enfermo que no necesite las dos barandillas o bien se pide la colaboración de un familiar para que lo vigile o bien se pega la cama a la pared. Que las barandillas estaban pedidas pero hay un trámite administrativo que lleva un cierto tiempo. Que cree recordar que tenía una barandilla que se le quitó a otro enfermo. Que si tenía únicamente una barandilla sería porque no encontraron otra. Que cree que se quedaba la señora del enfermo. Preguntada por qué no se adoptaron otras medidas de seguridad manifiesta que porque no se podía hacer nada”.*

— Entre el personal de la planta cabe destacar las declaraciones del ATS x. (folio 291 a 293), que se encontraba de guardia la noche de la caída del paciente:

*“Que tuvo conocimiento de que el x. se cayó de la cama esa noche porque avisó un familiar del enfermo de la cama de al lado. Que había una acompañante del x. no recordando si era o no un familiar. Que ocupaba la cama uno que estaba que es la que está pegada al aseo. Que la cama uno no estaba pegada a la pared, porque no hay pared, que estaba pegada a la otra cama, habiendo una cortina por medio por el lado izquierdo y por el derecho no estaba pegada a ningún lado. Que la cama tenía una baranda en el lado izquierdo, lado por el que no se cayó. Que cree que se cayó por el lado en el que no había barandilla. Que se lo encontró el declarante por el lado derecho sentado en el suelo por el lado derecho de la cama (...) Que el enfermo estaba siempre confuso, apático y poco colaborador y cuando se lo encontraron en el suelo estaba igual. Que llevaba unos días que no colaboraba y no hablaba casi. Que llevaba un arañazo en la frente al parecer se dio con la mesilla en la caída ya que antes no llevaba nada, y se lo curaron con betadine. Que le tomó las constantes vitales y el pulso ya que cuando una persona se cae siempre se la toman. Que le parecieron normales, siendo las mismas que se habían tomado sobre las once o doce y esas constantes vitales se hicieron constar en la hoja de enfermería escribiéndolas el declarante. Que si no llamaron a un médico fue porque no vieron nada anormal (...) Que lo volvió a reconocer a las 7 de la mañana y las constantes eran las mismas y por eso no avisaron al médico. Que el reconocimiento consistió en tomarle el pulso y tensión, aunque lo que más se toma es la tensión y se pregunta al enfermo como está pero este enfermo no era colaborador y estaba apático. Que x. abría los ojos y estaba consciente a las siete de la mañana cuando el declarante le hizo el último reconocimiento”.*

Asimismo consta la declaración de un paciente compañero de habitación, x. (folio 227):

*“Que tenía una barandilla y ellas pedían una más y no se la pusieron. Que el declarante estaba presente cuando pedía la barandilla. Que cuando entró tenía una barandilla y al salir tenía la misma barandilla. A preguntas del letrado manifiesta que fue testigo de que pedía la señora la barandilla. Que el declarante le decía a la Sra. que tuviera cuidado porque se movía mucho y se le iba a caer. Que el declarante fue testigo de que la Sra. pedía continuamente la otra barandilla pero no se la pusieron”.*

Y la de x., que acompañaba a su padre también ingresado en la misma habitación que el paciente:

*“Que no sabe desde qué día esta persona estaba en el Hospital pues cuando la declarante llegó este señor ya estaba allí. Que recuerda que la primera noche que la declarante se quedó en el Hospital con su padre, este señor se cayó de la cama, si bien no se percató si estaba agitado o no. Que este señor estaba acompañado de su esposa. Que recuerda de aquella noche un golpe y oír a la mujer decir “te has caído, te has caído” y que ante aquello la declarante salió al pasillo y llamó al servicio. Que esto ocurrió la primera noche que la declarante estuvo en el Hospital no sabiendo si este hombre estaba agitado o no.*

*Que en el día que la declarante estuvo en el Hospital presenció a la esposa de este señor requerir al Hospital que le pusieran otra barandilla a la cama de su marido, aunque ya tenía otra barandilla, pidió que pusieran otra. Que este señor cayó por la derecha, mirando desde la posición del enfermo, y por ese lado no había barandilla”.*

**SÉPTIMO.-** Consta un informe de 27 de septiembre de 2000 (folio 299) realizado por la supervisora de Medicina Interna del Hospital Santa María del Rosell, x., dirigido a la Dirección de Enfermería, en el que manifiesta el problema de la insuficiencia de barandillas de la unidad, pero indica asimismo que el paciente, el día anterior a su caída, no estaba agitado, incluso estuvo levantado varias horas en un sillón por prescripción facultativa.

Acerca de la actuación del personal en la noche del accidente señala: *“le fueron tomadas las constantes que eran normales, no apreciándose signo alguno que hiciera sospechar posibles complicaciones, el resto de la noche la pasó sin ninguna incidencia de interés. Aproximadamente a las 7,00 h. cuando le fueron a administrar la medicación continuaba en el mismo estado. Con posterioridad a las 8,15 h. se avisa a su facultativo por presentar desconexión con el medio”.*

**OCTAVO.-** Previo informe del Ministerio Fiscal interesando que se acuerde el sobreseimiento, por Auto del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Cartagena se acuerda el archivo de las Diligencias el 2 de diciembre de 2003, al no haberse dirigido por la parte denunciante acusación contra persona alguna.

**NOVENO.-** Posteriormente, el 9 de agosto de 2005 emite informe la Inspección Médica (folios 348 a 354), proponiendo la estimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial sobre la base del siguiente juicio clínico:

*“Por las declaraciones hechas por los testigos y por la supervisora de enfermería, se admite que la esposa del paciente que lo acompañaba reclamó que le pusieran barandillas para prevenir las caídas. Considero que es suficiente la consideración de desorientación y somnolencia para que un paciente aunque no esté agitado se pueda caer y si la persona que está al cuidado directo del paciente lo solicita se debe atender la petición, como en este caso se hizo aunque parcialmente como expone la supervisora, por falta de medios. La Dra. de guardia ... “preguntada si el poner la barandilla hubiera evitado la caída contesta que puede ayudar a evitar el problema pero que no garantiza que no pudiera caer dado que algunos pacientes dado su estado de agitación saltan por encima de las barandillas”, remarcar que ella misma admite que el paciente estaba sedado.*

*Al enfermo lo encontraron sentado en el suelo por el lado derecho de la cama donde no había barandilla. El enfermero que acudió a asistir al paciente afirma que no llamó al médico por no percibir nada anormal... salvo el arañazo en la frente...Que el x. abría los*

*ojos y estaba consciente a las siete de la mañana cuando el declarante le hizo el último reconocimiento.*

*El hematoma epidural es una hemorragia venosa o arterial que se sitúa entre el cráneo y la duramadre, complicación que puede ocurrir después de traumatismos cranoencefálicos (TCE) aparentemente banales. Su identificación y evacuación quirúrgica precoz es muy importante ya que puede dar lugar de forma brusca, tras un intervalo lúcido variable, a una comprensión cerebral y herniación”.*

Finalmente alcanza las siguientes conclusiones:

*“— Se constata en las anotaciones de enfermería y en los informes de alta el estado de agitación en el que se encontraba el enfermo a su ingreso.*

*— La esposa del paciente reclamó delante de testigos y es verificado por la enfermera que le pusieran barandillas, a lo que se respondió parcialmente colocando solo una barandilla por falta de medios, en el lado izquierdo. Al paciente lo encontraron en el suelo por el lado de la cama que no tenía barandillas.*

*— En todo momento es admitido que el Traumatismo Cráneo Encefálico se debe a la caída al suelo desde la cama en la madrugada del 25/09/00.*

*— El Hematoma epidural se puede presentar tras traumatismos aparentemente banales, y tener una evolución más rápida que los hematomas subdurales, por lo tanto pueden tener unas características más traicioneras.*

*— Considero que tras la valoración del enfermero (se hace un rasguño en la frente, el enfermo se encuentra en el mismo estado que antes de caerse TA 150/85, abría los ojos y estaba consciente) no es injustificado el retraso en la asistencia del paciente”.*

**DÉCIMO.-** Consta una diligencia de la instructora de 29 de noviembre de 2005 en la que se indica, tras una reunión mantenida con la compañía de seguros del ente público, que ha mostrado su disposición de iniciar negociaciones con los reclamantes (folio 355), al igual que posteriormente se comunica a la Consejería consultante el fracaso de las mismas, según la copia del correo electrónico remitido al órgano instructor el 5 de junio de 2006 (folio 356).

**UNDÉCIMO.-** Otorgado trámite de audiencia a las partes interesadas, no presentan alegaciones, tras lo cual se dicta propuesta de resolución el 6 de junio de 2007, estimando la reclamación de responsabilidad patrimonial, por existir relación de causalidad entre la actuación sanitaria del Servicio Murciano de Salud y los daños alegados por los reclamantes, en la cantidad de 72.612,11 euros más los intereses correspondientes.

**DUODÉCIMO.-** Consta en el expediente el oficio del Secretario de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 11 de enero de 2005 (registro de entrada en la Consejería consultante), solicitando la remisión del expediente administrativo, al haberse interpuesto recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la presente reclamación (folio 338).

**DECIMOTERCERO.-** Con fecha 26 de junio de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes



## CONSIDERACIONES

### PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

### SEGUNDA.- Legitimación y plazo.

I. Los reclamantes, en su condición de esposa e hijos del paciente que sufrió los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en la atención sanitaria recibida del sistema público de salud, ostentan la condición de interesados para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, tras el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado en materia de asistencia sanitaria, dando aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas por este Consejo en nuestro Dictamen 65/02.

II. En cuanto al plazo para interponer la acción de reclamación, aunque el daño se imputa a la asistencia sanitaria recibida en la madrugada del día 25 de septiembre de 2000, como señaló el Consejo Jurídico en su Dictamen núm. 46/98, entre otros, el criterio tradicional recogido por la jurisprudencia es que el proceso penal, por su carácter atrayente y prevalente, interrumpe el plazo de prescripción para ejercitar la acción de responsabilidad administrativa. Así, obrando en el expediente que el Auto que dispone el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones data de 2 de diciembre de 2003 (notificado el 23 siguiente) y no teniendo constancia de que se realizaran ulteriores actuaciones en dicha vía jurisdiccional, la notificación del referido Auto se convierte en el día inicial del cómputo del plazo para interponer la reclamación; por ello, habiéndose ejercitado la acción el 24 de febrero de 2004, se considera que se ha interpuesto dentro del plazo de un año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

### TERCERA.- Procedimiento.

Por último, el procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y RRP con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ha excedido en mucho el de seis meses fijado por el artículo 13 RRP, si bien ha de destacarse que se han respetado las garantías de contradicción y que ha mediado durante su instrucción, al parecer sin éxito, un proceso de negociación entre la aseguradora del ente público y los interesados.

De otra parte, la circunstancia de que se haya interpuesto ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Murcia el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta por parte de los reclamantes (folio 338) no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (artículo 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, siempre que no se haya dictado la correspondiente sentencia por parte del citado Tribunal,

a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues los reclamantes podrían desistir o solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa. En todo caso, por la fecha en las que se interpuso el recurso contencioso administrativo, convendría que el departamento consultante actuara coordinadamente con la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad a este respecto, en su condición de centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que es parte la Administración regional (artículo 4.2 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), como también sugerimos en nuestro Dictamen núm. 148/06.

**CUARTA.- Hechos probados en relación con la actuación sanitaria.**

Interesa concretar los hechos que se consideran probados, en relación con las actuaciones anómalas que se achacan a la Administración titular del servicio sanitario, que se contraen a la no adopción de las medidas preventivas para evitar la caída del paciente (barandillas protectoras), cuando habían sido reiteradamente solicitadas por los familiares, y al retraso en su asistencia tras producirse la caída, falleciendo finalmente el paciente por un traumatismo craneoencefálico (TCE).

1) El paciente, de 72 años, ingresó en el Hospital Santa María del Rosell de Cartagena (Servicio de Medicina Interna) el 12 de septiembre de 2000 por fiebre y deterioro del estado general. En las horas previas a su hospitalización presenta un cuadro de agitación con movimientos descoordinados. También presenta un cuadro de deterioro psicológico, según describe el informe de Alta (folio 51), que añade que se encuentra consciente pero con tendencia al sueño y desorientado. Durante su estancia en el Hospital es valorado por el neurólogo, diagnosticándole la enfermedad de Parkinson, y por el psiquiatra por posible cuadro depresivo (folio 17). En el informe de Alta se consigna que se consiguió controlar la fiebre con la que había ingresado, mejorando su estado general y psíquico (folio 52).

2) Consta acreditado que los familiares solicitaron al personal sanitario que atendía la planta que pusieran barandillas protectoras a la cama 428-1, ocupada por el paciente, y que los medios disponibles del Hospital sólo permitieron su instalación en el lado izquierdo, colindante con la otra cama existente en la habitación (declaraciones de la supervisora de planta y ATS de guardia en la noche del 25 de septiembre de 2000 recogidas en el Antecedente Sexto). También viene a reconocer la supervisora que el personal de enfermería conoce cuando se necesita poner barandillas a los pacientes y, en este caso, no la pusieron al otro lado porque no había (folio 267). Tampoco se adoptaron otras medidas preventivas aludidas por el personal de planta, como el traslado del paciente a otra cama para poder apoyarla en la pared.

3) Sobre las 3,30 de la madrugada del día 25 de septiembre, el paciente se cae de la cama por el lado derecho, que no disponía de barandilla, anotándose en la hoja de enfermería que se hace un arañazo en la frente. El ATS de guardia le curó con betadine y le tomó las constantes vitales, encontrándole en el mismo estado que antes de caerse, según anota (folio 41). En su declaración ante el Juzgado (Antecedente Sexto) manifiesta que no avisaron al médico de guardia porque no vieron nada anormal.

4) Según las declaraciones del ATS de guardia, volvió a reconocer al paciente a las 7 de la mañana del día 25 de septiembre (folios 292 y 293), si bien no figura en la hoja de enfermería, aunque tampoco este dato ha sido cuestionado por la parte reclamante en el

presente procedimiento: *“las constantes eran las mismas y por eso no avisaron al médico. Que el reconocimiento consistió en tomarle el pulso y tensión, aunque lo que más se toma es la tensión y se pregunta al enfermo como está pero este enfermo no era colaborador y estaba apático. Que el x., abría los ojos y estaba consciente a las siete de la mañana cuando el declarante le hizo el último reconocimiento”*.

5) A las 8,30 horas avisan al médico de guardia por deterioro del estado de conciencia, estando en situación de coma, por lo que se solicita TAC craneal en el que se evidencia una línea de fractura parietal izquierda con gran hematoma epidural en hemisferio izquierdo, con edema y efecto masa que hernia la línea media.

6) Pese a los intentos ulteriores con la remisión del paciente al Servicio de Neurocirugía del Hospital de referencia, se considera que su estado clínico es irreversible y no subsidiario de intervención quirúrgica, siendo remitido nuevamente al Hospital del Rosell, donando la familia los órganos del paciente (folio 17), que falleció a las 20,30 horas del día 25 de septiembre, según el certificado de defunción (folio 132).

7) Según el informe de Alta el paciente falleció por un traumatismo craneoencefálico, que le produjo una fractura parietal izquierda (folio 52).

**QUINTA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y ss. LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
- b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexa causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano puede esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de poner todos los medios posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de medios.

En ausencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto, se utiliza con generalidad el criterio de la “*lex artis ad hoc*”, como criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico), que se plasma en una consolidada línea jurisprudencial: en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (por todas, SAN, Sección 4ª, de 29 de diciembre de 2004, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

Veamos su aplicación al presente supuesto:

1) Respecto a la primera imputación de los reclamantes sobre la omisión de medios, cabe inferir, a la vista de los hechos probados, que la Administración sanitaria no puso todas las medidas a su disposición para evitar la caída del paciente, lo que a la postre ocasionó un TCE al paciente y su posterior fallecimiento. Con independencia de que el finado no estuviera en el mismo estado de agitación que cuando ingresó en el hospital (le suministraban sedantes, según la doctora que le atendió), lo cierto es, como refiere la Inspección Médica “*que es suficiente la consideración de desorientación y somnolencia para que un paciente aunque no esté agitado se pueda caer y si la persona que está al cuidado directo del paciente lo solicita se debe atender la petición, como en este caso se hizo aunque parcialmente como expone la supervisora, por falta de medios*”. En todo caso, el propio personal de la planta había considerado la necesidad de aplicar estas medidas preventivas al paciente en la medida que habían solicitado las barandillas de protección, aunque no llegaron a tiempo, según la supervisora, “*porque hay un trámite administrativo que lleva un cierto tiempo*” (folio 267).

En consecuencia, se coincide con la propuesta de resolución en que era posible haber evitado la caída del paciente si se hubiera colocado la otra barandilla o se le hubiera cambiado de cama para poder apoyarla junto a la pared, siendo irrelevante en este caso la hipótesis manejada por la doctora que le atendió acerca de que en ocasiones se caen los enfermos, pese a las barandillas. Ha de entenderse que se ha producido lo que se conoce como falta objetiva del servicio, es decir, funcionamiento defectuoso no imputable a sujeto concreto alguno, sin que puedan ser trasladables al paciente las consecuencias derivadas de falta de medios como tuvimos ocasión de indicar en nuestro Dictamen núm. 71/2006.

2) Respecto a la segunda imputación de los reclamantes, relativa al retraso en la asistencia al paciente aquella noche, tras la caída de la cama, sin que se avisara a la doctora de guardia por parte del personal de enfermería, no existen datos concluyentes en el expediente acerca de la adecuación de dicha actuación si se contempla en el momento de producirse, no desde el punto de vista de su resultado.

A este respecto, según declaraciones del ATS de guardia (folios 291 a 293), en supuestos de caídas, el personal de enfermería toma las constantes vitales, el pulso y a la vista del estado del enfermo, a quien se interroga, se decide o no llamar al médico de guardia. En el presente caso, tras examinar al enfermo que se hizo un arañazo en la frente, según se anota en la hoja de enfermería, le curaron con betadine y le tomaron las constantes vitales, decidiendo no llamar al médico de guardia porque no observaron nada anormal.

También declara el mismo ATS que a las 7 de la mañana le volvió a reconocer y las constantes eran las mismas, abriendo los ojos el paciente que estaba consciente.

Respecto a si hubo o no retraso en la asistencia sanitaria, existen dos criterios médicos en el expediente: el primero corresponde a la Inspección Médica que considera, entre sus conclusiones (folio 353), que tras la valoración del enfermero no es injustificado el retraso en la asistencia del paciente, pues en un principio la lesión era leve y las constantes del paciente eran normales.

En este sentido aclara la Inspección Médica que el hematoma epidural se puede presentar tras traumatismos aparentemente banales y tener una evolución más rápida que los hematomas subdurales, por lo que puede tener características más traicioneras.

La segunda opinión en el expediente es la de la x. que contesta, ante una pregunta del letrado actuante sobre si de haber examinado al paciente aquella noche se hubiera evitado el coma, que lo desconoce, ya que no pudo efectuar su exploración en ese momento. Tal respuesta parece evidenciar también una pérdida de posibilidades u oportunidades terapéuticas por parte del paciente, que nos conduce a la conocida doctrina jurisprudencial de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria (STS, Sala 1ª, de 10 de octubre de 1998).

En todo caso se coincide con la instructora del expediente en que se debería haber hecho un seguimiento más exhaustivo al paciente aquella noche, si se tiene en cuenta que la caída se produjo a las 3,30 horas y al enfermo no se le volvió a reconocer hasta las 7 de la mañana, según la declaración del ATS de guardia.

En consecuencia, consideradas las dos imputaciones formuladas por los reclamantes, el Consejo Jurídico alcanza la conclusión de que concurren los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, al haberse producido unos daños que deben ser resarcidos y que los interesados no están obligados a soportar conforme a lo establecido en el artículo 141.1 LPAC.

#### **SEXTA.- Cuantía indemnizatoria.**

Los reclamantes solicitan la cantidad de 90.322,035 euros, aplicando el baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico correspondiente a las actualizaciones del año 2003, a diferencia de la cantidad propuesta por la instructora, que asciende a 72.612,11 euros más los intereses legales.

Como reiteradamente ha señalado el Consejo Jurídico la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible y el sistema de valoración de daños en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo (STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998), debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que ha de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del afectado en relación con el funcionamiento de la Administración que ha ocasionado el daño (por todos, nuestro Dictamen núm. 69/2004).

Alcanzado este punto se considera adecuada la cantidad propuesta por la instructora teniendo en cuenta que:

1º) Las cuantías han de ser calculadas al día en el que efectivamente se produjo el daño, sin perjuicio de su actualización a la fecha en la que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial con arreglo al índice de precios al consumo, porque así lo

establece el artículo 141.3 LPAC. Por tanto, de acuerdo con la Resolución de 2 de marzo de 2000, de la Dirección General de Seguros, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal correspondientes al año 2000 (año en el que se produjo el fallecimiento del paciente) le corresponde a su viuda la cantidad de 59.409,91 euros (el fallecido tenía 72 años), y a sus hijos (mayores de 25 años) la cantidad de 6.601,10 euros a cada uno.

2º) Por otra parte los reclamantes no justifican el incremento de un 20% que solicitan, sin que lo motiven en la concurrencia de las circunstancias que permitan aplicar los factores de corrección recogidos en el baremo antes citado, en relación con perjuicios económicos o circunstancias familiares.

3º) Debe actualizarse la cantidad a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que estima la reclamación de responsabilidad patrimonial, en tanto se han acreditado la concurrencia de los requisitos exigidos legalmente.

**SEGUNDA.-** La cuantía indemnizatoria propuesta por el órgano instructor se considera adecuada, por las razones que se contienen en la Consideración Sexta, sin perjuicio de la actualización correspondiente.

**TERCERA.-** Se recomienda a la Consejería consultante que se coordine con el centro directivo competente de la Administración regional encargado de su defensa, al haberse interpuesto por los reclamantes el recurso contencioso administrativo núm. 1090/2004 contra la desestimación presunta, de conformidad con lo indicado en la Consideración Tercera.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 04/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 14/01/08**

### **Extracto de Doctrina**

*La prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación, no implica que dicha Administración se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que*

*pueda producirse con independencia del actuar administrativo, ya que de lo contrario el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 9 de septiembre de 2004, x. presenta escrito dirigido al Director General de Carreteras del Ministerio de Fomento, en el que pone de manifiesto el lamentable estado en que se encuentra la carretera que identifica como “*ronda de Cartagena, en la fase Cartagena-La Palma*”, pues las obras que en ella se llevan a cabo han generado unos baches “*dejados sin asfaltar*”. Conduciendo días antes, de noche, por esa carretera, pasó por uno de los baches, invisible en la oscuridad, que “*rompió la llanta del coche, provocando horas después un pinchazo y la pérdida de la rueda*”.

Solicita de la Administración que se eviten lo que califica como negligencias en el trabajo, pues le consta que no es el único que ha tenido problemas, que se le abone el coste del cambio de neumático y la adquisición de una nueva llanta. Aporta copia de factura por importe de 96,80 euros, en concepto de cambio de neumático.

**SEGUNDO.-** Incoado el oportuno expediente de responsabilidad patrimonial por parte de la Administración del Estado, finaliza por resolución de 27 de abril de 2005, de la Ministra de Fomento, dictada por delegación por el Secretario General Técnico del Ministerio, inadmitiendo la reclamación con base en la ausencia de legitimación pasiva, derivada de la falta de titularidad estatal de la carretera donde afirma el interesado que se produjeron los hechos, ni de las obras que en ella se realizan. Asimismo señala que ello no obsta a que el interesado ejercite su acción de responsabilidad frente al titular del servicio al que se imputa el daño: la Comunidad Autónoma

**TERCERO.-** Con fecha 1 de julio de 2005, el interesado reitera su pretensión indemnizatoria ante la Administración regional, precisando que los hechos por los que reclama se produjeron el día 4 de septiembre de 2004, en la carretera Cartagena-La Palma (F36), al pasar sobre unos baches invisibles en la oscuridad pero profundos y altamente peligrosos, que ocasionaron una imperceptible deformación de la llanta que causó la rotura del neumático poco después.

Adjunta a la reclamación la documentación presentada ante la Administración General del Estado, la integrante del expediente por ella tramitado y declaración del interesado de los siguientes extremos: a) no haber percibido indemnización alguna como consecuencia de los daños por los que se reclama, y b) no seguir por los mismos hechos otras reclamaciones civiles, penales o administrativas.

**CUARTO.-** Con fecha 7 de septiembre de 2005, la instructora solicita el preceptivo informe de la Dirección General de Carreteras y requiere al interesado para aportar diversa documentación, indicándole la suspensión del plazo para resolver la reclamación como consecuencia de la solicitud del indicado informe y el requerimiento de subsanación efectuado.

No constando en el expediente que el interesado hubiera recibido el requerimiento, se procede a intentar de nuevo su notificación, la cual tiene lugar el 24 de abril de 2006.

**QUINTO.-** Tras reiterar la solicitud de informe a la Dirección General de Carreteras, ésta lo emite el 20 de abril de 2006 por conducto del Ingeniero director de las obras que

se realizaban en la vía y en las fechas en que se produce el siniestro, siendo del siguiente tenor literal:

*“a) La carretera mencionada, F-36, pertenece a la red de Carreteras de la Región de Murcia.*

*b) En la fecha indicada se encontraban en ejecución las obras comprendidas en el proyecto: Desdoblamiento de la ctra. 36\_F, adjudicadas a la empresa --, S.A.. Comenzaron el 26/11/03 y finalizaron el 31/12/04.*

*c) En la citada fecha se encontraba extendida la mezcla asfáltica, por lo que es difícil entender que pudiesen existir “baches invisibles en la oscuridad pero profundos y altamente peligrosos” tal como declara en su escrito el afectado.*

*d) No se aporta prueba alguna ni fotografía que acredite lo indicado.*

*e) Durante el transcurso de las obras se mantuvieron las normas indicadas en lo concerniente a señalización y seguridad de las mismas.*

*f) No tenemos constancia alguna de reclamaciones u otros accidentes en la zona indicada.*

*Estimamos por tanto que no se puede admitir como causa del accidente lo indicado por el conductor reclamante”.*

**SEXTO.-** El 3 de mayo siguiente, presenta el interesado la siguiente documentación:

— Fotocopias compulsadas del D.N.I., permiso de circulación del vehículo, informe de inspección técnica de vehículos y documentación bancaria acreditativa del abono de la prima correspondiente a la póliza de seguro.

— Declaración de no haber percibido indemnización alguna ni existir otras reclamaciones en trámite por los mismos hechos.

— Factura acreditativa del coste de reparación de los desperfectos.

— Escrito de alegaciones, donde el interesado indica que no existen testigos del incidente ni requirió la intervención de la Guardia Civil, dado que hasta transcurridas dos jornadas desde el golpe no se hizo perceptible la avería. Indica no obstante, que comentó el incidente con el empleado de una gasolinera próxima al lugar de los hechos, quien afirmó que “durante esos meses” había habido diversos clientes con el mismo problema. A los pocos días, pasó por el mismo lugar y observó un coche parado en el arcén con la rueda rota. Por tanto, y con base en su “palabra de ciudadano” considera que queda demostrada la realidad del accidente.

**SÉPTIMO.-** Requerido informe al Parque de Maquinaria, se emite el 17 de octubre de 2006, para afirmar que los daños alegados pueden corresponder con los hechos relatados, si bien el coste de reparación del neumático parece excesivamente elevado.

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia al interesado, éste no hace uso del mismo, pues no consta que presentara nuevas justificaciones o alegaciones diferentes de las ya aportadas previamente al procedimiento.

**NOVENO.-** Con fecha 17 de octubre de 2007, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no concurrir en ella los presupuestos determinantes de la



responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños padecidos.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 9 de noviembre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/97, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

El reclamante está legitimado para deducir la pretensión indemnizatoria al haber aportado el permiso de circulación a su nombre del vehículo siniestrado, lo que hace presumir, salvo prueba en contrario, su titularidad.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva de la titularidad que ostenta sobre la vía en la que se produjo el accidente.

La solicitud fue presentada dentro del plazo de un año desde la producción del evento dañoso, establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

El procedimiento tramitado ha seguido lo establecido en la LPAC y en el Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP), sin perjuicio del excesivo tiempo invertido en el procedimiento, que ha superado con creces los 6 meses que como plazo máximo para su resolución y notificación establece el artículo 13.3 RRP.

No obstante, ha de advertirse que el relato que de la tramitación administrativa se realiza en la propuesta de resolución que consta en el expediente no refleja fielmente alguno de los trámites efectuados. En efecto, se afirma en aquella (antecedente de hecho segundo) que el 7 de septiembre se abre “período de mejora o subsanación”. Del examen del expediente se aprecia que la instructora procede a requerir al interesado la aportación de diversa documentación acreditativa de los presupuestos fácticos y circunstancias de la reclamación, si bien no lo hace con fundamento en el artículo 71 LPAC, por más que dicho precepto se mencione en el escrito dirigido al interesado, sino en el 76 de la misma Ley y en el 6 RRP. Tanto la actuación instructora como su fundamento legal son correctos, toda vez que el requerimiento tiene por objeto diversa documentación que, si bien puede ser relevante en orden a la resolución del procedimiento al constituir elementos de juicio o conocimiento acerca de las circunstancias concurrentes en el supuesto, no son documentos preceptivos cuya omisión constituyera un defecto de la solicitud que impidiera continuar su tramitación sin su previa subsanación ni, por supuesto, se trata de una mejora de los términos de aquella.

Lo incorrecto, por tanto, no es el trámite en sí mismo considerado, sino la plasmación que de él se realiza en la propuesta de resolución al calificarlo como “período de mejora o subsanación”.

Del mismo modo, debe recordarse a la Consejería consultante que el artículo 35, letra f) LPAC reconoce a los ciudadanos el derecho a no aportar documentos que ya se encuentren en poder de la Administración actuante, derecho que ha sido desconocido en la instrucción de la presente reclamación al requerir al interesado la aportación de documentos ya obrantes en el expediente, como es el caso de la factura del taller mecánico o la declaración de no haber percibido indemnización alguna por los mismos hechos.

**TERCERA.- Los elementos generadores de responsabilidad patrimonial. El nexo causal.**

**I. Los elementos de la responsabilidad patrimonial.**

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. En similares términos se expresa el artículo 139 LPAC, configurando una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio indemnizada.

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, Sentencia de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación, no implica que dicha Administración se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, ya que de lo contrario el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

En suma, de acuerdo con lo establecido por los artículos 139 y 141 LPAC, son requisitos para que se reconozca la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, los siguientes:

- a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.
- c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

**II. Falta de acreditación de la realidad o certeza del accidente.**

La determinación de si en el supuesto sometido a consulta concurren o no los citados requisitos aconseja anticipar a cualquier otra consideración la fijación de si los hechos relatados por el interesado, en los que se basa su imputación del daño al funcionamiento de los servicios públicos regionales, pueden ser considerados como acreditados.

El reclamante no ha aportado al procedimiento elemento alguno que permita considerar probados los hechos por él relatados, ni siquiera de forma indiciaria. En efecto, no constan en el expediente ni la declaración de testigo alguno, ni la intervención de la Guardia Civil, ni fotografías que acrediten el pretendido estado deficiente de la calzada en el momento de ocurrir los hechos, por lo que no existe prueba alguna de que los hechos sucedieran en la fecha y circunstancias indicadas en la reclamación.

### III. Ausencia de nexo causal.

En cualquier caso, aun cuando se diera credibilidad al relato fáctico efectuado por el interesado, no podría considerarse acreditada la existencia del necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y los daños padecidos por el vehículo. Y ello no sólo porque el propio interesado manifieste que el daño se hizo apreciable dos días después de haber transitado por la vía a cuyo deficiente estado lo imputa, sino también porque el informe de la Dirección General de Carreteras afirma que a la fecha del accidente ya se había extendido la mezcla asfáltica, por lo que es difícil que pudieran existir “baches invisibles en la oscuridad pero profundos y altamente peligrosos”. Asimismo, indica el centro directivo que las normas sobre señalización y seguridad se mantuvieron durante el transcurso de las obras, sin que exista constancia de otros accidentes ni reclamaciones en la zona indicada.

En consecuencia, procede desestimar la reclamación, pues el interesado, a quien incumbe la carga de la prueba (*onus probandi incumbit ei qui agit*, aforismo hoy positivizado por el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), no ha acreditado ni la realidad del percance ni sus circunstancias, sin que exista en el expediente algún dato (atestado de la Guardia Civil, testigos, fotografías averdadas, etc.) que permita corroborar las meras manifestaciones de parte por él realizadas. Todo ello conduce a concluir en la imposibilidad de imputar los daños alegados a la Administración regional, pues no puede inferirse relación de causalidad entre su actuación y aquéllos.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### CONCLUSIÓN

**ÚNICA.-** Con la matización efectuada en la Consideración Segunda de este Dictamen, se informa favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación al no apreciar en ella la concurrencia de los requisitos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio de carreteras y el daño padecido por el reclamante.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 05/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.****Consultante: Consejera de Sanidad (2004)****Fecha: 14/01/08****Extracto de Doctrina**

1. *Es doctrina de este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 179/2006) que la cronicidad de la patología la convierte en un daño continuado, respecto del cual es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, como se ha dicho, que el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto. También el Consejo Jurídico se ha hecho eco de esta línea jurisprudencial, sin perjuicio de señalar que ello no significa prolongar sine die la posibilidad de ejercicio de la acción, lo que de facto conduciría a su imprescriptibilidad, ni tampoco que el paciente tenga que pasar por todos los estadios o fases de la enfermedad antes de poder reclamar (...). Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional al declarar que la interpretación de la prescripción, en virtud del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, debe realizarse de la forma más favorable a la eficacia del derecho (STC 42/1997), constituyendo una vulneración de ese derecho el rechazo de la acción, basado en una interpretación restrictiva de las condiciones establecidas para su ejercicio (STC 34/1994).*

2. *Los documentos en cuestión (gráficas resumen de cuidados de enfermería en UCI pediátrica) deben formar parte de la historia clínica, como exige actualmente el artículo 15 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuyo apartado 1, exige que consten en ella los siguientes documentos: “m) la evolución y planificación de cuidados de enfermería; n) la aplicación terapéutica de enfermería; ñ) el gráfico de constantes)”. Y es que aunque dicha normativa no se encontraba en vigor al momento de prestar la asistencia al niño, lo cierto es que también cabía considerar exigible la constancia en la historia clínica de tal documentación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.11 y 61 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 7 de julio de 2004, x,y. en nombre propio y en representación de su hijo, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud por el anormal funcionamiento de los servicios sanitarios dependientes del referido Ente.

El relato de los hechos que fundamentan la reclamación es el siguiente:

Los días 12 y 17 de diciembre de 2002, la x. y su hijo acudieron al Servicio de Urgencias de Molina de Segura por estar resfriados.

El día 18 por la noche, los padres encontraron a su hijo x. decaído y somnoliento, por lo que acudieron de nuevo al Servicio de Urgencias hacia la 1.15 horas del día 19. En el parte de asistencia consta como motivo de consulta: “atonía”. A la exploración, el paciente está cianótico, desde esta tarde con atonía”.

Pese a que la auscultación cardiaca y pulmonar fue normal, el médico lo remite al Hospital Virgen de la Arrixaca por atonía general. El niño fue trasladado por los padres en su vehículo.

A las 1.39 horas fue atendido en Urgencias, se solicitó analítica y se presentó una parada cardiorrespiratoria, siendo remitido a UCI pediátrica, donde ingresó a las 2.19 horas.

Según la hoja de evolución clínica, a las 2.45 horas del día 19, la exploración arroja el siguiente resultado: “Saturación  $O_2$ : 89-90% con oxígeno en gafas nasales a 3 lpm...Regular estado general. Buena coloración y nutrición...Tórax: Tiraje subcostal y supraesternal, mínimo aleteo nasal. Downes 8. Auscultación pulmonar: hipoventilación bilateral, subcrepitanes, algún roncus. Auscultación cardiaca: rítmico, taquicardia, soplo sistólico I/VI. Neurológico: pupilas mióticas, reactivas, adecuada respuesta a estímulos dolorosos, tendencia a la somnolencia, tono y ROT (reflejos osteotendinosos) normales”.

Se observa, según señalan los reclamantes, que la actividad cardiaca y pulmonar ha empeorado notablemente en apenas dos horas, pues en Urgencias de Molina de Segura ambas eran normales y al ingreso en UCI no.

Según la hoja de evolución clínica el niño ingresa en UCI pediátrica a las 2.45 horas con el diagnóstico de síndrome apneico secundario a bronquiolitis. Por tanto, la parada cardiorrespiratoria que se refleja en el documento de urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca no fue tal, sino que se trató de una parada respiratoria transitoria (apnea).

El niño fue monitorizado cardio-respiratoriamente, se iniciaron nebulizaciones de adrenalina; restricción hídrica por descenso de Na secundario probablemente a SIADH y se solicitó un análisis de vías aéreas en exudado de secreciones. Se realizó el test de VRS (virus causante de la bronquiolitis) con resultado positivo.

Hasta las 8.00 horas no consta otra actuación que la siguiente: “Aunque en bioquímica la glucosa es de 10, se comprueba con glucometer (con dos aparatos distintos) que es normal. Se decide intubación ante la no mejoría respiratoria”.

Sin embargo, según la hoja de resumen de UCI, el motivo de la intubación fue el agotamiento, como también consta en el informe de alta de UCI de fecha 4-1-03. Y es que si la “no mejoría respiratoria” se deja evolucionar, el cuadro sólo puede terminar en un agotamiento respiratorio.

A continuación, en el folio 39 de la historia clínica (hoja de evolución), consta cómo se ha producido un notable empeoramiento con respecto al ingreso en UCI; la coloración de piel y mucosas ya no era buena, no había actividad espontánea, no había respuesta a estímulos, ni respiraciones espontáneas, lo que motivó que se disminuyera la dosis de Midazolam.

De nuevo, en la hoja resumen de UCI los hechos se relatan de forma distinta: “... se observa desde que se inicia la reducción de Midazolam muy escasa actividad espontánea y escasa respuesta a estímulos...”. Y es que se altera el orden de los factores: primero reducción de Midazolam y después objetivación de la ausencia de actividad espontánea. Pero es que según informe de alta de UCI, la reducción de Midazolam tenía el propósito de iniciar el destete del respirador, lo cual no es creíble por no tener el niño respiración espontánea, según hoja de evolución.

Sea como fuere, consideran los reclamantes que es incontestable que el problema que causó el deterioro de las funciones neurológicas del niño (actividad espontánea y respuesta a estímulos) tuvo lugar en algún momento entre el ingreso en UCI y la segunda visita médica del día 19, después de las 8.00 horas en que se decidió la intubación y posteriormente la reducción de la dosis de Midazolam. Es decir, durante su estancia en UCI pediátrica.

Y lo que alertó a los médicos sobre la posibilidad del daño cerebral fueron los síntomas que constataron tras el episodio de intubación-sedación, donde es simultánea la decisión de disminuir la dosis de Midazolam y la solicitud de un EEG, pues se sospecha que se ha producido un sufrimiento cerebral secundario a hipoxia por parada cardio-respiratoria.

El día 20 se le practicó el EEG que presentó signos irritativos focales y crisis electroclínicas clónicas repetitivas de miembros inferiores más evidentes en el lado izquierdo, y de miembro superior derecho. Se inicia tratamiento medicamentoso (fenitoína, fenobarbital, clonazepam, midazolam y, finalmente, pentotal).

En TAC cerebral presentó un discreto aumento de surcos corticales y dudosa hipodensidad generalizada de la sustancia blanca. Permaneció en coma barbitúrico 5 días con desaparición posterior de actividad paroxística en EEG.

El 27 de diciembre se emite un primer diagnóstico: *“parece un cuadro de status por anoxia secundaria a parada respiratoria en el contexto de una bronquiolitis VRS+, pero sin descartar de momento que existiera patología previa de base (p.e. metabolopatía)”*.

El 4 de enero de 2003 es dado de alta de UCI Pediátrica con el diagnóstico de *“bronquiolitis VRS+, neumonía neumocócica; status convulsivo y SIADH”*.

Del Servicio de Lactantes fue dado de alta el 24 de enero con el diagnóstico de *“Bronquiolitis con VRS+, status convulsivo y retraso psicomotor”*. Se pauta tratamiento con luminaletas.

El 8 de agosto de 2003, en Neuropediatría se realiza un completo estudio del niño, siendo la conclusión que el cuadro de secuelas que presenta tiene causa en el episodio hipóxico-isquémico.

Entienden los reclamantes que una parada cardio-respiratoria en el contexto de una bronquiolitis es un evento altamente previsible y por tanto, fácilmente evitable adoptando las medidas necesarias, que concretan en una vigilancia estrecha del paciente, al que debe facilitarse asistencia respiratoria.

En el presente caso, consideran los reclamantes que los médicos que atendieron al niño en sus visitas al Centro de Salud de Molina de Segura los días 12 y 17 de diciembre no establecieron un diagnóstico temprano. Tampoco el médico que atendió al niño en urgencias del mismo centro de salud en la madrugada del día 19 fue capaz de establecer el diagnóstico de bronquiolitis ni siquiera iniciar la administración de oxígeno para aliviar el problema respiratorio del niño y lo remitió al Hospital Virgen de la Arrixaca sin asistencia clínica.

A su llegada al Hospital, tampoco se inició la administración de oxígeno hasta que se presentó el primer episodio de apnea, momento en que fue derivado a UCI neonatal.

En UCI fue diagnosticado de síndrome apneico secundario a bronquiolitis y se adoptaron las medidas que inicialmente se consideraron adecuadas (sin sospecha de daño cerebral), pero, a partir de ese momento (2.45 horas), no se llevó a cabo una vigilancia estrecha de un paciente de mes y medio y con trabajo respiratorio intenso, pues no consta control

ni medidas complementarias hasta las 8.00 horas, sin proporcionarle asistencia respiratoria para evitar que su insuficiencia respiratoria terminase en fracaso respiratorio, lo que permitió que se llegase al agotamiento y la parada respiratoria que ocasionó un gravísimo sufrimiento cerebral que ha originado el cuadro de status convulsivo y retraso psicomotor del niño. Todo lo cual demuestra que los servicios sanitarios no adecuaron su organización y funcionamiento a los principios que deben regir la actividad de los servicios del sistema de salud.

Deja pendiente de cuantificar la indemnización que se solicita, hasta el momento en que se aporte la historia clínica del Servicio de Neurología Pediátrica del Hospital Virgen de la Arrixaca y cuando exista una mayor certeza acerca de los daños sufridos por el menor. Se reclama asimismo el daño moral sufrido por sus hermanos.

Se acompaña por los reclamantes la siguiente documentación:

- a) Escritura de poder para pleitos que acredita la representación con que actúa el Letrado que firma la solicitud en representación de los reclamantes.
- b) Documentación sanitaria acreditativa de la evolución clínica del niño.
- c) Oficio del ISSORM, de fecha 14 de abril de 2004, por el que se confiere a la madre del niño trámite de audiencia sobre propuesta de resolución de reconocimiento de un grado de minusvalía del 65% para el niño. El grado de discapacidad global es del 60% derivado de un retraso madurativo debido a una encefalopatía de origen metabólico. No se valora el concurso de tercera persona, ni los criterios de movilidad y gastos de transporte. El 65% de minusvalía se alcanza al sumar la valoración correspondiente a “factores sociales complementarios”.

**SEGUNDO.-** Por resolución de 19 de julio de 2004, la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud admite a trámite la reclamación y encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a comunicar su presentación tanto a la compañía aseguradora del SMS como a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

**TERCERO.-** Tras el oportuno requerimiento de la instrucción, el Director de la Gerencia de Atención Primaria de Murcia remite copia de la historia clínica del paciente e informes de los facultativos que le atendieron los días 17 y 18 de diciembre de 2002.

Según el primero de ellos el motivo de la consulta fue tos, observándose un catarro de vías altas, no presentando a la auscultación ni estertores, ni roces, ni soplos (sibilancias o pitos). No observa mal estado general que hiciese preciso otro tratamiento. Se remite a pediatra de zona para seguimiento.

El médico que atendió al niño el día 18 en el servicio de urgencias de atención primaria de Molina de Segura informa que acudió aquejado de un cuadro de tos y atonía generalizada. Se indica asimismo que *“había sido visto antes en este servicio y remitido a su pediatra de zona al cual no lo llevaron. Desde hacía horas notaban que había empeorado. Tras ser explorado por mí valoro que este paciente debe ser visto por el servicio de pediatría de la Arrixaca de manera urgente por su clínica, aunque sus constantes vitales eran normales como así se corroboraron al llegar a la ciudad sanitaria.*

*Al decirle al padre que debía verlo un pediatra urgente se puso a gritar, cogió a su hijo y se fue del servicio, no dándome opción a plantearle posibilidad de transporte por este servicio de urgencias extrahospitalario.*

*En este servicio los cuadros de ausencias o convulsiones febriles que no tienen un compromiso vital, y se remiten al servicio de pediatría, realizan el transporte los padres”.*

Posteriormente se remite copia de la hoja de atención a la madre en el SUAP de Molina de Segura.

**CUARTO.-** Solicitado el envío de la historia clínica y del informe de los facultativos que atendieron al niño en el Hospital Virgen de la Arrixaca, dicha documentación es recibida por la instrucción el 10 de noviembre de 2004. Destacan dos informes:

a) El de x. (F.E.A. Pediatría, pediatra de guardia la noche del 19 de diciembre de 2002), que se expresa en los siguientes términos:

*“Estando de guardia en la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos la noche del 19-12-2002, fui requerida desde la “puerta de Urgencias” para valorar al niño x. de 1,5 meses de edad, con crisis de apneas y disminución del nivel de conciencia, mirada perdida, hipotonía axial y de miembros, sin respuesta a estímulos dolorosos, con ROT simétricos pero débiles, y con una gasometría preocupante por lo que incluso pedimos tóxicos en sangre y en orina —analítica no usual—. Colaboré en el tratamiento inicial, que incluía oxígeno, lo que hizo que mejorara rápidamente, e indiqué su ingreso en UCIP dada su patología y la necesidad de una vigilancia continua de su evolución. —aunque en la hoja de Urgencias el problema que pone es de parada cardiorrespiratoria, evidentemente no había sufrido parada cardiaca.*

*A los niños en la UCIP no se les pasa visita, se está con ellos, por lo que estuve toda la noche a “pie de cama” tratando a éste y a otros niños y, si bien la actuación médica y de enfermería no se recoge de forma continua en algún soporte, es fácil reconstruirla mediante el análisis de la gráfica de la noche del ingreso, sabiendo que los cambios de medicación y las prácticas de extracciones sanguíneas para análisis sólo se hacen por indicación medica, vemos:*

*03-04 Horas: Nuevo suero base, lo que significa corrección hidroelectrolítica, según clínica y resultados analíticos practicados en la puerta de urgencias.*

*04-05 Horas: Analítica gasométrica para valorar analíticamente el estado respiratorio.*

*05-06 Horas: Analítica bioquímica y nueva gasometría para valorar estado hidroelectrolítico y respiratoriamente (sic).*

*06-07 Horas: Nuevo suero base para adaptar hidroelectrolíticamente al niño a la nueva situación.*

*Estos actos se llevan a cabo tras una valoración médica continua y una estrecha vigilancia tanto por parte de la monitorización cardiorrespiratoria como de enfermería, que anota cada hora en la gráfica lo que viene observando de forma continua. Así vemos en:*

**PÉRDIDAS:**

- Diuresis horaria. Se inicia a las 06 horas con 10 ml. y 100 ml. a las 07 horas.
- Heces. Signos que indican a las 07 horas deposición blanda abundante.
- Vómitos o restos a las 07 horas de 5 ml.



*CUIDADOS ESPECIALES:*

— *Fisioterapia respiratoria al ingreso, a las 03, 05 y 06 horas. Representado por el signo infinito.*

— *Canalización vena central a las 05 horas. Representado por V.*

— *Sonda Vesical al ingreso, representado por .SV.*

— *Sonda nasogástrica entre las 03-04 horas, representada por .SNG.*

*MONITORIZACIÓN:*

— *Frecuencia cardiaca o pulso. Anotado al ingreso y a las 03, 04, 05, 06, y 07 horas. Variando entre 140 y 150. Representado por un punto grueso que se une por una línea horariamente.*

— *Frecuencia respiratoria, al ingreso y a las 03, 04, 05, 06 y 07 horas. Estable entre 20-25 y aumenta a 40 a las 07 horas. Representado por un cuadradito que se une por una línea horariamente. En ningún momento consta parada respiratoria.*

— *Saturación de O<sub>2</sub> (parte inferior de la gráfica). Al ingreso y a las 03, 04, 05, 06, y 07 horas: Variando entre 94 y 100%.*

*Si bien al ingreso del niño en UCIP, con oxígeno, ya experimenta una mejoría y todos los datos analíticos evolutivos, como es de ver en los análisis y recogidos tanto en la hoja de análisis como en la de asistencia respiratoria, indicaban evidente mejoría progresiva del niño, no ocurría así con el trabajo respiratorio que iba en aumento —entrando en aclaración semántica, no es identificable agotamiento con parada respiratoria pues el agotamiento indica gran cansancio, no parada respiratoria, si bien ésta puede ser consecuencia de aquél, pero no de forma obligada- por lo que decido entubarlo y conectar al respirador. Si no tuviera gran cansancio se continuaría con la vigilancia y tratamiento por si pudiera “escaparse” sin someterlo a la agresión que supone el respirador.*

*Para intubarlo se relaja el niño con un relajante muscular —vecuronio— que indudablemente le produce parada respiratoria, atropina para inhibirle reflejos y se añade un sedante —Midazolam— para que el niño no sea consciente de la parálisis muscular que se le produce. Este último fármaco, al igual que los otros, se administra a una dosis estándar según peso, como es de ver en la hoja de órdenes médicas de 0,2 mgr/kg lo que supone 0,8 mgrs, lo ventilo con mascarilla, bolsa y O<sub>2</sub> e intubo conectándolo al respirador, siendo esta técnica habitual en la Unidad y sin que en ningún momento hubiera sufrido anoxia y el consiguiente sufrimiento cerebral.*

*De todo lo expuesto es comprobable que no es cierto que el niño no estuviera sometido a vigilancia estrecha, que no se hicieran controles durante la noche, que existiera fracaso respiratorio que desembocara en parada respiratoria, así como que existiera algún problema durante mi guardia causante del deterioro de las funciones neurológicas del niño.*

*Solamente desde la ignorancia extrema del funcionamiento de una Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos, Terciarios, se puede acusar de que a un niño con compromiso respiratorio se le abandona a su suerte”.*

b) El informe conjunto de los doctores x. (F.E.A. Cuidados Intensivos Pediátricos) y x. (Jefe Clínico de UCI Pediátricos), es del siguiente tenor literal:

*“Respecto a los hechos descritos en la reclamación, con respecto a la asistencia en la mañana del día 19-12-2002 del niño x., debemos manifestar que la valoración médica de palidez cutáneo mucosa no implica empeoramiento, sino una apreciación subjetiva visual de una anemia, que se puede objetivar con la analítica realizada.*

*El hallazgo de una escasa actividad espontánea y de respuesta a estímulos no indica tampoco empeoramiento ni alarma sobre ninguna situación anómala neurológicamente, ya que es una situación buscada mediante la administración de sedantes (Midazolam), que en perfusión continua es una técnica utilizada de manera habitual en las unidades de Cuidados Intensivos para impedir la agitación, favorecer la adaptación de los pacientes a la ventilación mecánica y así disminuir el consumo innecesario de oxígeno, lo que favorecerá una adecuada ventilación de todos los órganos y facilitará la recuperación de los afectados —pulmón, etc.— en las horas o días siguientes, dependiendo de la evolución, la que indicará una ventilación mecánica más o menos prolongada.*

*La dosis de Midazolam es individualizada, pero se utiliza de forma habitual inicialmente entre 0,1 y 0,2 mg/kg/h siendo esta última la que se administró a x. y que podría justificar totalmente los hallazgos de la exploración neurológica en ese momento.*

*La sedación se mantiene hasta que se comprueba que la causa que motivó la ventilación mecánica ha desaparecido o mejorado. En el caso de x. se comprueba durante la mañana siguiente al ingreso que no precisaba una asistencia respiratoria elevada y que la gasometría se había normalizado. Al tratarse además de una bronquiolitis VRS positivo, a priori un proceso autolimitado en el tiempo (pocos días), la actuación médica por lo tanto, debe ir encaminada a la retirada de la ventilación mecánica lo mas precozmente posible.*

*Cuando se procede a disminuir la sedación se busca que el paciente inicie movimientos espontáneos y vaya asumiendo el control de su ventilación, con el propósito, efectivamente, de iniciar el destete del respirador. La disminución de la sedación por lo tanto está totalmente justificada, ya que no existe como puede comprobarse en la gráfica ningún episodio, que pueda ser la causa de daño cerebral desde su ingreso.*

*Se describe desde su llegada al servicio de urgencias una exploración neurológica anormal con “mirada perdida, hipotonía axial y de miembros, sin respuesta a estímulos dolorosos, pupilas mióticas escasamente reactivas, ROT rotulianos presentes y simétricos pero débiles”, es decir, el niño presentaba una disminución tal del nivel de conciencia que incluso motivó la petición de tóxicos en sangre y orina en el servicio de urgencias. Consta asimismo que, aunque presenta mejoría, persiste la disminución del nivel de conciencia a su ingreso en UCI, con tendencia a la somnolencia y respuesta únicamente a estímulos dolorosos. Esta exploración puede ser inicialmente atribuible a la insuficiencia respiratoria, pero dado que tras la estabilización respiratoria y la disminución de la sedación no se obtiene la respuesta esperada, sumada a los antecedentes de exploración neurológica anormal desde la llegada a este hospital, es por lo que se solicita la práctica de un electroencefalograma —no indicado para una bronquiolitis sin complicaciones— la misma mañana del día 19, efectuándose el día 20, manifestando la anormalidad existente”.*

**QUINTO.-** Consta en el expediente que los interesados han interpuesto recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de su reclamación. Dicho recurso se sigue ante la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, con el número de procedimiento ordinario 294/2005.

Por el Servicio Murciano de Salud se emplaza a la compañía aseguradora para que comparezca y se persone en las actuaciones, y se remite copia del expediente administrativo.

**SEXTO.-** Solicitado, con fecha 16 de febrero de 2005, informe valorativo de la reclamación a la Inspección Médica, es remitido el 3 de noviembre de 2005. Se afirma en él que al niño se le prestó la asistencia sanitaria adecuada en cada nivel asistencial. Así, en urgencias de atención primaria, el día 17 de diciembre, se indica observación y revisión por su pediatra, lo que de haberse producido habría podido evitar la gravedad y el deterioro clínico del niño que se observó en la segunda visita. En ésta, el día 19 de diciembre, ya hay evidencias de daño cerebral (“pupilas no reactivas”), y de forma más detallada se hace constar al ingreso en el Hospital (“disminución del nivel de conciencia, mirada perdida, hipotonía axial y de miembros, sin respuesta a estímulos dolorosos, con ROT simétricos pero débiles”).

Se indica, asimismo, que *“la grave situación de acidosis mixta que sufre el niño al ingreso en urgencias de la Arrixaca no es una situación espontánea, sino producto de un trabajo mantenido en el tiempo en condiciones anaerobias (sin la oxigenación suficiente)”*.

*“Desde su ingreso en el Hospital y la instauración inmediata del tratamiento con oxígeno, la situación clínica y metabólica del niño mejora claramente y no se produce en ningún momento ninguna parada respiratoria”*.

Las conclusiones del informe son del siguiente tenor literal:

*“Al niño x. no se le prestó, por parte de sus familiares, en varios momentos la atención adecuada:*

*— No control de la gestación.*

*— No realización del screening metabólico a la semana de su nacimiento.*

*— No acuden al pediatra de zona para control de la evolución tras surgir el cuadro de infección respiratoria y acudir a urgencias.*

*— No acuden inmediatamente al pediatra o al médico de urgencias, a pesar de observar al niño en las últimas horas, decaído, somnoliento e hipotónico, con escasa respuesta a estímulos y cianosis peribucal.*

*2.- La asistencia sanitaria prestada tanto en el Servicio de Urgencias de Atención Primaria, como desde su llegada al Hospital e ingreso en UCI, fue en todo momento adecuada, en las actuaciones y recomendaciones realizadas.*

*3.- Durante el ingreso en urgencias y UCI pediátrica la vigilancia fue estrecha y no se produjo en ningún momento ninguna parada respiratoria. La decisión de intubar y proporcionar asistencia respiratoria fue una decisión clínica tras la observación del aumento del trabajo respiratorio, y no de fracaso respiratorio.*

*4.- No existe relación de causalidad entre el funcionamiento del Sistema Público de Salud y la patología que sufre el niño”*.

**SÉPTIMO.-** Solicitado por los interesados la ampliación del expediente administrativo enviado al Tribunal Superior de Justicia, para que se incorporen los registros gráficos de la monitorización cardiorrespiratoria efectuada en la UCI pediátrica, desde el ingreso hasta el 29 de diciembre, contesta el Director Gerente del Hospital que las imágenes gráficas de los

monitores se visualizan en tiempo real, no quedando almacenadas en soporte informático o impreso.

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia, los reclamantes presentan escrito de alegaciones, aportando informe pericial de parte, según el cual el niño presentó un cuadro de bronquiolitis severa que comenzó con una importante insuficiencia respiratoria aguda, que se puso de manifiesto en el Servicio de Urgencias de Molina de Segura, sin que se le administrara tratamiento alguno para la insuficiencia respiratoria, como tampoco tuvo tratamiento durante el traslado a la Arrixaca, que se efectuó en el vehículo del padre. Al ingreso, el menor sufre parada respiratoria derivada de la insuficiencia. Posteriormente, fue ingresado en UCI donde permaneció con una severa insuficiencia respiratoria e hipoxia mantenida (según datos de las gasometrías) entre las 2:45 y las 8:00 horas, en que fue intubado y conectado a un respirador.

En el informe se afirma que existe una clara relación de causalidad entre la hipoxia mantenida desde el ingreso en urgencias de la Arrixaca —y posiblemente desde la llegada del menor al Servicio de Urgencias de Molina de Segura— hasta las 17 horas del 19 de diciembre de 2002 y la encefalopatía del menor, por un lado, y entre ésta y su minusvalía, por otro. Concluye el informe que no estaba justificado demorar la intubación hasta las 8 horas del día 19 de diciembre y que el niño permaneciera hipóxico desde ese momento hasta las 17 horas del mismo día. Dicha grave y prolongada hipoxia es la causa de la encefalopatía, que considera previsible y evitable.

En el escrito de alegaciones se efectúa una evaluación “aproximada” de los daños sufridos, con expreso sometimiento al sistema para la valoración de los causados a las personas en accidentes de circulación, en 366.144,12 euros, de los cuales 245.376,47 euros corresponderían a las secuelas e incapacidad permanente total del menor, y los 120.767,65 euros restantes a los perjuicios morales de los familiares.

Además del informe médico antes referido, el escrito de alegaciones se acompaña con informe de valoración psicoevolutiva y fisioterapéutica, realizados por x.

**NOVENO.-** Trasladada la nueva documentación a la Inspección Médica con solicitud de informe complementario, se reafirma ésta en las conclusiones alcanzadas en su primera valoración, indicando que a la llegada al Hospital el niño fue inmediatamente valorado y trasladado a UCI, instaurando inmediatamente el tratamiento con oxígeno en gafas nasales, siendo monitorizado cardio-respiratoriamente. En UCI se hace una vigilancia continua de las constantes clínicas y controles analíticos, que van mostrando una mejoría progresiva a pesar de permanecer todavía la acidosis, consecuencia del grave estado acidótico con que ingresó.

La diferencia que en la concentración de oxígeno se aprecia entre las gasometrías realizadas a la 1:56 y a las 3:50, respecto a la efectuada a las 4:44 horas, no se debe a un empeoramiento de la función respiratoria, sino al diferente origen de la muestra para la gasometría (origen capilar en las dos primeras y venoso en la tercera). La intubación se decidió no por empeoramiento de los datos analíticos, sino por el aumento del trabajo respiratorio.

Admite, asimismo, la relación causal entre la hipoxia y la encefalopatía, *“pero no es posible afirmar el momento exacto en que se produjo tal encefalopatía, siendo a mi juicio más probable su producción en las horas previas al ingreso hospitalario, en que observaron al niño decaído, somnoliento e hipotónico, con escasa respuesta a estímulos y con cianosis peribucal, que tras el inicio del tratamiento con nebulizaciones de adrenalina y oxígeno*

*en gafas nasales, y con las oportunas correcciones metabólicas por la grave acidosis con que ingresó”.*

**DÉCIMO.-** Conferido nuevo trámite de audiencia a los interesados, la compañía aseguradora del SMS aporta informe médico que concluye en sentido similar al expresado por la Inspección Médica, al afirmar que *“aunque no se puede asegurar cuándo se estableció la encefalopatía, el desarrollo de un daño cerebral secundario a hipoxia requiere un tiempo de evolución, no es un fenómeno instantáneo. Por ello, considerando que los padres notaron al niño en su domicilio cianótico e hipotónico, hechos comprobados en la consulta de urgencias en Molina y que a su llegada al Hospital se comprobaron datos clínicos y analíticos de afectación severa, es probable que la hipoxia causante del daño cerebral se iniciase ya antes de acudir a la consulta de Molina. La actuación profesional con el paciente fue en todo momento correcta y ajustada a lex artis. Se mantuvo estrechamente vigilado y controlado, tomando las medidas terapéuticas adecuadas según la evolución que fue presentando”.*

**UNDÉCIMO.-** Los reclamantes, por su parte, presentan nuevas alegaciones para impugnar una supuesta ampliación de documentación clínica, mencionada por la Inspección Médica en su informe y que no se habría trasladado a los interesados, que singulariza en las “gráficas resumen de los cuidados y atenciones de enfermería en UCI pediátrica”.

Se reafirman, además, en sus alegaciones iniciales, considerando que la Inspección Médica coincide con el informe pericial de parte en lo relativo a la causa de la encefalopatía: una hipoxia mantenida durante horas. Sin embargo, manifiestan los reclamantes su desacuerdo con la conclusión aventurada por la Inspección acerca del momento en que se produjo dicha hipoxia, anterior a la solicitud de asistencia sanitaria, y ello porque consideran que: a) no está acreditado que el menor estuviese horas en situación de hipoxia antes de acudir a Urgencias; b) las constantes vitales sufrieron un notable empeoramiento entre la exploración realizada en Molina de Segura y la efectuada en Urgencias de la Arrixaca; y c) el tratamiento instaurado fue incorrecto, por insuficiente.

En relación con esta última alegación, se insiste en que en Urgencias de Molina de Segura no se aplicó tratamiento alguno, y que el traslado del niño a la Arrixaca se efectuó en el vehículo del padre. Por otra parte, la clínica del menor imponía su intubación desde horas antes al momento en que aquella se llevó a cabo, aportando los interesados bibliografía médica que así lo sugiere en atención a los resultados de las gasometrías.

Asimismo, efectúa una nueva valoración del daño, elevando la cuantía de la indemnización solicitada a 443.063,63 euros, más una renta vitalicia de 1.200 euros.

Aporta al expediente un informe de valoración médica de lesiones y secuelas, a las que se otorgan 66 puntos.

**DUODÉCIMO.-** Remitida la documentación presentada por los interesados en solicitud de nuevo informe complementario, la Inspección Médica estima que las alegaciones de los reclamantes no aportan ningún aspecto del cuadro patológico ni de la atención recibida, que no se hubieran tenido en cuenta en anteriores informes, por lo que no modifican sus conclusiones.

**DECIMOTERCERO.-** Por la instrucción se solicita a la Inspección Médica y al Hospital Virgen de la Arrixaca aclaración acerca de la documentación a que aluden los interesados en su reclamación y a la que, según alegan, no han podido acceder.

Contesta la Inspección que la mención que se efectúa en su informe a dichos documentos se debe a un error. El Hospital, por su parte, afirma que no existe más documentación en la historia clínica que la que ya se envió en su día y consta en el expediente.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 3 de octubre de 2007, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no concurren en ella los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Para alcanzar esta conclusión la propuesta se fundamenta en los diversos informes médicos obrantes en el expediente, singularmente en los evacuados por la Inspección Médica, por la pediatra de la UCI que atendió al niño durante la noche de su ingreso, y por la compañía de seguros del SMS, que no considera desvirtuados por el informe pericial de parte, que apunta un tratamiento inadecuado durante la estancia del niño en UCI, al demorar en exceso su intubación.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 22 de octubre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Legitimación y procedimiento.

1. La legitimación activa corresponde al menor, en tanto que paciente que sufre en su persona los daños imputados a la atención sanitaria recibida, y a los otros dos reclamantes, dada su condición de padres del paciente, según se infiere de las actuaciones seguidas —aun cuando no se acredite documentalmente—, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP. Del mismo modo, y en la medida en que la reclamación se extiende a los daños morales que las secuelas padecidas por el niño habrían irrogado a sus hermanos, también éstos vendrían legitimados activamente para solicitar su indemnización, si bien, su condición de menores justifica la actuación de los padres en su nombre, como representantes legales (artículo 162 del Código Civil).

La legitimación pasiva corresponde al Servicio Murciano de Salud, dada la titularidad que ostenta sobre la actividad o servicio sanitario al que se imputa el daño y los centros en los que aquél se prestó (Servicio de Urgencias de Atención Primaria de Molina de Segura y Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia).

2. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP.

Precisamente esa excesiva duración del procedimiento ha llevado a la interesada a considerar desestimada su reclamación por silencio administrativo, interponiendo el oportuno recurso contencioso-administrativo. Ello no afecta a la obligación que incumbe a la Administración de dictar resolución expresa conforme a lo establecido en los artículos 42.1 y 43.4 LPAC, si bien procede que, previamente y en todo caso antes de dictar la resolución que haya de poner fin al procedimiento, por la instrucción se averigüe el estado de tramitación del recurso contencioso, toda vez que la última actuación relativa al mismo que consta en el expediente data de abril de 2007 (folio 305).

**TERCERA.- Prescripción del derecho a reclamar.**

El artículo 142.5 LPAC dispone que “el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños a las personas, de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

Hay que recordar que, incluso antes de la aprobación de la LPAC, el Tribunal Supremo sentó el criterio de que, tratándose de daños de naturaleza física o psíquica, el *dies a quo* del cómputo del plazo había de posponerse hasta que se alcanzase la curación o quedase determinado el alcance de las secuelas; interpretación exigida por el sentido y finalidad de la norma, pues hasta ese momento no se produce la estabilización de los efectos lesivos ni, en consecuencia, se tiene conocimiento del quebranto padecido por la víctima (SSTS de 8 de julio de 1983, 9 de abril de 1985, 1 de junio de 1988, 14 de febrero y 26 de mayo de 1994, 28 de abril de 1997, y 31 de mayo de 1999, entre otras).

La necesaria estabilización de las lesiones y secuelas para poder comenzar a computar el plazo prescriptivo ha sido también puesta de manifiesto por la jurisprudencia de las diversas Salas del Tribunal Supremo, en especial las de lo Civil y de lo Contencioso-Administrativo. Así, en sentencia de esta última de 25 de junio de 2002, se indica que “*como venimos proclamando hasta la saciedad..., el dies a quo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto (sentencia de 31 de octubre de 2000) o, en otros términos, aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de las secuelas, siendo de rechazar con acierto la prescripción, cuando se pretende basar el plazo anual en la fecha del diagnóstico de la enfermedad (Sentencia de 23 de julio de 1997)*”.

Para la Sala Primera del Alto Tribunal, “*hay que atenerse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido, según el alta médica, salvo que subsistan secuelas físicas o psíquicas susceptibles de mejora, pues entonces ha de situarse el cómputo inicial del plazo en el momento en que se tenga conocimiento del último estadio del total resultado, pues las series progresivas o que así se creen no pueden fraccionarse y al paciente ha de comunicársele el diagnóstico irreversible y definitivo del daño causado, sin pretender que lo deduzca como tal cuando conserva esperanzas de mejorar*” (sentencia número 127/1998, de 19 de febrero).

Se trata, en definitiva, de ubicar en el tiempo el momento en que los interesados ya conocen el alcance de los daños que les han sido irrogados y pueden reclamar por ellos,

de acuerdo con el principio de la *actio nata*, en virtud del cual se ha de estar al momento en que es posible ejercitar la acción por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance definitivo de los perjuicios producidos, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad (así, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1989, 4 de julio de 1990, 21 de enero de 1991, 26 de mayo de 1999).

Esta línea doctrinal ha de ser completada o matizada atendida la naturaleza crónica del mal que aqueja al menor. Cabe recordar que es doctrina de este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 179/2006) que la cronicidad de la patología la convierte en un daño continuado, respecto del cual es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, como se ha dicho, que el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial será aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto. También el Consejo Jurídico se ha hecho eco de esta línea jurisprudencial, sin perjuicio de señalar que ello no significa prolongar *sine die* la posibilidad de ejercicio de la acción, lo que *de facto* conduciría a su imprescriptibilidad, ni tampoco que el paciente tenga que pasar por todos los estadios o fases de la enfermedad antes de poder reclamar. Como ya indicábamos en el Dictamen 115/2004, recogiendo la doctrina sentada al respecto por el Consejo Consultivo andaluz en Dictamen 305/2002, “*si existe un diagnóstico que de manera clara e inequívoca suministre al interesado el cabal conocimiento de su enfermedad y de las secuelas o consecuencias que vayan a generarse, de tal modo que pueda hacerse una representación del alcance del daño padecido, no se justifica que el ejercicio de la acción pueda prolongarse en el tiempo sine die, a espaldas de toda cobertura legal*”.

A la luz de la doctrina expuesta, es preciso fijar el *dies a quo* del cómputo del plazo anual que, para la prescripción del derecho a reclamar, establece el artículo 142.5 LPAC. A tal efecto, el dato esencial será el momento en que cabe entender estabilizadas las secuelas derivadas de la asistencia sanitaria. Según la propuesta de resolución, dicho instante coincidiría con la revisión del niño en la consulta de Neuropediatria de fecha 8 de agosto de 2003, si bien no razona dicha conclusión. El expediente, por su parte, no permite ampararla atendidas las siguientes consideraciones:

a) El daño neurológico sufrido (encefalopatía secundaria a hipoxia) es una lesión establecida desde su producción en el año 2002.

b) Como consecuencia de esta patología de base existen unas secuelas: retraso psicomotor y status convulsivo, que son manifestaciones clínicas de las lesiones neurológicas y que ya estaban presentes en el momento del alta hospitalaria del niño, el 24 de enero de 2003 (folio 92 del expediente).

c) En el estudio neuropediátrico realizado el 8 de agosto de 2003, se hace constar que el niño ya fue valorado en la UCI pediátrica antes del alta, detectándose encefalopatía secular, con retraso psicomotor secundario. Es decir, el 8 de agosto de 2003 no se advierten nuevas secuelas ni manifestaciones clínicas, distintas de las ya establecidas con anterioridad. En consecuencia, la fecha de dicho estudio no puede ser considerado como *dies a quo* del plazo para reclamar, toda vez que las secuelas ya estarían determinadas con anterioridad.

Ahora bien, el último informe de valoración del estado del menor, datado el 21 de junio de 2007, describe las secuelas como “*encefalopatía crónica ...que se manifiesta clínicamente por afectación de niveles cognitivos con déficit de memoria (visual y auditiva) y de atención, bradipsiquia (lentitud de pensamiento), interacción limitada con dificultades*



en el desarrollo psicomotor tanto de la motricidad fina como la gruesa (no sabe comer, ni vestirse y no controla bien esfínteres); presentando un nivel de desarrollo generalizado propio de un niño de 2 años” (en el momento del estudio el niño contaba con 4 años y 7 meses de edad).

Se afirma, igualmente, que el menor “*ha evolucionado favorablemente de sus secuelas*”.

Adviértase cómo la patología ha evolucionado y van apareciendo nuevas manifestaciones clínicas al crecer y madurar el niño, pues la comparación de sus habilidades y capacidades con las propias de cada edad revelan nuevos aspectos del retraso psicomotor que padece. Ese carácter evolutivo puede inferirse, asimismo, de la propuesta de declaración como minusválido, la cual no es definitiva sino provisional, otorgándole un plazo de validez de sólo 3 años (de 2004 a 2007).

A la luz de lo expuesto, si bien puede afirmarse que la enfermedad de base del menor está plenamente establecida desde los días inmediatamente posteriores al ingreso del menor en el Hospital, atendidos su carácter crónico, la evolución advertida en el último informe citado y la previsibilidad de que lo siga haciendo en el futuro, permiten concluir que no estaría en ese “*último estadio del total resultado*” que exige la jurisprudencia para considerar plenamente determinadas las secuelas y, en consecuencia, fijar el “*dies a quo*” del plazo prescriptivo al que se refiere el tantas veces citado precepto de la LPAC (SSTS, Sala 3ª, de 3 de mayo y 31 de octubre de 2000 y de 25 de junio de 2002, entre otras).

El argumento, además, debe completarse recordando la doctrina jurisprudencial que propugna una interpretación restrictiva del instituto de la prescripción, en tanto que limitación al ejercicio tardío de los derechos, en beneficio de la seguridad jurídica. Al tratarse de una institución no fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento restrictivo excluyendo una interpretación rigorista, debiendo interpretarse, por el contrario, a favor del administrado y en contra de la Administración en la medida en que exista un principio que así lo imponga, al no ser posible verificar esta interpretación sin justificación alguna (STS, Sala 3ª, de 6 de noviembre de 1995).

Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional al declarar que la interpretación de la prescripción, en virtud del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, debe realizarse de la forma más favorable a la eficacia del derecho (STC 42/1997), constituyendo una vulneración de ese derecho el rechazo de la acción, basado en una interpretación restrictiva de las condiciones establecidas para su ejercicio (STC 34/1994).

Por todo ello, y a la luz del principio “*pro actione*” que ha de guiar la resolución de supuestos que planteen dudas razonables sobre la extinción de la acción resarcitoria (Dictamen 94/2006 de este Consejo Jurídico), se considera que la acción fue ejercitada en plazo, si bien no se coincide con la propuesta de resolución en la determinación del *dies a quo* de su cómputo.

**CUARTA.- De la documentación que ha de formar parte del expediente. La historia clínica.**

Manifiestan los reclamantes que determinada documentación utilizada y citada por diversos informantes no les ha sido facilitada, razón por la cual proceden a su impugnación, solicitando que no sean tenidas en cuenta las consideraciones que se vierten en dichas actuaciones instructoras y que se basen precisamente en tales documentos, dado que de otra forma se les generaría indefensión.

En efecto, puede comprobarse que el informe elaborado por el Servicio de UCI pediátrica alude a una evaluación neurológica en urgencias (*“mirada perdida, hipotonía axial y de miembros, sin respuesta a estímulos dolorosos, pupilas mióticas escasamente reactivas, ROT rotulianos presentes y simétricos pero débiles”*), que, sin embargo, no consta en el expediente y que, de hecho, contradice la que refleja el documento resumen de la historia clínica del niño durante su estancia en la UCI que incluye las actuaciones previamente realizadas en Urgencias (*“pupilas mióticas, reactivas, adecuada respuesta a estímulos dolorosos, tendencia a la somnolencia, tono y ROT normales”*).

Del mismo modo, no hay constancia en el expediente de las gráficas resumen de cuidados de enfermería en UCI pediátrica a que alude la Inspección Médica en su informe como *“ampliación de documentación clínica”*. Solicitada por la instrucción la correspondiente aclaración, contesta la inspectora informante que la cita de dicha documentación se debe a un error, pues *“dicha referencia no forma parte de la documentación recibida en dicho expediente administrativo. Al utilizar un formato tipo para la realización de los informes, se trata de la documentación de otro expediente y que no borré adecuadamente”*.

Sin embargo, ello no permite explicar cómo en el juicio crítico del informe, la inspectora se remite expresamente a dichas gráficas, con cita expresa de las páginas del expediente en que aquéllas se contendrían, al indicar que *“la vigilancia y las actuaciones de enfermería desde el ingreso se resumen en las gráficas (folio 62 y 63 de ampliación de documentación), pudiéndose constatar...”*. A continuación cita una serie de valores y datos reflejados en las referidas gráficas que son coincidentes con los que cita la pediatra de guardia en UCI la madrugada del 19 de diciembre, quien a su vez expresa que su fuente eran las tantas veces citadas gráficas.

Atendidos los términos de la reclamación y las posteriores alegaciones presentadas por los reclamantes, el conocimiento del proceso asistencial del niño en las primeras horas de su ingreso en la UCI pediátrica es esencial para determinar si existe o no responsabilidad patrimonial, toda vez que los interesados afirman que el episodio hipóxico que causa la encefalopatía y las correspondientes secuelas se habría producido entre el referido ingreso y la intubación del menor.

Comoquiera que el documento esencial para conocer el referido proceso lo constituyen las indicadas gráficas, dado que en ellas se basan dos informes relevantes para la resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial, los cuales quedarían muy mermados en su valor y eficacia si se ven privados del sustrato documental que les sirve de punto de partida, considera el Consejo Jurídico que deben agotarse las posibilidades instructoras para localizar dicho documento, cuya existencia ha de presumirse, atendidos los detalles y datos reflejados en los informes.

Al respecto, no es suficiente la explicación ofrecida por la Inspección Médica acerca de la inclusión en su informe, *“por error”*, de una referencia a la indicada documentación, pues parte del contenido del informe se basa precisamente en ella. Antes bien, la Inspección, en ejercicio de las funciones que le son propias debería averiguar qué ocurrió con las gráficas de enfermería que, al parecer, sí pudieron ser consultadas por la pediatra de guardia de la UCI pediátrica y la inspectora informante y que, sin embargo, no constan en el expediente ni, según se desprende de la contestación dada por el Director Gerente de la Arrixaca, en el propio Hospital.

A ello se une que los documentos en cuestión deben formar parte de la historia clínica, como exige actualmente el artículo 15 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuyo apartado 1, exige que consten en ella los siguientes documentos: “*m) la evolución y planificación de cuidados de enfermería; n) la aplicación terapéutica de enfermería; ñ) el gráfico de constantes*”). Y es que aunque dicha normativa no se encontraba en vigor al momento de prestar la asistencia al niño, lo cierto es que también cabía considerar exigible la constancia en la historia clínica de tal documentación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.11 y 61 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

En consecuencia, debe procurarse completar la instrucción para traer al procedimiento la documentación tantas veces citada, cuya custodia correspondía al Hospital de conformidad con el artículo 17 de la Ley 41/2002.

Si finalmente no fuera posible aportar el documento, al margen de poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes para la depuración de las oportunas responsabilidades, debe recabarse un nuevo informe de la Inspección Médica para que valore la asistencia prestada al niño, con base en la información y documentación efectivamente obrante en la historia clínica.

Considera el Consejo Jurídico que sería conveniente que dicho informe versara, además, sobre cuestiones que surgen del análisis del expediente y de los informes obrantes en el mismo y que, siendo relevantes para la resolución de la reclamación, no han sido contempladas en los anteriores informes de la Inspección, al menos de forma expresa:

a) En primer lugar, si la asistencia prestada al niño en el Servicio de Urgencias de Atención Primaria de Molina el día 19 de diciembre de 2002, que se limita a derivar al niño al Hospital sin someterle a tratamiento alguno (oxígeno, broncodilatadores, humidificación, adrenalina, etc.), puede considerarse ajustada a los protocolos de actuación sobre diagnóstico y tratamiento de la bronquiolitis en Atención Primaria existentes, como el aprobado por la Asociación Española de Pediatría de Atención Primaria.

b) En segundo lugar, habría de establecerse si, de acuerdo con los datos ofrecidos por la historia clínica y, singularmente, por las gasometrías, la intubación del niño estaba indicada antes del momento en que efectivamente se produjo.

Y ello porque los facultativos informantes y los propios reclamantes alcanzan conclusiones diversas e, incluso, abiertamente contradictorias, con base en los valores registrados en la hoja de asistencia respiratoria correspondientes a las primeras horas de ingreso en la UCI pediátrica (folio 183 del expediente). Así:

La pediatra de guardia señala, partiendo de dicho documento, que los datos indicaban una “*evidente mejoría progresiva del niño*” a raíz del ingreso en la UCI, por lo que la intubación se produce cuando se advierte un aumento del trabajo respiratorio, afirmando que “*si no tuviera gran cansancio se continuaría con la vigilancia y tratamiento por si pudiera “escaparse” sin someterlo a la agresión que supone el respirador*”.

Sin embargo, el informe pericial de los reclamantes afirma que los datos reflejados en las gasometrías mostraban una importante hipoxia que fue mantenida durante horas en la UCI y que podría haberse evitado mediante la intubación precoz del menor. Por los actores, al margen del informe pericial y en momento procesal diferente, se aporta bibliografía mé-

dica que pretende apoyar la alegación de que la intubación debía haberse producido horas antes de las 8 de la mañana, que es cuando realmente se conecta al menor a un respirador. Se basa para ello en los datos relativos a la  $PaO_2$  y  $PaCO_2$ , que, según la literatura científica aportada, hacen necesaria la respiración artificial “cuando la  $PaO_2$  es menor de 50 y la  $PaCO_2$  es superior de 75 (...) Las indicaciones más frecuentes para intubación en estos niños son las apneas recurrentes con caídas de la saturación y el fallo respiratorio con acidosis o hipoxia a pesar del tratamiento con oxígeno”.

En la hoja de asistencia respiratoria constan los datos de  $PO_2$  y  $PCO_2$  con base en los cuales los reclamantes consideran que, en la medición de las 3:50 horas (4 horas antes de conectar al niño a un respirador), ya se superaban los parámetros establecidos por la literatura médica para estimar indicada la intubación, toda vez que la  $PCO_2$  era de 81,1 y la  $PO_2$  de 49,7.

Ahora bien, parece efectuarse esta alegación sin considerar el dato de la saturación de oxígeno, la cual, según los peritos de la compañía aseguradora se mantuvo en valores normales (entre 95-98%), mientras que para el de los reclamantes varió entre el 74,8 % a las 3:50 horas y el 45,8 % a las 7:20 horas, lo que evidenciaría un deterioro de la función respiratoria. La divergencia entre ambos peritos parece obedecer a que la hoja de asistencia respiratoria ofrece dos variables de saturación de oxígeno diferentes con valores diversos: “Sat $O_2$  gases”, que debe de ser la tomada como referencia por el perito de los reclamantes; y “Sat $O_2$  tsc”, que es a la que debe de referirse el dictamen aportado por la aseguradora.

Comoquiera que la valoración de los datos contenidos en el documento indicado ha de realizarse desde la perspectiva de la ciencia médica, máxime cuando en el expediente constan autorizados pronunciamientos técnicos que efectúan interpretaciones diferentes de unos mismos datos, considera el Consejo Jurídico necesario contar con el valioso parecer de la Inspección Médica acerca de tales extremos, en orden a determinar en qué momento estaba indicada la intubación del menor.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Procede completar la instrucción del expediente con las actuaciones indicadas en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

Una vez realizadas y tras el oportuno trámite de audiencia, habrá de remitirse de nuevo el expediente a este Consejo Jurídico para la emisión de dictamen sobre el fondo.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 06/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar.****Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)****Fecha: 14/01/08****Extracto de Doctrina**

*Al no existir suficientes elementos de juicio para adoptar una resolución congruente procede que la instructora, en cumplimiento del artículo 78 LPAC, recabe la información necesaria para ello, requiriendo al profesor de educación física para que describa el ejercicio en el que se produjo el accidente.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 5 de marzo de 2007, tiene entrada en el Registro General de la Consejería consultante escrito de comunicación de accidente escolar ocurrido el 19 de diciembre de 2006, en el Instituto de Educación Secundaria (IES) “J. Ibáñez Martín” de Lorca, según el cual durante el desarrollo de una clase de educación física, el alumno de 1º de Secundaria x. chocó con su compañero x. Como consecuencia del encontronazo, el primero sufrió una herida sangrante en la frente, así como la rotura de dos incisivos, uno superior y otro inferior. El accidente fue presenciado por el profesor y los compañeros de clase.

**SEGUNDO.-** La madre del alumno accidentado, x, interpone reclamación de responsabilidad patrimonial en impreso normalizado, indicando que el 18 de diciembre de 2006, en clase de educación física, a su hijo *“le empujaron y le pusieron el calzo y cayó hacia delante dañándose los dientes en la parte superior e inferior, y hematoma en la región frontal de la cabeza”*.

Valora los daños en 282,5 euros, cantidad a que asciende su pretensión indemnizatoria.

Acompaña su solicitud con la siguiente documentación: a) fotocopia del libro de familia, acreditativa de la relación de parentesco que le une con el menor lesionado; b) parte de asistencia médica en Atención Primaria, de fecha 18 de diciembre de 2006, donde consta como motivo de la consulta el de *“accidentes escolares y deportivos”* y una descripción de la asistencia realizada, en los siguientes términos: *“cefalohematoma en región frontal. Traumatismo en arcada dentaria superior e inferior. Cura local en frente con betadine”*; c) facturas acreditativas de los gastos derivados de la realización de una ortopantomografía (42,5 euros), reconstrucción de tres piezas y radiografías intraorales (240 euros); d) informe de odontólogo indicando la necesidad de realizar tres reconstrucciones, sin perjuicio de que en el futuro pueda precisar coronas de metal-porcelana en incisivos superiores e inferiores; y e) certificado médico oficial.

**TERCERO.-** Por resolución de 15 de marzo de 2007, la Secretaría General de la Consejería consultante admite la reclamación y designa instructora, quien requiere al Director del IES donde ocurrieron los hechos, para que emita su preceptivo informe. En él se indica que *“en una segunda entrevista con el profesor de la asignatura, (...) éste manifiesta que,*

*al hallarse de espaldas, no pudo determinar la existencia o no de intencionalidad en el encontronazo, ya que no fue testigo del accidente.*

*En entrevista con los alumnos implicados, el alumno afectado declara que su compañero, x., del mismo grupo EIC, le puso el calzo (expresión que significa trabar una persona a otra con la pierna para que ésta caiga), lo que le produjo la caída al suelo.*

*Por su parte, x. manifiesta que cayó hacia delante, sin saber si fue empujado o no por otra persona, y que al hacerlo puso la pierna delante de su compañero, el cual cayó de bruces. Este último declara que son amigos desde el colegio y que no hubo intención de causarle daño”.*

**CUARTO.-** Con fecha 31 de mayo de 2007 se notifica a la reclamante la apertura del trámite de audiencia, sin que la interesada haya hecho uso del mismo, al no aportar alegación o justificación adicional alguna.

**QUINTO.-** Tras un cambio de instructora, debidamente comunicado a la interesada, se dicta propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al no apreciar nexo causal entre los daños padecidos por el menor y el funcionamiento del servicio público educativo.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, V. E. remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el pasado 2 de enero de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Sobre la instrucción.

En las ocasiones en que el Consejo Jurídico ha afrontado el examen de expedientes de responsabilidad patrimonial por accidentes escolares producidos durante la clase de educación física ha indicado (así, por ejemplo, en los Dictámenes 49/2002, 188/2003, 19/2004 y 47/2006) que se ha de tener en cuenta que no todos los accidentes sufridos en el marco de tales clases han de tener el mismo tratamiento. En efecto, en el desarrollo de una actividad deportiva usual u ordinaria pueden no existir elementos de peligrosidad, de tal modo que los accidentes producidos durante su ejecución deben considerarse como hechos casuales ocurridos con ocasión de la prestación del servicio público educativo, pero no como consecuencia de su funcionamiento. Sin embargo, en otras ocasiones, la propia naturaleza del ejercicio a desarrollar puede generar un riesgo susceptible de producir un daño, y si así ocurriese corresponderá indemnizarlos al que ha puesto en marcha el mecanismo de riesgo que

excede de los patrones socialmente aceptables, según tiene declarado el Tribunal Supremo (entre otras, sentencia de 28 de octubre de 1998).

Por otra parte, también hemos manifestado en multitud de ocasiones que el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que “durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”.

Centrándonos en el supuesto sometido a consulta, el análisis de la documentación obrante en el expediente no permite precisar el tipo de ejercicio físico que practicaban los alumnos ni las circunstancias concretas que provocaron el accidente.

En las observaciones y sugerencias recogidas en la Memoria del año 1999, el Consejo Jurídico manifestó que *“el instructor debe procurar que el expediente de cada procedimiento plasme sus contenidos legales, es decir, que se desarrolle mediante los actos que permitan determinar, conocer y comprobar todos los datos en virtud de los cuales haya de dictarse resolución, tal como la LPAC prescribe en su artículo 78, actos que deben ser realizados de oficio. La labor del instructor consiste, pues, en traer al expediente toda la información que, en hipótesis, pueda ser necesaria para decidir el contenido de la resolución, sin perjuicio de que, con posterioridad, fundamente su propuesta en los hechos y razonamientos jurídicos que juzgue convenientes. Y se trata de una potestad fiduciaria, que no ejerce para sí en función de la propuesta de resolución que decida elevar a la autoridad competente para resolver, sino que la ejerce, precisamente, para que dicha autoridad pueda adoptar la resolución final, siguiendo la propuesta o separándose de ella, pero contemplando la totalidad de hechos, elementos, circunstancias y alegaciones que influyan o puedan influir en la bondad de su acuerdo. En tal sentido, la actividad del instructor, al desarrollarse para el órgano resolutorio, es una actividad debida,...”*.

Al no existir suficientes elementos de juicio para adoptar una resolución congruente procede que la instructora, en cumplimiento del artículo 78 LPAC, recabe la información necesaria para ello, requiriendo al profesor de educación física para que describa el ejercicio en el que se produjo el accidente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### CONCLUSIÓN

**ÚNICA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, al ser procedente completar la instrucción en los términos expresados en la Consideración Segunda.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 07/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una cazadora durante la jornada escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 21/01/08**

**Extracto de Doctrina**

*Si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente, por el mero hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 27 de febrero de 2007, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Director del Colegio de Educación Infantil y Primaria (CEIP) “San Fulgencio” de Pozo Estrecho (Cartagena), por los desperfectos sufridos por la cazadora de su hijo, el 27 de enero de 2007, durante la jornada escolar.

Describe lo ocurrido del siguiente modo:

*“Que el pasado día 27 de enero de 2007, en horario escolar y mientras se encontraba en clase bajo la tutela de la profesora, se produjo una situación no aclarada fruto de la cual la cazadora de mi hijo, que estaba en el perchero del aula, resultó manchada con productos (aparentemente cola y pintura blanca) que estaban siendo manipulados por los alumnos en el aula bajo la dirección de la profesora; estas manchas han supuesto que esta cazadora resulte inservible”.*

**SEGUNDO.-** Con fecha 14 de marzo de 2007 (registro de salida), el Director del centro escolar remite a la Consejería consultante el escrito de reclamación, acompañado de la factura de compra de un chaquetón por importe de 45 euros.

**TERCERO.-** Requerida la reclamante para que acredite la representación del menor, aporta copia compulsada del libro de familia, a través del centro escolar (folios 9 a 12), tras lo cual el titular de la Secretaría General dicta resolución de 24 de abril de 2007, admitiendo la reclamación de responsabilidad patrimonial y designando instructora del procedimiento, siendo notificada dicha resolución el 14 de mayo siguiente.

**CUARTO.-** Solicitada información al CEIP San Fulgencio sobre los hechos acaecidos, tras ser reiterada, el 4 de junio se remite escrito de su Director (folio 22), en el que aclara que el escrito de solicitud de informe entró en el Centro Escolar el 17 de mayo, pero que la profesora-tutora se encontraba de baja, incorporándose el 21 de mayo. Se aporta también, mediante otro oficio del Director (folio 21), el escrito original de la reclamación, así como el testimonio de la tutora que señala lo siguiente:



*“El día 26 de enero (y no el 27 como expone la reclamante) me encontraba con mis alumnos en horario del área de plástica. La actividad a realizar consistía en pegar una mariposa dibujada sobre el folio en una cartulina, pintarla con témperas y una vez seca la pintura, pegar papel de seda hecho bolitas con cola blanca por el exterior del dibujo.*

*Los niños se encuentran en grupos de trabajo (...).*

*Al tratarse de un aula prefabricada, el espacio es muy reducido y el único disponible que queda para el taller de plástica son dos mesas colocadas al fondo de la clase.*

*Una vez colocado el material y tras pegar los niños el folio en cartulina con pegamento de barra, los alumnos se levantan a por la pintura de cada uno y la cola dispuesta en platos. En un momento uno de los platos cae sobre unos chaquetones. Al encontrarme atendiendo a uno de los grupos no puede precisar el motivo de la caída del plato (empujón, caída del alumno...). Lo que presencié desde mi posición (en el centro de la clase) fue la caída. Inmediatamente me dirigí hasta el lugar y procedí a la limpieza de los chaquetones (que en ese momento estaban en el suelo) y en el mismo suelo.*

*Al finalizar el horario lectivo, me entrevisté con las madres de los alumnos cuyo chaquetón había sido manchado y dos de ellas lo entendieron perfectamente como algo normal ya que los niños están trabajando diariamente con material con el que pueden mancharse (pinturas, rotuladores, ceras...) y ahí quedó el incidente.*

*A los pocos días x., me comenta que su hijo no ha sido quien ha manchado los chaquetones, que nadie le garantiza que esta situación no vuelva a repetirse, que el alumno que lo ha hecho, lo ha hecho a conciencia y que el chaquetón está inservible y que quiere responsabilidades.*

*Desde mi posición reitero que sólo alcancé a ver el plato en el suelo y los chaquetones manchados, pero creo que no me equivoqué al pensar que bajo ningún concepto hubo intencionalidad por parte de ningún alumno de provocar este incidente, ya que hablamos de niños de sólo seis años de edad. Si además, se ve el espacio tan limitado de una clase prefabricada creo que se puede entender perfectamente que se trató de un accidente que puede ocurrir al manipular este tipo de materiales por niños de tan corta edad”.*

**QUINTO.-** Con fecha 6 de junio de 2007 (notificado el 12 siguiente), se procede a la apertura del trámite de audiencia para que la reclamante pudiera tomar vista del expediente, aportar documentación o realizar las alegaciones que considerase convenientes, tras lo cual se dicta propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Según consta en la citada Propuesta sobre el resultado del trámite de audiencia: *“x/l. llamó por teléfono al órgano instructor para comunicar su imposibilidad de comparecer y de interesarse por la que obraba en el expediente. Entonces se le informó de que el único documento nuevo que se encontraba en el expediente era un informe del Director con el testimonio adjunto de la profesora-tutora que presenció el accidente. La reclamante señaló que ya conocía todos los hechos, ya que había hablado con la citada profesora. Por lo que no requirió ninguna copia de dicho informe”.*

**SEXTO.-** Con fecha 18 de octubre de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

La solicitud ha sido formulada por persona legitimada para ello ya que, tal como resulta de la fotocopia compulsada del Libro de Familia que obra en el expediente, la reclamante es madre del alumno accidentado y, al ser éste menor de edad, le corresponde ejercitar su representación legal conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En lo que atañe a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación, en el que se integra el CEIP “San Fulgencio” de Cartagena.

Por otro lado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

El resto del procedimiento seguido por la Administración instructora respeta, en términos generales, lo dispuesto en el RRP, sin que se aprecien carencias formales.

### **TERCERA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en expedientes de responsabilidad patrimonial (por todos, Dictamen 180/02), ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente, por el mero hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no

contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999, y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de febrero de 1999).

También el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”, habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/1996 y 811/1996).

Aplicados los requisitos generadores de la responsabilidad patrimonial al presente supuesto, se desprende que la cazadora del alumno fue manchada durante la realización de un ejercicio en el área de plástica, cuando se cayó uno de los platos con cola sobre los chaquetones, debido a un hecho fortuito, en tanto la profesora considera que no hubo intencionalidad por parte de alumnos de 6 años de edad, estando dentro de lo posible que los menores se puedan manchar, pues están trabajando diariamente con material. Sin embargo, se advierte en el presente caso que las prendas que se mancharon, que en aquel momento estaban en el suelo, según la profesora, no se trataba de la ropa que habitualmente llevan puesta los menores durante la clase, sobre la que es predicable el razonamiento anterior. De otra parte, de acuerdo con lo manifestado por el Director del centro escolar y la profesora, se desprenden ciertos condicionantes que favorecieron este hecho, como deficiencias en las instalaciones, en tanto se trata de una clase prefabricada cuyas características (limitación de espacio) puede ocasionar incidentes de este tipo, pues describe la profesora: *“Al tratarse de un aula prefabricada, el espacio es muy reducido y el único disponible que queda para el taller de plástica son dos mesas colocadas al fondo de la clase”*.

En el supuesto sometido a consulta, el riesgo que finalmente se materializó cabe considerarlo como no inherente a la realización de este tipo de ejercicios y, en consecuencia, el Consejo Jurídico entiende que resulta imputable a la Administración educativa el daño alegado, sin que se ponga en tela de juicio la diligencia de la profesora en remediarlo, como recoge acertadamente la propuesta de resolución

Así pues, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, es cierto que el daño existe, se acredita y, además, se produce como consecuencia del funcionamiento del servicio público, lo que desencadena la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

Respecto a la cuantía indemnizatoria, no se ha discutido la cantidad reclamada (45 euros), que se acredita con la factura correspondiente, por lo que el Consejo Jurídico la estima en principio adecuada.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al haber quedado acreditada la relación de causalidad entre el daño alegado y la prestación del servicio público educativo. La cuantía indemnizatoria asciende a 45 euros.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 08/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 21/01/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*Acreditada la realidad del accidente y la existencia de desperfectos donde se produjo la caída, quedaría por concretar si el daño alegado —cuya cuantía también será objeto de posterior consideración— tiene su origen o causa en el funcionamiento de los servicios públicos, por alguna de las siguientes situaciones:*

*a) Una inactividad por omisión de la Administración titular de la explotación del servicio en el cumplimiento de los deberes de conservación y mantenimiento de los elementos de las carreteras, a fin de mantenerlas útiles y libres de obstáculos en garantía de la seguridad del tráfico, tal como prescriben los artículos 15 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, y 20 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia.*

*b) O bien una ineficiencia administrativa en la restauración de las condiciones de seguridad alteradas mediante la eliminación de la fuente de riesgo o, en su caso, mediante la instalación y conservación en la carretera de las adecuadas señales viales circunstanciales de advertencia del peligro (artículo 57, Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial).*

#### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 4 de noviembre de 2004, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, por los daños sufridos como consecuencia de una caída que atribuye al mal estado de la calzada.

Relata que el accidente se produjo entre las 22 y 23 horas del día 25 de agosto de 2004, cuando cruzaba la calle Torreveja del municipio de Beniel (travesía por el casco urbano de la carretera regional MU-330) y, debido al mal estado del firme, sufrió una caída al introducir el pie en un socavón, a consecuencia del cual sufrió un esguince de grado 1 en el tobillo derecho.

Manifiesta que no puede determinar la cuantía de los daños, porque se encuentra en espera de la valoración definitiva de su recuperación, y propone como testigos a las personas que le ayudaron, a la vez que designa a un letrado para que la represente.

Por último, acompaña el acuerdo de 6 de octubre de 2004, de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Beniel, que desestima la reclamación presentada por la interesada por falta de competencia.

**SEGUNDO.-** El 18 de noviembre siguiente, la instructora recaba el informe preceptivo de la Dirección General de Carreteras y solicita del Ayuntamiento de Beniel el expediente municipal. Simultáneamente se dirige a la reclamante para que mejore y subsane ciertos defectos advertidos en el escrito de reclamación, como los partes de baja que acrediten los días improductivos, siendo cumplimentado por la interesada el 13 de diciembre de 2004, en el sentido que figura en los folios 21 a 40.

**TERCERO.-** El Jefe de Sección II de Conservación de la Dirección General de Carreteras emite informe el 25 de enero de 2005, en el que se manifiesta lo siguiente:

1) *“Desconocemos totalmente las circunstancias del citado accidente hasta la fecha de su reclamación (29/10/2004).*

2) *El lugar que se nos señala está situado en la Ctra. MU-330 dentro de la Travesía de Beniel. Y se trata de un ligero rehundido del firme de unos 3 cm. de profundidad y de un diámetro de 25 cm. situado en la calzada de la carretera (lugar destinado a la circulación de vehículos). No se tiene constancia de haberse producido el citado accidente ni en el lugar ni en la fecha referidos.*

3) *El rehundido citado no presenta peligro de accidente para la circulación de vehículos.*

4) *Los daños ocasionados estimo que podían haberse producido por cualquier otra circunstancia al dar un mal paso, o simplemente al bajar de la acera al firme de la carretera.*

5) *Estimo que no existe causa directa de imputabilidad a la Administración por esta circunstancia.*

6) *Para estimar la causa directa del daño ocasionado a la existencia de este pequeño rehundido, debería haberse efectuado la comparencia y levantamiento del atestado o informe policial correspondiente que acreditara fehacientemente estos hechos”.*

**CUARTO.-** Citados los testigos propuestos por la parte reclamante, a cuyo efecto se recaba previamente de la interesada el pliego de preguntas a formular, se practica la prueba el 30 de marzo de 2005, según actas obrantes en los folios 88 a 91 del expediente.

**QUINTO.-** El 8 de abril de 2005, la instructora acuerda la apertura de un período de prueba con el fin de que se acredite por la interesada:

1) La cuantía económica de la reclamación, aportando documentos justificativos de las cantidades solicitadas.

2) Fotocopia compulsada de los partes de alta y baja en la seguridad social que acrediten los días que ha estado impedida para el desempeño de sus ocupaciones habituales, así como informe médico en el que se determinen las lesiones sufridas y, en su caso, las secuelas, de conformidad con el baremo al que se ha acogido.

**SEXTO.-** Con fecha de 27 de abril de 2005 se presenta un escrito de la reclamante, determinando la cuantía económica (1.874'32), reiterando la documentación ya aportada para justificar los días improductivos (un total de 40 días).

**SÉPTIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a la interesada, no consta en el expediente que formulara alegaciones, tras lo cual se dicta propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al entender que no concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, concretamente, la relación de causalidad entre el hecho acaecido, con su efecto lesivo, y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

**OCTAVO.-** Con fecha 4 de octubre de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

Este Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.**

I. La legitimación activa para reclamar, cuando de daños físicos se trata, corresponde a quien sufre el perjuicio. En el supuesto sometido a consulta, la reclamante ostenta dicha legitimación, en tanto padeció el daño derivado de la caída.

II. La reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP, dado que el accidente se produjo el 25 de agosto de 2004 y la acción se ejercitó el 4 de noviembre del mismo año.

III. La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través de la Consejería consultante, en virtud de su condición de titular de la vía a cuyo defectuoso mantenimiento y conservación se imputa el daño.

IV. Respecto al procedimiento debe dejarse constancia de la excesiva tardanza en tramitar y resolver la reclamación, pues se ha superado ampliamente la duración máxima que para el mismo fija el artículo 13 RRP. Ello no obstante, el procedimiento ha seguido, en líneas generales, lo establecido en su normativa reguladora.

**TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial. El nexos causal.**

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. En similares términos se expresa el artículo 139 LPAC, configurando una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio indemnizada.

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, sentencia de la Sala 3ª, de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación, no implica que dicha Administración se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, ya que, de lo contrario, el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

En suma, de acuerdo con lo establecido por los artículos 139 y 141 LPAC, son requisitos para que se reconozca la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, los siguientes:

- a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.
- c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.
- d) Que no exista fuerza mayor.

Cabe afirmar que se ha acreditado la realidad del accidente, como manifiesta la instructora, a través de la documentación aportada al expediente, concretamente el parte de atención sanitaria urgente correspondiente al día en que la interesada afirma que se produjo aquél y las declaraciones de dos testigos presenciales.

Asimismo también se ha acreditado durante la instrucción la existencia de desperfectos en la travesía, precisamente a la altura donde se produjo la caída, según constan en las fotografías aportadas, corroborado por la documentación integrante de una expediente anterior tramitado por la misma Consejería, objeto de nuestro Dictamen núm. 154/06, que versa, igualmente, sobre una caída en la misma calle Torrevieja, a la altura de la cafetería E.. En aquel expediente, el informe de la policía local, de fecha 8 de noviembre de 2004 —posterior al accidente que es objeto de la presente reclamación— manifiesta que *“actualmente la deficiencia en el lugar aun se encuentra sin subsanar, tratándose de unos agujeros o baches en el asfalto que oscila entre unos 20 y 10 cms. de diámetro y 3 0 4 cms. de profundidad”*. Dicha descripción es coincidente con la que realiza el informe del técnico de la Dirección General de Carreteras en el presente expediente, que afirma que se trata de un ligero rehundido del firme de unos 3 cms. de profundidad y de un diámetro de 25 cms., situado en la calzada de la carretera (folio 60).

Acreditada la realidad del accidente y la existencia de desperfectos donde se produjo la caída, quedaría por concretar si el daño alegado —cuya cuantía también será objeto de posterior consideración— tiene su origen o causa en el funcionamiento de los servicios públicos, por alguna de las siguientes situaciones:

- a) Una inactividad por omisión de la Administración titular de la explotación del servicio en el cumplimiento de los deberes de conservación y mantenimiento de

los elementos de las carreteras, a fin de mantenerlas útiles y libres de obstáculos en garantía de la seguridad del tráfico, tal como prescriben los artículos 15 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, y 20 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia.

- b) O bien una ineficiencia administrativa en la restauración de las condiciones de seguridad alteradas mediante la eliminación de la fuente de riesgo o, en su caso, mediante la instalación y conservación en la carretera de las adecuadas señales viales circunstanciales de advertencia del peligro (artículo 57, Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial).

Por tanto, para poder apreciar la responsabilidad de la Administración en estos casos, habrá de efectuarse una valoración del rendimiento exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución a la actividad administrativa, tal como señala el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala Tercera, de 7 de octubre de 1997.

En el presente caso, ha quedado acreditado en el expediente que la vía en que se produjo el accidente es de titularidad regional y que en ella existían desperfectos en el asfalto, pues así lo recoge el informe de la Dirección General de Carreteras. Asimismo consta que dichos desperfectos no se habían arreglado desde hacía diez meses, cuando se produjo una caída anterior, según informó la policía local en aquel expediente, objeto de nuestro Dictamen núm. 154/2006.

La anterior consideración y la inactividad de la Administración para su reparación, conduce a que pueda entenderse establecido el nexo de causalidad entre el estado de la calzada y la caída de la reclamante.

¿Qué intervención tuvo la afectada en la producción del daño? Pese a que la propuesta de resolución se limita a señalar que el origen de los daños podría haberse producido por cualquier circunstancia extraña a las condiciones de la vía, lo que le conduce, sin más, a la consideración de la ruptura del nexo causal para su desestimación, sin mayor probanza que la aseveración, sin embargo, el Consejo Jurídico estima que la descripción de la reclamante sobre la forma en que se produjo el accidente, permite sostener también su intervención en la producción del daño por cuanto:

— Según describe, la caída no se produjo en la acera, de exclusivo uso peatonal, sino en la calzada destinada a la circulación de vehículos. Además, tampoco se produjo en el paso de peatones.

— A diferencia del expediente de responsabilidad patrimonial anterior ya citado (Dictamen núm. 154/2006), en el que la afectada iba a subir a un vehículo, en el presente supuesto la reclamante manifiesta que cruzaba la calle Torrevieja, sin embargo en las fotografías que aporta se encuentra próximo un paso de peatones, sin que la reclamante utilizara dicho paso, según su descripción, para atravesarla, como exige al peatón el artículo 124.1 del Reglamento General de Circulación.

Sin embargo, este nexo causal no se rompe por una eventual conducta descuidada de la reclamante, como alega la Administración en la propuesta de resolución, pues no ha probado que su intervención sea tan intensa para entender acreditada su ruptura, cuando el propio Reglamento General de Circulación permite atravesar la calzada, fuera del paso de peatones, siempre y cuando se cerciore el usuario de que puede hacerlo, sin riesgo ni



entorpecimiento indebido (artículo 124.2). En este sentido, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo reflejada en sentencia, entre otras muchas, de 9 de marzo de 1998, es a la Administración a la que corresponde acreditar circunstancias tales como la fuerza mayor, el dolo o la negligencia de la víctima o, en general, todas las que conlleven la ruptura del nexo causal y, consiguientemente, la exoneración de responsabilidad de la Administración que, aparte de sus aseveraciones, nada ha acreditado al respecto cuando existe, además, un precedente anterior de caída en la misma zona.

Por tanto, el Consejo Jurídico entiende que se producido una concurrencia de culpas entre la Administración y la reclamante en la producción del daño, debiendo ser moderada en tal sentido la cuantía indemnizatoria.

**CUARTA.- Cuantía de la indemnización.**

La reclamante, que fue diagnosticada de un esguince de tobillo derecho grado I, pretende ser indemnizada con la cantidad de 1.874,32 euros, en concepto de días de incapacidad temporal y gastos farmacéuticos para su rehabilitación.

1. Días improductivos.

Afirma la reclamante que ha permanecido 40 días impedida para la realización de sus ocupaciones habituales, solicitando una indemnización diaria de 45,813 euros, lo que arroja un total de 1.832,54 euros.

No justifica la interesada, pese a haber sido requerida para ello por la instructora, que los 40 días citados fueran improductivos para sus ocupaciones habituales que no describe, puesto que no se han aportado los partes de baja correspondientes. De la documentación obrante en el expediente se desprende que se le prescribió 15 días con vendaje (muletas), según el parte del Servicio de Urgencias del Hospital de la Vega Baja al que acudió (folio 103), y que el vendaje se le cambió el 1 de septiembre de 2004 (folio 102). Seguidamente, aporta un parte de consulta de 13 de septiembre del mismo mes, que señala que “continúa doliendo al retirar la férula”.

De lo anterior puede inferirse que únicamente podrían considerarse como días improductivos los correspondientes a los que mantuvo la reclamante la férula (desde el 26 de agosto hasta el 13 de septiembre), es decir, un total de 19 días.

Respecto a días no improductivos, constan dos consultas ulteriores en el Hospital, correspondientes a los días 20 de septiembre y 4 de octubre (folio 101), que supondrían 21 días. Las sumas de ambos periodos coinciden con los días reclamados por la interesada (40 días).

Nada que objetar a los gastos farmacéuticos reclamados puesto que aparecen justificados.

En consecuencia, de conformidad con la Resolución de 9 de marzo de 2004, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2004 el antedicho sistema, baremo al que se acoge la reclamante, la indemnización diaria asciende a 45,813 euros por días improductivos, correspondiendo 24,671 euros para cada día no improductivo:

— 19 días improductivos a razón de 45,813 euros diarios: 870,447 euros.

- 21 días no impositivos a razón de 24,671 euros diarios: 518,091 euros.
- gastos farmacéuticos: 41,78 euros.

De la cantidad resultante (1.430,318 euros), es atribuible el 50 % (715,159 euros) a la Administración por la concurrencia de culpas señalada, si bien habrá de ser actualizada dicha cantidad a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución, al considerar el Consejo Jurídico que concurren los requisitos para determinar la responsabilidad de la Administración regional, si bien de forma concurrente con la de la reclamante.

**SEGUNDA.**- La cuantía de la indemnización habrá de calcularse de acuerdo con lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen, asumiendo la Administración la parte correspondiente al porcentaje indicado, sin perjuicio de la actualización correspondiente.

No obstante, V.E. resolverá.

### **DICTAMEN 09/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 21/01/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”, habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/1996 y 811/1996). En este mismo sentido se ha manifestado dicho Órgano Consultivo en supuestos similares al que nos ocupa (balonzos o choques fortuitos durante la práctica de baloncesto), estimando la no concurrencia de responsabilidad de la Administración educativa (entre otros, Dictámenes 1098/2002 y 1005/2003).*

## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 15 de febrero de 2007, tiene entrada en el Registro General de la Consejería consultante escrito de comunicación de accidente escolar ocurrido el 24 de enero de 2007, del Director del Instituto de Enseñanza Secundaria Ortega y Rubio, de Mula (Murcia), sobre la reclamación suscrita por x., en nombre y representación de su hija y alumna de dicho centro escolar, x., en solicitud de indemnización fundamentada en la responsabilidad patrimonial que a la Administración incumbe según los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC), por los daños sufridos por la menor como consecuencia de un accidente escolar ocurrido el día 24 de enero de 2007, cuando durante el desarrollo de la clase de Educación Física, jugando un partido de baloncesto, al saltar para coger un rebote, recibió, de manera accidental, un manotazo de una compañera, como consecuencia del cual las gafas cayeron al suelo y se rompieron. Acompaña a su solicitud la siguiente documentación: a) factura de una óptica por importe de 149,70 euros; b) fotocopia del Libro de Familia acreditativo del parentesco entre la menor y la reclamante.

Junto con la reclamación el Director envía la comunicación de accidente escolar en la que se indica que la alumna accidentada cursaba, en el momento de acaecer los hechos, cuarto de Educación Secundaria, relatando los hechos ocurridos de forma sustancialmente idéntica a la que se recoge en la reclamación formulada por la madre de la menor.

**SEGUNDO.-** Por Resolución del Secretario General de la indicada Consejería, de fecha 21 de febrero de 2007, se acuerda admitir a trámite la reclamación formulada y designar instructora del expediente, circunstancia que se notifica a la interesada a efectos de que pudiera ejercer, en su caso, el derecho a recusación que le asiste.

Seguidamente la instructora solicita el preceptivo informe del centro, que es emitido por su Director con fecha 1 de marzo de 2007, en los siguientes términos:

*“Los hechos que motivaron la reclamación ocurrieron el día 24 de enero de 2007, a las 13:15 horas, en el transcurso de la clase de Educación Física del grupo 4º A de ESO, estando presentes los compañeros de clase y la profesora responsable de la asignatura x..*

*La alumna afectada, x., participaba en un partido de baloncesto, actividad programada para ese día, y en el transcurso del mismo recibió, de forma accidental, un manotazo de una compañera que ocasionó la rotura de sus gafas. Dicho manotazo, según sabe esta Dirección, se produjo en un lance del juego, sin que quepa apreciar intencionalidad alguna por parte de la autora del manotazo.*

*Tampoco constan en esta Dirección datos que puedan hacer suponer que se dieran circunstancias especiales de peligro, ajustándose el desarrollo del partido a las reglas establecidas para este deporte”.*

**TERCERO.-** Con fecha 14 de marzo de 2007 se notificó a la interesada la apertura del trámite de audiencia sin que hiciera uso del mismo, al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

**CUARTO.-** Posteriormente, la instructora dirige escrito a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, solicitando informe sobre las siguientes circunstancias:

1ª. Si existen actuaciones correspondientes a la cobertura por el Seguro Escolar de los daños sufridos por la hija de la reclamante.

2ª. Si dichos daños están cubiertos por el Seguro Escolar.

3ª. Si, en su caso, los distintos conceptos en los que se desglosa la factura presentada por la reclamante, serían íntegramente abonados por el Seguro Escolar.

El requerimiento fue cumplimentado mediante escrito del Director Provincial del INSS, con fecha de registro de salida de 7 de junio de 2007, en el que se informa sobre la inexistencia de solicitud de prestación por los hechos objeto de reclamación; añadiendo que, en cualquier caso, ninguna de las prestaciones del Seguro Escolar cubre la rotura de gafas.

**QUINTO.-** El Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura procedió, con fecha 23 de agosto de 2007, a designar nueva instructora, dando traslado a la reclamante a efecto de que pudiera ejercer, en su caso, el derecho que le asistía a la recusación de aquélla, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 en relación con el 28 LPAC.

A continuación la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud, al considerar que no existe nexo causal entre los daños sufridos por la alumna y el funcionamiento del servicio público prestado por el centro donde se produjo el accidente.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 8 de enero de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Tramitación.

Si bien es cierto que el artículo 12.2 RRP señala que el dictamen del órgano consultivo competente se ha de pronunciar sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, también lo es que para un correcto pronunciamiento sobre dichos extremos el Consejo Jurídico ha de valorar el resto de presupuestos que inciden sobre dicha institución, incluido el examen del procedimiento seguido en orden a determinar su corrección y las consecuencias que sobre aquél pudieran tener los defectos formales en los que se hubiera podido incurrir.

La legitimación activa corresponde, a tenor de lo establecido en el artículo 162 del Código Civil, a las personas que ostenten y acrediten la representación legal del menor,

circunstancia que, respecto de la reclamante, se constata con la fotocopia compulsada del Libro de Familia.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación y Cultura competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el Instituto de Enseñanza Secundaria Ortega y Rubio de Murcia.

Por otro lado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

Por lo que se refiere al procedimiento, en términos generales se ha cumplido lo establecido en el RRP. No obstante, es preciso realizar determinadas puntualizaciones sobre los concretos extremos que a continuación se indican:

a) Se ha superado ampliamente el plazo máximo de resolución y notificación que el artículo 13.3 RRP establece en seis meses. En efecto, en la tramitación del expediente, que no presenta dificultad alguna de instrucción, se ha invertido prácticamente un año, sin que, aparentemente, concurren circunstancias que lo justifique. Como ha tenido ocasión de manifestar este Órgano Consultivo en otros Dictámenes emitidos en procedimientos que han sufrido dilaciones de tramitación similares, estos retrasos colisionan frontalmente con los criterios de eficiencia, celeridad e impulso de oficio que deben inspirar la actuación administrativa, debiendo adoptar la Consejería consultante las medidas oportunas para que hechos como éste no se repitan.

b) Tras el trámite de audiencia se incorpora un nuevo documento al expediente: el informe del INSS señalando la no cobertura por el Seguro Escolar de la rotura de gafas, lo que requería, antes de formular la propuesta de resolución, haber concedido un nuevo trámite de audiencia a la interesada. Sin embargo, planteándose el caso con claridad, y atendiendo a los principios de eficacia, economía procedimental, servicio a los ciudadanos, y salvaguarda del derecho de la interesada de recibir, cuanto antes, una resolución expresa y motivada, este Consejo estima procedente dictaminar sobre el fondo del asunto, sin demorar más la tramitación de un expediente en cuya sustanciación —como se afirmaba antes— se ha empleado más tiempo del debido.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

De las actuaciones practicadas puede, inicialmente, afirmarse la conformidad de este Órgano Consultivo con la propuesta de resolución que las concluye, al no advertir que concurren en el accidente sufrido por la alumna todos los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada a causa del mismo.

En efecto, según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, aquéllos tienen el derecho a que la Administración les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Asimismo el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que “durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”. En el supuesto examinado puede afirmarse que ese grado de diligencia no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas, y que el evento se produjo en el desarrollo de la clase de Educación Física, como consecuencia de la realización de una actividad programada de baloncesto, y hay que tener en cuenta que los daños físicos constituyen un riesgo inherente a la práctica deportiva que ha de ser soportado por quien lo sufre, máxime cuando, por un lado, no se ha constatado que la concreta actividad se apartase de las reglas ordinarias de su práctica y, por otro, tampoco la parte reclamante se ha detenido en alegar la concurrencia de circunstancias determinantes de riesgo, peligro, negligencia o mal estado de las instalaciones, que hubieran podido causar efectivamente lesiones derivadas de la práctica del ejercicio, sin que quepa imaginar cómo la profesora de Educación Física pudiera haber evitado el accidente, por lo que no existe la conexión con el servicio público educativo que es necesaria para estimar la pretensión indemnizatoria formulada.

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”, habiendo precisado que ni siquiera generan responsabilidad las actividades que tienen un riesgo normal, como la práctica de ejercicios livianos (Dictámenes 433/1996 y 811/1996). En este mismo sentido se ha manifestado dicho Órgano Consultivo en supuestos similares al que nos ocupa (balonazos o choques fortuitos durante la práctica de baloncesto), estimando la no concurrencia de responsabilidad de la Administración educativa (entre otros, Dictámenes 1098/2002 y 1005/2003)

También es abundante la doctrina sentada por el Consejo Jurídico que, reiteradamente, ha propugnado la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone la práctica deportiva escolar, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado (por todos, Dictamen 40/2002).

En definitiva, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, a partir del relato del Director se pone de manifiesto que el choque se produce sin intencionalidad alguna, en un lance propio de la ejecución del juego, lo que, como ya se adelantaba antes, no

permite apreciar la existencia de un título de imputación adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por la menor y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 10/08.- Reconocimiento de obligación sin fiscalización previa derivada del procedimiento de responsabilidad patrimonial instado por x, como consecuencia de errónea calificación en pruebas selectivas.**

**Consultante: Consejera de Hacienda y Administración Pública (2007)**

**Fecha: 23/01/08**

### **Extracto de Doctrina**

*La fuente o título de las obligaciones de la Hacienda Pública (es decir, del gasto) no está en la legalidad financiera, que es sólo un cauce para hacerlas efectivas, sino fuera de ella, en las leyes sustantivas o en los actos o hechos que, según derecho, las generen, como se desprende del artículo 22 TRLH. Ahora bien, como ese mismo precepto establece en su apartado 2, el cumplimiento de tales obligaciones solamente podrá exigirse de la Hacienda Pública Regional cuando resulte de la ejecución de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, hecho que corresponde fiscalizar a la Intervención (art. 90) TRLH) a solicitud de los órganos gestores del gasto. Por tanto, el criterio que en dicha Memoria se sostiene sobre la separación de los procedimientos sustantivos y de gasto debe revisarse y, desde luego, no generalizarse, so pena de subvertir plenamente la legalidad financiera instaurada en la Administración regional.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El expediente de responsabilidad patrimonial origen del procedimiento incidental ahora consultado fue objeto del Dictamen 84/07, en el cual, sobre una propuesta de resolución desestimatoria, el Consejo Jurídico concluyó estimando que concurrían los presupuestos determinantes de la responsabilidad, si bien la cuantía de la indemnización, atendida la ausencia de la información necesaria para ello, debería ser fijada conforme a las directrices y criterios establecidos en la Consideración Quinta del precitado Dictamen.

El 20 de julio de 2007 la Consejera de Hacienda y Administración Pública dictó una resolución en la que, de acuerdo con el Dictamen del Consejo Jurídico, estimaba parcialmente la reclamación de responsabilidad, señalando en ella los periodos que debieran liquidarse a efectos de la cuantificación del resarcimiento solicitado, la cual se notificó a la interesada el 26 de septiembre de 2007.

**SEGUNDO.-** Propuesto el pago y emitidos los documentos contables, conoció el asunto el Interventor General el cual, en informe de 7 de diciembre de 2007, observó que el compromiso de gasto que supone la resolución que ponía fin al procedimiento de responsabilidad no se había fiscalizado previamente a su adopción; se indica que existe crédito presupuestario adecuado y suficiente y que no se recomienda la revisión de los actos adoptados con infracción del ordenamiento, ya que la indemnización procedente equivaldría a la cantidad cuyo pago ahora se pretende, y dado también que el único incumplimiento normativo que se aprecia es el de la omisión de fiscalización. Dicho informe surte los efectos previstos en el artículo 33 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (RCIM).

**TERCERO.-** Consta una memoria de 17 de diciembre de 2007 sobre las causas de la omisión de la preceptiva fiscalización, emitida por el Jefe de Servicio de Régimen Jurídico de la Dirección General de la Función Pública, en la que, tras exponer los antecedentes oportunos, se reconoce la competencia de tal Servicio para la instrucción del procedimiento de responsabilidad, al mismo tiempo que se declara la imposibilidad de determinar las causas por las que se omitió la preceptiva fiscalización, aunque la justifica en que la resolución no contenía cantidad líquida alguna y, en su opinión, la fase de gestión del gasto ha de ser diferenciada de la del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

**CUARTO.-** Sin fecha ni firma, consta la propuesta que se pretende elevar al Consejo de Gobierno con el fin de que autorice a reconocer la obligación pendiente, por un importe total de 6.607,79 euros.

Conformado el expediente fue remitido a este Consejo, en cuyo registro tuvo entrada el 9 de enero de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

La consulta formulada a este Consejo Jurídico lo es para que se emita el Dictamen exigido por el artículo 12.12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), esto es, el que procede sobre las propuestas que se pretende elevar al Consejo de Gobierno en relación al reconocimiento de obligaciones o gastos, fundamentadas en la omisión de la intervención previa de los mismos. Se emite, pues, con carácter preceptivo.

**SEGUNDA.-** Sobre la delimitación de las cuestiones planteadas en las actuaciones remitidas y conveniencia de reconocer la obligación de pago que se propone.



I. Tal como ha señalado en diversas ocasiones este Consejo Jurídico, el asunto sometido a Dictamen es una manifestación típica de un procedimiento de naturaleza incidental con relación al ordinario de aplicación al presupuesto de las obligaciones contraídas por la Administración regional, procedimiento incidental que se origina con la comunicación que el Interventor realiza a la autoridad que hubiera iniciado el procedimiento ordinario de que se ha observado, en este último, la omisión de un trámite preceptivo, cual es la fiscalización previa del acto de reconocimiento de la obligación. Este procedimiento incidental viene regulado en el artículo 33 RCIM, cuya lectura permite afirmar que, en lo esencial, se ha dado cumplimiento al mismo, destacando que, como informa la Intervención, el único incumplimiento normativo es que la resolución se adoptó sin fiscalización previa.

II. En cuanto al fondo del asunto, a la vista de lo actuado y de lo informado por el Interventor General, y teniendo en cuenta igualmente que se trata de un único incumplimiento normativo aislado, y que no se propugna la revisión del acto, procede elevar al Consejo de Gobierno la propuesta de acuerdo para que autorice a la Consejera a que reconozca tal obligación.

#### **TERCERA.- Consideración adicional.**

En relación a los argumentos empleados por el redactor de la Memoria del Servicio de Régimen Jurídico de fecha 17 de diciembre de 2007, debe indicarse que la fuente o título de las obligaciones de la Hacienda Pública (es decir, del gasto) no está en la legalidad financiera, que es sólo un cauce para hacerlas efectivas, sino fuera de ella, en las leyes sustantivas o en los actos o hechos que, según derecho, las generen, como se desprende del artículo 22 TRLH. Ahora bien, como ese mismo precepto establece en su apartado 2, el cumplimiento de tales obligaciones solamente podrá exigirse de la Hacienda Pública Regional cuando resulte de la ejecución de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, hecho que corresponde fiscalizar a la Intervención (art. 90) TRLH) a solicitud de los órganos gestores del gasto.

Por tanto, el criterio que en dicha Memoria se sostiene sobre la separación de los procedimientos sustantivos y de gasto debe revisarse y, desde luego, no generalizarse, so pena de subvertir plenamente la legalidad financiera instaurada en la Administración regional.

Llama la atención también a este Consejo Jurídico que la propuesta que se desea elevar al Consejo de Gobierno aparezca sin fecha y sin firma.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

#### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se informa favorablemente la propuesta de autorización para el reconocimiento de obligaciones que se pretende elevar al Consejo de Gobierno.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 11/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 28/01/08**

**Extracto de Doctrina**

*Cuando la imputación de tal responsabilidad se basa en un error de diagnóstico de los facultativos que atendieron al paciente (Dictamen del Consejo Jurídico núm. 160/2005), el criterio que ha de utilizarse para determinar la existencia o no de tal responsabilidad es, como ha quedado dicho, el de si la actuación de aquéllos se ajustó o no a la llamada *lex artis* de la profesión médica, aplicada a las circunstancias concretas del caso.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 3 de marzo de 2004, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Virgen de la Arrixaca, al que imputa las siguientes actuaciones:

En el año 1996 se le diagnosticó por el citado Servicio un nódulo en la mama derecha que, tras innumerables pruebas clínicas y tratamientos que duraron años, se le informó que era necesaria su extirpación mediante cirugía. A los seis meses de la intervención, tras realizarle varias pruebas y una mamografía, se le informó que el nódulo se había reproducido y que era necesaria una nueva intervención quirúrgica.

La reclamante indica que, al enterarse de que el nódulo se había reproducido, entró en una profunda depresión y que, tras ser derivada a la consulta del x., éste indicó que no podía tratarla y la envió de nuevo al Hospital Virgen de la Arrixaca.

La interesada acudió a la clínica privada "x.", en donde le informan que el nódulo estaba en el mismo sitio, que no era maligno y que la cicatriz que tenía no se correspondía con el lugar del que consideraba extirpado. Por ello, indica la reclamante, acude al Hospital Virgen de la Arrixaca y allí le informan verbalmente de que el nódulo no había sido extirpado.

Manifiesta que no ha recibido información acerca de lo que ocurrió para que el nódulo no pudiera ser extirpado, y que lleva años sufriendo, a consecuencia de un diagnóstico erróneo, lo que le produjo una profunda depresión que le ha llevado a distintos tratamientos en la Unidad de Salud Mental del Centro de Salud de Cieza, estando en periodo de recuperación.

Como consecuencia de los hechos relatados la interesada solicita una indemnización de 36.000 euros, según el siguiente detalle:

Días de incapacidad.....29.510 euros

Síndrome depresivo postraumático .....6.490 euros

**SEGUNDO.-** Remitida la reclamación al Hospital Virgen de la Arrixaca solicitando la historia clínica y los informes de los profesionales que atendieron a la paciente, el 20 de

julio de 2004 se recibe la documentación solicitada, entre la que se incluye el informe del Dr. x. del Servicio de Ginecología (folio 43) que señala:

*“La paciente x. fue recomendada, desde la Sección de Patología Mamaria del Servicio de Ginecología, para cirugía de nódulo mamario guiada por arpón el 8/7/99. La paciente fue intervenida por mí como cirujano principal el 23/11/99. Como consta en el historial clínico de la paciente y queda reflejado con mi propia letra manuscrita en el protocolo quirúrgico de la intervención realizada “por indicación radiológica y ante la imposibilidad de colocar arpón, se realiza extirpación/biopsia de zona de línea intercuadrántica superior de mama derecha”, extirpándose “en profundidad área nodular blanquecina de aproximadamente 2,5 cm.”.*

*El estudio anatomopatológico de la biopsia/extirpación fue de “sustrato morfológico e histológico compatible con condición fibroquística de predominio fibroso”.*

*En las revisiones posteriores de la paciente, concretamente en la realizada el 3/7/2000, se constata en el historial clínico una exploración normal y una senografía de control normal, lo que permitió deducir la curación inicial del proceso que motivó la intervención, por lo que la paciente es dada de alta.*

*La evolución posterior de la patología de la paciente y la interpretación de la misma, en la que yo no tuve ninguna intervención personal directa ni indirecta, es la que se refleja en su historia clínica.”*

**TERCERO.-** Con fecha 7 de septiembre de 2004, la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud resuelve la admisión a trámite de la reclamación patrimonial, que es notificada a la interesada. Asimismo se notificó la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros y, con posterioridad, el 5 de octubre de 2004, se solicita a la Inspección Médica informe valorativo de la reclamación.

**CUARTO.-** Consta que la interesada interpuso recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación (folio 96), a cuyo efecto solicita certificación de acto presunto el 6 de octubre de 2005 (folios 51 y 55), remitiéndose el expediente administrativo al Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 2 de Murcia el 21 de febrero de 2006 (registro de salida).

**QUINTO.-** La Inspección Médica emite informe el 10 de mayo de 2006 (folios 100 a 107), con el siguiente parecer:

*“Tenemos, por lo tanto, una paciente que se revisa inicialmente por sintomatología de mama secretante, no siendo este el lugar que corresponde para emitir juicio de si este signo es secundario al tratamiento para la depresión. En sucesivas visitas se explora y se realizan pruebas complementarias. Todas ellas, y las valoraciones realizadas, señalan patología benigna. Hasta julio de 1999 no se define, y se refleja en la historia clínica, nódulo bien definido” y se planifica exploración quirúrgica. El resultado anatomopatológico confirma de nuevo la benignidad del cuadro. Las consultas de años posteriores, que se acompañaban de pruebas complementarias, no demostraron, con los datos que poseemos, otro resultado que el ya expuesto.”*

*Por todas estas consideraciones la inspectora médica concluye proponiendo la desestimación de la reclamación patrimonial, dado que no se ha detectado falta de atención, pruebas complementarias no adecuadas, error de diagnóstico, tratamiento insuficiente o*

*cualquier otra deficiencia en los servicios sanitarios; ni causa de daño a la paciente por acción u omisión en la asistencia ofrecida en el tiempo que se ha analizado”.*

**SEXTO.-** La compañía x, aseguradora del ente público, aporta al expediente dictamen médico realizado colegiadamente por los doctores x., y., los tres primeros especialistas en cirugía general y digestivo y, el último, especialista en cirugía general y pediátrica, que finaliza con las siguientes conclusiones:

*“1. Paciente mujer de 53 años en screening de patología mamaria al menos desde los 49 años.*

*2. En las sucesivas mamografías se detecta imagen sin características malignas y sin variación, que se sigue hasta con periodicidad semestral.*

*3. Los medios empleados en el seguimiento son adecuados en tiempo y forma.*

*4. Ante la imposibilidad de descartar malignidad tras los hallazgos en 1999 se decide obtención de histología; actitud correcta.*

*5. Ante la imposibilidad de realizar mareaje con arpón se practica biopsia excisional, siendo el resultado de benignidad.*

*6. Los controles posteriores son normales.*

*7. Los hallazgos de nuevos estudios en 2001 que combinan los cambios cicatriciales posquirúrgicos con lesión nodular (cuya localización es discrepante en distintos estudios y no se ve en una de las ecografías), conducen a obtener nuevo estudio histológico.*

*8. Se realiza PAFF estéril atóxica, informada como fibroadenoma (lesión benigna).*

*9. La paciente es citada a lo largo de todo el estudio y seguimiento en consulta para informar de los resultados.*

*10. El diagnóstico de depresión es previo a la cirugía de 1999 (ya estaba en tratamiento psiquiátrico por este motivo, con mala adherencia al mismo).*

*11. Del estudio de la documentación remitida podemos concluir que todos los profesionales que intervinieron en la atención de x. en el HVA lo hicieron de acuerdo a la lex artis”.*

**SÉPTIMO.-** Otorgado trámite de audiencia a la reclamante, presenta alegaciones el 15 de noviembre de 2006, ratificándose en las consideraciones realizadas en el escrito de reclamación acerca de la actuación negligente del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Virgen de la Arrixaca, cuyas consecuencias todavía padece, según refiere.

**OCTAVO.-** La propuesta de resolución, de 14 de diciembre de 2006, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por haberse presentado fuera de plazo y no concurrir los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial.

**NOVENO.-** Con fecha 17 de enero de 2007 se recabó el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

### PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, según preceptúa el artículo 12.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

### SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación fue interpuesta por la propia paciente, es decir, por quien sufrió el daño que imputa al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, como titular actual del servicio público a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el daño alegado, tras el traspaso de funciones y servicios en materia de asistencia sanitaria de la Administración del Estado a la Administración regional, dando aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas al respecto por este Consejo en su Dictamen 65/2002.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción (un año), el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que cabe sostener fundadamente la prescripción de la acción, que se ha ejercitado el 3 de marzo de 2004 (folio 2), puesto que no existen en el expediente documentos clínicos posteriores al año 2001, al considerar la interesada como actuación negligente el tratamiento previo y la intervención realizada por el Hospital Virgen de la Arrixaca en noviembre de 1999. De otra parte, la depresión que alega como secuela, es tratada desde el 25 de septiembre de 1997, según la psicológica del Centro Municipal de Servicios Sociales (folio 88), es decir, dos años antes de la intervención citada. Además, consta la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de 18 de enero de 2001, que desestima la incapacidad permanente de la interesada por el trastorno depresivo recurrente (folio 112).

En consecuencia, de las actuaciones obrantes en el expediente se desprende la extemporaneidad en el ejercicio de la acción de reclamación, correspondiendo en todo caso a la reclamante la determinación del *dies a quo* que no ha concretado, como exige el artículo 6.1, segundo párrafo, RRP. No obstante, pese a que de apreciarse la prescripción de la acción, sería innecesario entrar a considerar las cuestiones de fondo planteadas, se estima acertado que la propuesta de resolución entre a analizar también los restantes requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.

Por último, el procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ha excedido en mucho el de seis meses fijado por el artículo 13 RRP.

De otra parte, la circunstancia de que se haya interpuesto ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta por parte de la reclamante (folio 57), no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (artículo 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues los reclamantes podría solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa. En todo caso convendría que el departamento consultante actuara coordinadamente con la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad, en su condición de centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que es parte la Administración regional (artículo 4.2 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), como también sugerimos en nuestro Dictamen núm. 72/06.

**TERCERA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria.**

De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que, para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, es necesario acreditar daños que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos, el particular no tenga el deber jurídico de soportar, habiendo precisado la jurisprudencia que, en materia sanitaria, la indicada relación de causalidad y antijuridicidad del daño se producen cuando se acredita que la actuación médica pública infringió la “*lex artis ad hoc*”, pues lo contrario supondría convertir a la Administración en una aseguradora universal de los riesgos y daños que puedan acontecer, señaladamente los inevitables para la salud, bien por naturaleza, bien por no poder ser remediados en el estado actual de la ciencia y la técnica sanitarias; finalidad ésta de aseguramiento a todo riesgo que no contempla la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa, tal y como viene configurada por el artículo 106.2 de la Constitución, la LPAC y el resto del ordenamiento jurídico. Y es que, como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados (por todos, nuestro Dictamen núm. 56/2005).

Por ello, cuando la imputación de tal responsabilidad se basa en un error de diagnóstico de los facultativos que atendieron al paciente (Dictamen del Consejo Jurídico núm. 160/2005), el criterio que ha de utilizarse para determinar la existencia o no de tal responsabilidad es, como ha quedado dicho, el de si la actuación de aquéllos se ajustó o no a la llamada *lex artis* de la profesión médica, aplicada a las circunstancias concretas del caso. Como puede advertirse, los criterios bajo los que debe ser enjuiciada la actuación médica son de índole estrictamente técnica. Ello supone que las consideraciones que puede realizar este Consejo Jurídico en casos como el presente han de limitarse al enjuiciamiento de los presupuestos y requisitos, de índole estrictamente jurídica, que deben concurrir en la actividad probatoria para que pueda concluirse la acreditación de la infracción de la referida *lex artis* o, lo que es lo mismo, en la existencia de una mala *praxis* médica (Dictamen 3/2004).

Veamos los principios expuestos aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

La reclamante achaca a la Administración regional que durante años estuvo sometida a un largo e interminable tratamiento, con pruebas clínicas e incluso una intervención

quirúrgica, que no extirpó el nódulo del que había sido diagnosticada, lo que le provocó una profunda depresión, atribuyendo todo ello a una actuación negligente del Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Virgen de la Arrixaca.

Sin embargo, pese a sus manifestaciones, la reclamante no logra probar que el daño alegado esté motivado por el funcionamiento del servicio público sanitario, pues precisamente el hecho de que se le sometiera a tantos controles y pruebas como refiere, tiene su fundamento en el ejercicio de la medicina preventiva en relación con la paciente, con independencia de que éstas, que no ha acreditado que fueran innecesarias, ocasionaran preocupación y temor a la reclamante. En tal sentido el informe (folio 89) de la psicóloga del Centro Municipal de Servicios Sociales (Centro al que acude, desde el 25 de septiembre de 1997, derivada de la Unidad de Salud Mental del Centro de Salud de Cieza), señala:

*“Su demanda de tratamiento tiene como origen la depresión y la alteración psíquica que manifiesta a partir de las exploraciones médicas a las que tiene que someterse de forma periódica, y que le van generando toda una producción imaginaria de peligro inminente sin corresponderse con ninguna causa orgánica que la justifique.”*

De este informe se desprende que la reclamante estaba sometida a tratamiento psicológico desde antes de la intervención en 1999 y que, aunque tenía constancia de la benignidad del proceso que padecía, las constantes pruebas (necesarias para revisar su evolución) le producían gran preocupación.

Los pareceres médicos evacuados en el expediente, que no han sido cuestionados por la reclamante, consideran que el tratamiento a la paciente ha sido acorde con la *lex artis*, sin que éstos hayan sido específicamente cuestionados por la interesada en el trámite de audiencia otorgado.

La Inspección Médica (folios 100-107), tras relatar las pruebas a las que se fue sometiendo a la paciente para su control a lo largo de dicho periodo, concluye que *“no se ha detectado falta de atención, pruebas complementarias, tratamiento insuficiente o cualquier otra deficiencia en los servicios sanitarios; ni causa de daño a la paciente por acción u omisión en la asistencia ofrecida en el tiempo que se ha analizado”*.

También conviene aclarar, puesto que la reclamante pone en duda que en la intervención del año 1999 se le extirpara el nódulo, que se le practicó extirpación/biopsia de zona de línea intecadrántica superior de mama derecha, extirpándose en profundidad área nodular blanquecina de aproximadamente 2,5 cms., como acredita el estudio anatomopatológico (folios 31) y el informe del cirujano (folio 43).

Del mismo modo, la adecuación a la *lex artis* ha sido puesta de manifiesto en el informe pericial de la aseguradora, como relata la propuesta de resolución: *“el informe médico colegiado aportado por la aseguradora del ente público (folios 115 y ss.) que manifiesta que la paciente ha seguido controles periódicos al menos desde 1995 y los hallazgos han sido siempre de benignidad, pero ante la presencia de una lesión nodular y ante la imposibilidad de descartar plenamente malignidad se decide progresar en el estudio mediante biopsia/extirpación guiada con arpón, que al no poderse colocar aconsejan la biopsia del cuadrante sospechoso incluyendo la zona nodular.*

*El informe indica que los medios empleados en el seguimiento son adecuados en tiempo y forma y que los controles posteriores a la intervención son normales.*

*Con posterioridad, en 2001 tras otros estudios se producen nuevos hallazgos aconsejan obtener un nuevo estudio histológico: “Los hallazgos de nuevos estudios en 2001 que combinan los cambios cicatriciales posquirúrgicos con lesión nodular (cuya localización es discrepante en distintos estudios y no se ve en una de las ecografías), conducen a obtener nuevo estudio histológico” realizándose PAFF estérreo atáxica, que es informada como fibroadenoma (lesión benigna).*

*Refiere asimismo este informe que la paciente es citada a lo largo de todo el estudio y seguimiento en consulta para informar de los resultados, concluyendo finalmente que, del estudio del expediente se desprende, que todos los profesionales que intervinieron en la atención de x. en el HVA lo hicieron de acuerdo a la lex artis”.*

En consecuencia, frente al juicio técnico contenido en el informe de la Inspección Médica, las manifestaciones vertidas por la reclamante sobre la relación de causalidad entre la actuación sanitaria y el daño alegado no están justificadas, correspondiéndole la carga de la prueba, según la distribución que de ella hace la LEC (artículo 217), sin que quepa, por tanto, entender acreditados ni la existencia de nexos causales entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio sanitario público, ni la antijuridicidad del daño.

Por último, en cuanto a la cuantía indemnizatoria, la interesada no documenta los días de incapacidad que reclama y, respecto al síndrome depresivo recurrente que alega la paciente, ésta se encontraba en tratamiento con anterioridad a la intervención quirúrgica practicada (folio 88).

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por ser extemporánea la acción de reclamación y no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 12/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 28/01/08**

### **Extracto de Doctrina**

*El daño, en el supuesto planteado reviste características singulares en lo referente a la ineficacia de la intervención. Nos encontramos ante una acción de las denominadas en la terminología anglosajona como “wrongful conception” o de anticoncepción fallida. Se trata, por tanto, de supuestos en los que fracasa la atención sanitaria dirigida a evitar la*



*concepción y consiguiente nacimiento de hijos. Sólo desde esta perspectiva cabe calificar el alumbramiento de aquéllos como un daño, que debe ser adecuadamente entendido como la frustración de una expectativa del resultado esperado de la intervención quirúrgica a que se somete el interesado. Desde luego, la reclamación no resulta esclarecedora acerca de la calificación que el interesado efectúa de la naturaleza del perjuicio que dice haber sufrido, más allá de su calificación como grave. En cualquier caso, el Tribunal Supremo, Sala 3ª, en sentencia de 3 de octubre de 2000, efectúa un completo análisis de los perjuicios que pueden derivarse de una vasectomía ineficaz, indicando que:*

*a) No puede entenderse como daño moral una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando ha tenido una repercusión psicofísica grave.*

*b) Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad.*

*c) Sí puede existir daño moral si, concurriendo los elementos necesarios, se hubiese lesionado el poder de autodeterminación de la persona, lo que a su vez podría constituir una lesión de su dignidad, entendida ésta como “valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida” (Tribunal Constitucional, sentencia 53/1985). En este sentido, el embarazo de la esposa supone haberse sometido a una delicada intervención que se ha demostrado inútil, al tiempo que frustra la decisión sobre la propia paternidad y, con ello, restringe la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1, Constitución Española).*

*d) Como daño emergente pueden calificarse los gastos derivados de la comprobación de la paternidad, que la propia vasectomía convierte en incierta.*

*e) Como lucro cesante cabe admitir los perjuicios derivados de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación de recursos para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo, en tanto no sea previsible una reacomodación de la situación económica y familiar de los padres. No obstante, la apreciación de este daño exige una prueba de las referidas circunstancias económicas y sociales que acredite su carácter precario.*

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Cabe dar por reproducidos los antecedentes de hecho de nuestro Dictamen 111/2006, incorporado al expediente administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada el 19 de febrero de 2004 por x., cuya propuesta de resolución es nuevamente sometida a consulta.

No obstante, se estima conveniente efectuar una síntesis tanto de la reclamación como de los hechos y documentos más relevantes que constan en el expediente. Son los siguientes:

— El 19 de febrero de 2003 el reclamante es intervenido de vasectomía en el Hospital “Morales Meseguer” de Murcia. A la fecha de la reclamación (un año después) manifiesta seguir sintiendo dolor testicular, refractario al tratamiento, y que su esposa está embarazada de 30 semanas. Según refiere, está a la espera de recibir “*copia del historial médico con*

*especial relevancia a la copia del consentimiento informado*". Solicita una indemnización de 50.000 euros.

De los documentos obrantes en el expediente destacan los siguientes:

a) Informe de quirófano, que consigna en el apartado "tratamiento y duración", entre otras indicaciones, la de "*control analítico de fertilidad dentro de dos meses*".

b) Informe de ecografía, de fecha 27 de enero de 2004, cuyo único hallazgo significativo es "*punta hernia inguinal izquierda. Pequeñas adenopatías en cadena inguinal derecha*".

c) Ecografía de escroto, realizada el 19 de diciembre de 2003, sin hallazgos clínicos.

d) Historia clínica urológica inicial que, a 19 de noviembre de 2003 hace constar:

— Embarazo de 18 semanas.

— Espermograma realizado el 10 de octubre de 2003, con resultado de azoospermia.

— A 20 de diciembre del mismo año, se anota un nuevo espermograma con idéntico resultado de azoospermia.

e) Informe del Jefe de Sección de Urología del Hospital, del siguiente tenor literal:

*"1. En el Servicio de Urología del Hospital Morales Meseguer, con respecto a la vasectomía, se informa sistemáticamente de las ventajas, inconvenientes, riesgos, necesidad de controles con azoospermia y posibilidad de recanalización futura.*

*2. Los dolores postoperatorios tras la vasectomía son posibles y con frecuencia autolimitados en el tiempo aunque a veces pueden persistir durante largos periodos. No obstante, el hecho de que en la ecografía no se aprecie ningún granuloma y que se detecte una pequeña punta hemiaria obliga a considerar, además, otras posibilidades.*

*3. Por último, el paciente claramente está informado de que debe hacerse un control a los dos meses de la intervención (véase Informe de la Cirugía) para comprobar la azoospermia y el éxito de la intervención. Lógicamente, mientras tanto, deben emplear los métodos anticonceptivos pertinentes. El hecho de que los dos seminogramas que se hacen constar en la Historia Clínica (10-10-2003 y diciembre 2003) hablan de azoospermia, confirman el éxito de la intervención y hacen imposible la fecundación con semen suyo desde la primera fecha disponible (10-10-2003). Por tanto, en caso de que la fecundación se haya producido antes de comprobarlo implica una falta de cumplimiento de las mínimas normas de prudencia ya que aun en el supuesto de que se le hubiese programado una cita con demora para la realización del seminograma de control, esto no exime de la necesidad de mantener las precauciones anticonceptivas hasta la constatación de la azoospermia".*

f) Informe al Director Gerente del Hospital Morales Meseguer, a instancias de la instrucción, acerca de la información facilitada al paciente, según el cual:

*"1. Las reclamaciones presentadas por Responsabilidad Patrimonial con motivo de la asistencia prestada en el Servicio de Urología de este Centro, (concretamente realización de Vasectomías), Expedientes 464/02, 124/04 y 312/04, se han incoado por supuesto funcionamiento anormal de la Administración Sanitaria.*

*2. La recanalización espontánea en la intervención de vasectomías es un riesgo posible de la propia cirugía, sin relación necesaria causa-efecto con la concurrencia de una*

*supuesta mala praxis en la realización de la misma (que no se imputa en ninguna de las 3 reclamaciones).*

*3. Sin perjuicio de lo anterior, se hace constar que, tras requerir la información oportuna al Servicio de Urología de este Centro, se ha reconocido que el período en el que se realizaron las vasectomías con presunta recanalización y que han motivado las reclamaciones referidas anteriormente, coinciden en el tiempo con la elaboración de nuevos modelos de consentimiento informado para dicha intervención quirúrgica, su aprobación por la Comisión de Historias Clínicas de este Centro y su posterior remisión al Servicio de Reprografía del Hospital para su utilización por el Servicio.*

*4. No obstante lo referido en el punto anterior, se tiene constancia de que es una práctica habitual en el Servicio de Urología y por todos los Facultativos que están adscritos al mismo Informar en la 1ª Consulta donde se elabora la Propuesta de Intervención para Vasectomía, de las ventajas, inconvenientes, riesgos, necesidad de control de azoospermia (hecho que se indica en todos los Informes de Alta tras la intervención quirúrgica) y posibilidad de recanalización futura. Esta información se recuerda también en la 2ª Consulta realizada a los 3 meses de la intervención una vez se ha constatado la azoospermia en el seminograma de control. En este último caso, que es el habitual, se confirma el éxito de la intervención pero también, y concretamente, la posibilidad de recanalización tardía, y dado que es un riesgo muy bajo (< 1/1000), no se recomiendan controles periódicos posteriores por parte del Sistema Nacional de Salud”.*

g) Informe de la Inspección Médica, que concluye:

*“2. El dolor referido, por las pruebas realizadas puede tener un origen distinto a la propia intervención.*

*3. Según estudios realizados el 10 % de los pacientes vasectomizados tardaran más de 5 meses en lograr la azoospermia.*

*4. La actuación médica fue correcta, se le solicitó control de seminograma para controlar la efectividad de la intervención quirúrgica, es obligado prolongar la utilización del método contraceptivo habitual hasta confirmar la esterilidad.*

*5. Atendiendo a la fecha de gestación, la fecundación se produjo en el mes de julio, a los cinco meses de la vasectomía, antes de comprobar la ausencia de espermatozoides en el seminograma.*

*6. La intervención quirúrgica fue correcta y la esterilidad se confirma en los controles realizados el 10/10/03 y en diciembre del 2003 con el resultado de azoospermia.*

*7. El reclamante no atendió a las recomendaciones de control analítico de fertilidad postvasectomía a los dos meses de la intervención”.*

La Inspección Médica termina su informe formulando propuesta desestimatoria de la reclamación.

h) Conferido trámite de audiencia a las partes, sólo la Aseguradora del SMS presenta informe médico que concluye:

*“1. Al paciente se le realizó una vasectomía bilateral el 19-2-03 para planificación familiar.*

2. Acudió a la consulta externa de Urología el 1-11-03 alegando dolor testicular y embarazo de su mujer de 18 semanas.

3. En el espermiograma del 10-10-03 no existían espermatozoides (azoospermia), resultado que se comprobó con un nuevo espermiograma en diciembre del mismo año.

4. El dolor testicular crónico es una complicación infrecuente de la vasectomía que se produce en el 0,05-3% de los casos. Antes de hacer este diagnóstico es necesario descartar otras patologías, sobre todo la hernia inguinal. En una ecografía realizada el 27-1-04 se diagnosticó de punta de hernia inguinal izquierda.

5. Si el paciente no se hubiera realizado un espermiograma antes del mes de Julio del 2003 o el resultado de éste no hubiera sido la azoospermia, el embarazo sería debido a incumplimiento por parte del paciente de las recomendaciones médicas habituales en estos casos.

6. La actuación de todos los profesionales implicados en este caso fue totalmente correcta, ajustándose al “estado del arte” de la medicina y cumpliendo en todo momento con la “Lex Artis ad hoc”.

Remitido este informe al reclamante para permitirle formular alegaciones, no hizo uso del trámite.

**SEGUNDO.-** Con fecha 19 de mayo de 2006, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que el reclamante no ha acreditado ser padre del hijo concebido por su esposa tras la realización de la vasectomía, y ello a pesar de estimar no probado que la Administración sanitaria cumpliera con su deber de informar al paciente acerca de los cuidados y precauciones postoperatorias.

El expediente fue remitido en solicitud de consulta al Consejo Jurídico el 24 de mayo de 2006.

**TERCERO.-** Con fecha 8 de junio siguiente, la Consejería consultante remite al Consejo Jurídico informe pericial aportado por el reclamante, que acredita su paternidad sobre el hijo concebido por su esposa meses después de serle practicada la vasectomía de la que deriva la reclamación.

**CUARTO.-** El Dictamen 111/06 informa desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, al considerar procedente el Consejo Jurídico que, por la instrucción, se formule nueva propuesta de resolución, en la que, teniendo por probada la paternidad del reclamante, examine la concurrencia o no de los requisitos a los que el ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Asimismo, debería pronunciarse acerca de dos cuestiones que surgen del expediente y que no son objeto de análisis en la inicial propuesta de resolución, a saber: a) si se vulneró el derecho a la información del paciente; y b) el dolor testicular secundario a dicha intervención.

El Dictamen sugería, además, completar la instrucción mediante la aportación al procedimiento de los documentos que, obrando en la historia clínica, vengan referidos a las consultas preparatorias de la intervención.

**QUINTO.-** Solicitada por la instructora la documentación de la historia clínica previa a la realización de la vasectomía, contesta el Hospital que:

*“la totalidad de la historia clínica obrante en este Centro y relativa a x. es la aportada por este Hospital mediante escrito de fecha 19 de Mayo de 2004 y que consta en el expediente administrativo.*

*No obstante y sin perjuicio de lo anterior, se informa que como norma habitual, los informes y pruebas complementarias que se emiten y realizan en el Centro de Especialidades de “El Carmen” (adscrito a este Hospital) se entregan a los pacientes que son valorados en las Consultas de dicho Centro; así mismo, se expone que en los archivos obrantes en este Centro constan 2 asistencias prestadas a x. en la Consulta de Urología con anterioridad a la intervención de fecha 19 de febrero de 2003, el día 24 de enero de 2003 y el día 6 de febrero de 2003”.*

Solicitada la documentación al Centro de Especialidades de El Carmen y al Hospital Morales Meseguer, vuelve a contestar:

*“En relación con su escrito de fecha 16-10-06, se informa que según los archivos obrantes en este Centro x. fue asistido en el Centro de Especialidades de el Carmen, Consulta de Urología, los días 24 de enero de 2003 y 6 de febrero de 2003.*

*Así mismo, se informa que la Historia Clínica correspondiente al paciente ha sido remitida por este Centro con motivo de la reclamación que ha motivado la incoación del presente expediente, haciendo constar que los informes y pruebas complementarias que se emiten y realizan en el Centro de Especialidades de El Carmen se entregan a los propios pacientes que son valorados en las Consultas del referido Centro”.*

Igualmente, se solicitó dicha documentación al reclamante, solicitud que fue notificada el 26 de octubre de 2006, sin que haya sido aportada al expediente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen, plazo para reclamar, legitimación y procedimiento.

Han de darse por reproducidas las consideraciones que, relativas a tales extremos se hicieron en nuestro Dictamen 111/2006.

La instrucción se ha completado en los términos indicados, al solicitar la aportación al procedimiento de los documentos obrantes en la historia clínica que ilustran acerca del proceso asistencial anterior a la intervención quirúrgica a la que el interesado imputa el daño padecido.

Del mismo modo, la nueva propuesta de resolución contempla los aspectos omitidos en la originariamente formulada por la instructora, a saber, el dolor testicular y la cuestión relativa al derecho de información del paciente.

Ello no obstante, sí procede efectuar una observación acerca del procedimiento seguido tras la emisión de nuestro anterior Dictamen.

a) En primer lugar, la omisión de un trámite de audiencia a los interesados para darles traslado de la nueva documentación incorporada al expediente con posterioridad a la original propuesta de resolución, y ello a pesar de la solicitud expresa efectuada por el represen-

tante del paciente, de obtener una nueva audiencia. El artículo 84.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), así lo prescribe, en la medida en que se trataba de nuevos actos de instrucción que debían ser puestos en conocimiento de los interesados. Ahora bien, lo cierto es que al reclamante sí se le comunicó la existencia de los nuevos trámites realizados y su contenido material, si bien de forma indirecta, al requerirle la aportación de la documentación entregada por el Centro de Salud en las consultas preparatorias de la intervención.

En consecuencia, no puede considerarse que la omisión del nuevo trámite de audiencia generara indefensión en el reclamante, toda vez que conoció la realización de nuevos trámites y el contenido material de éstos. Por ello, y atendido el extraordinario exceso en el plazo de tramitación de la reclamación, estima el Consejo Jurídico que cabe entrar en el fondo del asunto sin más dilación y sin instar la previa sustanciación formal del trámite.

b) El 21 de julio de 2006, el reclamante solicita que se aporte al procedimiento una certificación acreditativa de si se ha incoado o no expediente sancionador a los facultativos del Hospital Morales Meseguer al amparo de la Disposición Adicional sexta de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica (en adelante, Ley 41/2002).

La calificación por el reclamante de dicha certificación como prueba documental obliga a la instrucción a pronunciarse acerca de la misma, para aceptarla y disponer lo necesario en orden a su práctica, o bien rechazarla, en cuyo caso deberá justificar su improcedencia o ausencia de necesidad (art. 80.3 LPAC). Ninguna actuación al respecto consta en el expediente, aun cuando la prueba propuesta está relacionada con una de las cuestiones litigiosas, como es el adecuado cumplimiento por la Administración de su obligación de informar al paciente.

**SEGUNDA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial. El daño.**

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Esta regulación constitucional resulta completada por los artículos 139.2 y 141 LPAC, para configurar así un régimen objetivo de responsabilidad patrimonial, de modo que cualquier consecuencia dañosa en los bienes y derechos de los particulares derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos debe ser indemnizada, siempre y cuando se den los siguientes requisitos:

- a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.
- c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La determinación del primero de estos elementos, el daño, en el supuesto planteado reviste características singulares en lo referente a la ineficacia de la intervención. Nos encontramos ante una acción de las denominadas en la terminología anglosajona como “*wrongful conception*” o de anticoncepción fallida. Se trata, por tanto, de supuestos en los que fracasa la atención sanitaria dirigida a evitar la concepción y consiguiente nacimiento de hijos. Sólo desde esta perspectiva cabe calificar el alumbramiento de aquéllos como un daño, que debe ser adecuadamente entendido como la frustración de una expectativa del resultado esperado

de la intervención quirúrgica a que se somete el interesado. Desde luego, la reclamación no resulta esclarecedora acerca de la calificación que el interesado efectúa de la naturaleza del perjuicio que dice haber sufrido, más allá de su calificación como grave. En cualquier caso, el Tribunal Supremo, Sala 3ª, en sentencia de 3 de octubre de 2000, efectúa un completo análisis de los perjuicios que pueden derivarse de una vasectomía ineficaz, indicando que:

a) No puede entenderse como daño moral una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando ha tenido una repercusión psicofísica grave.

b) Tampoco puede considerarse como daño moral el derivado del nacimiento inesperado de un hijo, pues nada más lejos del daño moral que las consecuencias derivadas de la paternidad o maternidad.

c) Sí puede existir daño moral si, concurriendo los elementos necesarios, se hubiese lesionado el poder de autodeterminación de la persona, lo que a su vez podría constituir una lesión de su dignidad, entendida ésta como “*valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida*” (Tribunal Constitucional, sentencia 53/1985). En este sentido, el embarazo de la esposa supone haberse sometido a una delicada intervención que se ha demostrado inútil, al tiempo que frustra la decisión sobre la propia paternidad y, con ello, restringe la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1, Constitución Española).

d) Como daño emergente pueden calificarse los gastos derivados de la comprobación de la paternidad, que la propia vasectomía convierte en incierta.

e) Como lucro cesante cabe admitir los perjuicios derivados de la necesidad de desatender ciertos fines ineludibles o muy relevantes mediante la desviación de recursos para la atención al embarazo y al parto y a la manutención del hijo, en tanto no sea previsible una reacomodación de la situación económica y familiar de los padres. No obstante, la apreciación de este daño exige una prueba de las referidas circunstancias económicas y sociales que acredite su carácter precario.

Desde esta perspectiva y aplicados los criterios expuestos al supuesto planteado, cabría reducir sensiblemente la valoración del daño efectuada por el reclamante, pues nada prueba acerca de los perjuicios indicados con las letras d) y e). Así pues, únicamente cabría considerar que el reclamante ha sufrido un daño moral, aunque limitado al que deriva de la privación de la capacidad de decidir acerca de la propia paternidad, así como de haberse sometido a una intervención quirúrgica ineficaz, en los términos expresados.

**TERCERA.- El nexo causal y la antijuridicidad del daño.**

La reclamación no es expresiva del título de imputación de los daños que se dicen sufridos por la actuación administrativa, toda vez que se limita a señalar el daño y a relacionarlo con la intervención quirúrgica padecida.

A) Dados los términos de la reclamación, resulta evidente que la causa inmediata del daño es la fecundación de la esposa, posible únicamente por la ineficaz operación de vasectomía practicada al reclamante. En definitiva, el embarazo y posterior nacimiento sólo pueden explicarse por el fracaso de la intervención quirúrgica. Ahora bien, la determinación de si dicho fracaso es imputable a la Administración o no, permitirá afirmar o negar su carácter antijurídico, en tanto que determinante, a su vez, de la existencia o no de una obligación del paciente vasectomizado de soportar dicho fracaso y el daño a él vinculado.

Para la Inspección de Servicios Sanitarios, la intervención fue técnicamente correcta y se consiguió el fin perseguido con ella: la esterilidad. No obstante, ésta no se obtiene de modo inmediato, debiendo realizarse controles de fertilidad entre los 2-4 meses de la intervención o tras 10 ó 20 eyaculaciones, para conseguir eliminar los espermatozoides que puedan quedar en el extremo distal de los conductos deferentes. Y es que, después de la operación, siempre hay algunos espermatozoides que se mantienen activos durante meses, tardando un 10% de los pacientes más de 5 meses en conseguir la azoospermia.

En cuanto al dolor testicular, la Inspección ofrece datos que permiten calificar esta consecuencia de la intervención como típica, toda vez que el porcentaje de pacientes vasectomizados que presentan dolor testicular oscila entre un 10% y un tercio. En cualquier caso, consta en el expediente que el dolor que sufre el interesado puede tener su foco en otra causa, revelada por la ecografía efectuada el 24 de enero de 2004, que descubre una “punta hernia inguinal izquierda”, lo que lleva a la Inspección a afirmar que el dolor puede tener un origen distinto a la intervención.

El informe aportado por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud coincide sustancialmente con las consideraciones de la Inspección.

Si a lo anterior se une que el interesado, a quien corresponde la carga de probar los hechos en que base su pretensión (art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no ha aportado al procedimiento prueba alguna que acredite una defectuosa operación o quiebra de la *lex artis ad hoc* durante su desarrollo, es necesario concluir con la propuesta de resolución, que la intervención se ajustó a normopraxis, al menos en lo referente al aspecto estrictamente técnico-quirúrgico, alcanzándose el resultado perseguido y sin que conste acreditada la relación causal entre la intervención y el dolor testicular.

B) Descartada como causa de la concepción del hijo del reclamante una operación defectuosa o ineficaz, obligado es considerar la intervención del interesado en orden a determinar si con sus propios actos u omisiones determinó la producción del daño.

A ello apunta el expediente, pues el primer seminograma de control se realiza el 10 de octubre de 2003, ocho meses después de la vasectomía y cuando su esposa ya había quedado embarazada, toda vez que, según el documento obrante al folio 9 del expediente, a fecha 19 de noviembre de 2003, el paciente refiere que la concepción se había producido 18 semanas antes, es decir, a mediados de julio.

Cabe concluir, por tanto, que el embarazo se produce en el período comprendido entre la intervención de febrero de 2003 y el momento en que se comprueba la azoospermia, en los meses de octubre y diciembre de ese mismo año, es decir, antes de someterse el paciente al control de fertilidad pautado tras la operación, indicación ésta que consta en la hoja de quirófano obrante al folio 5 del expediente, aportada junto a su reclamación por el interesado.

Ahora bien, para que dicha circunstancia pueda romper el nexo causal entre la asistencia prestada y el daño, y que el paciente no venga obligado a soportarlo, habrá de determinarse previamente si se le trasladó la información acerca del carácter diferido del efecto de la intervención y las medidas de precaución que debía observar en el postoperatorio para evitar un embarazo no deseado.

La reclamación no contiene alegación alguna en el sentido de que se omitiera dar al interesado tal información, pues se limita a señalar que se está a la espera de recibir la copia del historial médico “*con especial relevancia a la copia del consentimiento informado*”.



El Servicio de Urología del Hospital Morales Meseguer, por su parte, afirma rotundamente que *“el paciente claramente está informado de que debe hacerse un control a los dos meses de la intervención (véase Informe de la Cirugía) para comprobar la azoospermia y el éxito de la intervención. Lógicamente, mientras tanto, debe emplear los métodos anticonceptivos pertinentes. El hecho de que los dos seminogramas que se hacen constar en la Historia Clínica (10-10-2003 y diciembre 2003) hablan de azoospermia, confirman el éxito de la intervención y hacen imposible la fecundación con semen suyo desde la primera fecha disponible (10-10-2003). Por tanto, en caso de que la fecundación se haya producido antes de comprobarlo implica una falta de cumplimiento de las mínimas normas de prudencia ya que aun en el supuesto de que se le hubiese programado una cita con demora para la realización del seminograma de control, esto no exime de la necesidad de mantener las precauciones anticonceptivas hasta la constatación de la azoospermia”*.

En el trámite de audiencia, el reclamante toma vista de este informe, así como de los emitidos por la Inspección Médica y la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud, en los que se afirma que la causa del embarazo no deseado es la no utilización de métodos anticonceptivos antes de efectuar el control analítico de fertilidad. Incluso, tiene acceso el interesado a la primera propuesta de resolución, en la que se le llega a imputar *“dejadez y negligencia del reclamante en la actuación postquirúrgica que debería haber seguido en cuanto a adopción de medidas de control hasta que el recuento de espermatozoides llegara a cero”*.

Pues bien, a pesar de ello, el reclamante sigue sin efectuar alegación alguna acerca de una defectuosa información sobre las precauciones inherentes a su potencial capacidad reproductora en los meses siguientes a la intervención, limitándose a proponer la aportación al procedimiento de una certificación relativa a la incoación o no de expediente sancionador a los facultativos intervinientes al amparo de la Disposición Adicional sexta de la Ley 41/2002, en cuya virtud, las infracciones de lo dispuesto en dicha Ley quedan sometidas al régimen sancionador previsto en la Ley 14/1986, General de Sanidad, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal y de la responsabilidad profesional o estatutaria procedentes en derecho.

En consecuencia, con base en el informe del Servicio de Urología del Hospital Morales Meseguer y la ausencia de negación por parte del interesado, cabe inferir que se le dio información acerca de las medidas precautorias a seguir hasta que el control de fertilidad revelara la ausencia de espermatozoides activos.

Siendo ello así, y dado que el interesado no siguió las recomendaciones médicas en el postoperatorio, las consecuencias derivadas de su actuación no pueden conectarse causalmente con la actuación sanitaria, pues el nexo queda interrumpido por la propia actuación del reclamante, la cual resulta determinante en orden a la producción del daño. Éste, a su vez, no puede considerarse antijurídico, en la medida en que al derivar de la propia actuación del reclamante, viene obligado a soportarlo y a asumir sus consecuencias.

#### **CUARTA.- Sobre la indemnización.**

Si bien la conclusión alcanzada en la Consideración precedente haría innecesario el análisis de la cuantía indemnizatoria, estima el Consejo Jurídico conveniente indicar lo desmesurado de la pretensión económica (50.000 euros) y la ausencia de criterio alguno de valoración económica en el escrito de reclamación, datos que necesariamente habrían de ser aportados por el reclamante (art. 217 LEC).

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no apreciar la concurrencia de los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 13/08.- Reconocimiento de obligaciones o gastos fundamentadas en la omisión de intervención previa de los mismos respecto al expediente relativo a la “Autovía de conexión de la A-7 en Alhama con el Campo de Cartagena”.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 28/01/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Teniendo en cuenta que sobre el expediente pesaba un reparo suspensivo, cuya eficacia sólo podía cesar tras la resolución de la discrepancia por el Consejo de Gobierno, lo procedente hubiera sido actuar conforme con lo previsto en la Cláusula 62, penúltimo párrafo, del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado (PCAG) aprobado por Decreto nº 3854/70, de 31 de diciembre (aplicable al caso, dada la evidente similitud del supuesto que contempla), es decir, “ordenar la realización de aquellas unidades de obra que sean imprescindibles o indispensables para garantizar o salvaguardar la permanencia de las partes de obra ya ejecutadas anteriormente, o para evitar daños inmediatos a terceros”, pero no la prosecución de las referidas obras hasta su completa terminación.*

*Por tal motivo, la Orden de 1 de octubre de 2007, al ordenar la terminación de las obras, con referencia expresa en sus antecedentes al proyecto de modificación técnicamente aprobado, vino a aprobar, siquiera “de facto” o implícitamente, la modificación contractual de referencia, constituyendo tal proceder una indebida elusión del efecto suspensivo del informe de fiscalización desfavorable del órgano interventor. Ello justifica, como señala el informe de la Intervención de 21 de diciembre de 2007, que se inicien actuaciones tendentes a depurar las responsabilidades a que ha lugar, a la vista de las irregularidades advertidas.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 10 de junio de 2005, el Consejo de Gobierno, a propuesta de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, autorizó el gasto y la celebración

del contrato de ejecución de las obras de construcción de la “Autovía de conexión de la A-7 en Alhama con el Campo de Cartagena”, con un presupuesto de ejecución por contrata de 122.885.365’51 euros.

Realizada la correspondiente licitación, por Orden de 5 de octubre de 2005 de la citada Consejería, las obras fueron adjudicadas a la Unión Temporal de Empresas (UTE), integrada por --, S.A., --, S.A., y x., en la cantidad de 95.666.527’05 euros.

**SEGUNDO.-** El 7 de octubre de 2005 se formalizó el contrato entre la Administración regional y la UTE adjudicataria, procediéndose con fecha 7 de noviembre de 2005 a levantar la preceptiva acta de comprobación del replanteo, en la que se dejó constancia de que se estaban estudiando diversas propuestas del Ayuntamiento de Alhama en relación con las tipologías de los enlaces, así como el tratamiento definitivo de protecciones y afecciones al trazado del oleoducto Cartagena-Puertollano, planteado por Repsol. No obstante lo anterior, se deduce la viabilidad técnica del proyecto, por lo que se autorizó el inicio de las obras, cuyo plazo de ejecución es de 14 meses.

**TERCERO.-** Con fecha 30 de mayo de 2006, el Director de las obras formuló una solicitud de autorización para la redacción de una modificación del proyecto adjudicado, por lo que la Dirección General de Carreteras elevó propuesta para su autorización con fecha 5 de junio de 2006. La citada propuesta fue informada desfavorablemente por el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería, al considerar que buena parte de las modificaciones que se proponían no constituían necesidades nuevas o causas imprevistas, que justifican legalmente la modificación del contrato.

**CUARTO.-** El 14 de julio de 2006, el citado Director de las obras realizó un informe para defender la consideración de necesidades nuevas de las modificaciones contempladas en el proyecto en cuestión, por lo que, en virtud de Orden de 19 de julio de 2006, de esa misma Consejería, se autorizó la redacción del proyecto modificado nº 1 de las citadas obras.

**QUINTO.-** En el mes de septiembre de 2006 se redactó el “*Modificado del Proyecto de construcción de la autovía de conexión de la A-7 en Alhama con el Campo de Cartagena*”; proyecto que, tras ser informado de conformidad por la Oficina Supervisora, fue aprobado técnicamente por Orden de 27 de noviembre de 2006. Previamente, mediante Orden de 20 de noviembre de ese año, la Consejería había acordado la suspensión temporal parcial de las obras (no consta en el expediente dicha Orden, que es citada por la de 1 de octubre de 2007, de posterior referencia), cuya ejecución fue reanudada, en fecha indeterminada, por orden de la superioridad.

**SEXTO.-** El citado proyecto modificado, que implicaba un gasto adicional de 12.697.691’38 euros, fue remitido a la Intervención General para la fiscalización de la subsiguiente modificación del contrato, informándose desfavorablemente con fecha 20 de marzo de 2007, formulando con ello dicha Intervención un reparo de carácter suspensivo de la tramitación del expediente de modificación contractual.

**SÉPTIMO.-** A la vista del citado informe, se solicitaron sendos informes a la Dirección de los Servicios Jurídicos y al Consejo Jurídico de la Región de Murcia. Ambos órganos emitieron Dictámenes de fecha 24 de abril y 23 de mayo de 2007 (nº 70), respectivamente, en los que se concluía que no existían razones jurídicas para levantar los reparos formulados por la Intervención General respecto de una parte (sustancial) de las modificaciones contempladas en el mencionado proyecto, aunque sí respecto de otras. Por tal motivo, la

Consejería no continuó la tramitación del expediente para la aprobación de la modificación del contrato en cuestión.

**OCTAVO.-** Con fecha 9 de julio de 2007, el representante de la UTE adjudicataria formuló solicitud de suspensión total de las obras, al no haberse aprobado la modificación del contrato y no ser posible ejecutar las obras pendientes.

**NOVENO.-** Con fecha 24 de septiembre de 2007, y a requerimiento de la Subdirección General de Carreteras efectuado en oficio del 20 anterior (en el que se expresaba que las obras en que consistía el proyecto de modificación estaban ejecutadas en su mayor parte, tal y como había ordenado *“la superioridad”* tras la aprobación técnica de dicho proyecto), el Director de las obras emitió informe en el que clasificaba las obras contempladas en el citado proyecto en tres grupos, e indicaba que *“...dichas obras eran totalmente imprescindibles para poder continuar y finalizar las mismas, por lo que la Superioridad ordenó continuar con los trabajos con el fin de intentar acabar las mismas en el mes de mayo de 2007”*, añadiendo que *“...no se llegaron a finalizar todas las unidades previstas en el proyecto modificado al tener conocimiento de los problemas surgidos en el trámite de aprobación, dándose actualmente una situación de obras no concluidas, lo que va en contra de los más elementales principios y normas de seguridad”*.

Al citado informe se adjuntaba un resumen de las unidades de obra que estaban pendientes de ejecución a fecha de septiembre de 2007, y que correspondían a los capítulos de movimiento de tierras, obras de fábrica y drenaje, firmes, estructuras, señalización, balizamiento y defensas, desvíos provisionales, urbanización y jardinería, y obras complementarias de vallado.

También adjuntaba un cuadro comparativo del importe del proyecto adjudicado (95.666.257'05 euros) y la valoración de la obra ya ejecutada, con expresión de la diferencia (14.067.242'38 euros) sobre el importe de adjudicación del contrato, así como una valoración de la obra pendiente de ejecución, que cifraba en la cantidad de 7.115.597'97 euros.

**DÉCIMO.-** Con fecha 25 de septiembre de 2007, la Directora General de Transportes y Carreteras formuló propuesta para desestimar la petición de suspensión total de las obras formulada por el contratista, levantar la suspensión temporal parcial (acordada el 20 de noviembre de 2006, según se dijo) y ordenar la terminación de las obras, fijando como fecha límite para la conclusión de las mismas el 31 de enero de 2008.

**UNDÉCIMO.-** Con fecha 1 de octubre de 2007 se dictó Orden de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes por la que se desestimó la citada solicitud de suspensión total, se levantó la suspensión temporal acordada el 20 de noviembre de 2006 y se ordenó la terminación de las obras para poner fin a los problemas de seguridad existentes. Asimismo, se ordenó la incoación de oficio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para determinar la indemnización que procedía reconocer al contratista por la ejecución de las unidades de obra contempladas en el proyecto de modificación y que no llegaron a formalizarse en la correspondiente modificación del contrato.

**DUODÉCIMO.-** Remitido el mencionado expediente de responsabilidad patrimonial a este Consejo Jurídico, mediante Acuerdo nº 19/2007, este órgano consultivo requirió a la Consejería consultante la subsanación de determinadas deficiencias advertidas en el expediente remitido, señalando asimismo que la pretensión indemnizatoria a que se encaminaba dicho procedimiento de responsabilidad patrimonial podría encajar más adecuadamente en el procedimiento para el reconocimiento de obligaciones económicas a cargo de la

Administración regional generadas sin la previa y preceptiva fiscalización por parte de la Intervención de la Comunidad Autónoma, regulado en el artículo 33 del Decreto regional 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General (RCI).

**DECIMOTERCERO.-** El 19 de diciembre de 2007, el Director de las obras, a efectos de lo establecido en el citado artículo 33 RCI, elaboró una memoria explicativa de la ejecución de las unidades de obra no contempladas en el proyecto objeto de adjudicación, haciendo un resumen de lo expresado al respecto en sus anteriores informes y señalando que las obras ejecutadas al margen del proyecto adjudicado coinciden “*sensiblemente*” con las contenidas en el proyecto de modificación aprobado técnicamente en su día y que no llegó a plasmarse en la correspondiente modificación del contrato a causa del ya citado reparo formulado por la Intervención General.

Adjuntaba a dicha memoria un documento denominado “*presupuesto proyecto adjudicado-obra ejecutada*” en el que cifraba en 12.697.691’38 euros la diferencia resultante entre la obra ejecutada a fecha de diciembre de 2007 y la prevista en el proyecto originario.

**DECIMOCUARTO.-** El 21 de diciembre siguiente, la Intervención General recibe, para su fiscalización, una denominada “*certificación nº 28*” de obras, de la que dice que comprende las unidades de obra previstas en el proyecto de modificación antes citado. Considera que, al haberse ejecutado tales obras sin tener amparo en la correspondiente modificación contractual, pero de conformidad con las órdenes dadas en su momento por la Administración al contratista, se ha generado el derecho de éste a su abono, cuyo reconocimiento debe seguir el procedimiento previsto en el artículo 33 RCI citado, pues aunque el expediente de modificación contractual referente a tales obras fue objeto de fiscalización, ésta fue desfavorable, sin que se hubiera levantado el reparo suspensivo mediante la correspondiente resolución de la discrepancia surgida entre el órgano gestor y la Intervención, resolución que compete al Consejo de Gobierno, originándose así una situación que cabe equiparar, a los efectos de seguir el procedimiento previsto en el citado artículo 33, con el supuesto, típico, en que no se recaba la preceptiva fiscalización del órgano interventor.

El informe añade que la citada certificación nº 28 se acompaña de la correspondiente relación valorada de las obras que comprende, conformada por el contratista, y que, al no tratarse de una certificación ordinaria o regular (pues no se corresponde con obras recogidas en el proyecto adjudicado), su pago no tendría el carácter provisional, sujeto a la liquidación final de las obras, propio de estas certificaciones, sino que el reconocimiento de la obligación económica dimanante de dicha certificación nº 28 tendría un carácter definitivo.

De todo lo anterior concluye la Intervención que, dado que la eventual declaración de nulidad de las actuaciones administrativas que posibilitaron la ejecución irregular de las obras en cuestión no enervaría el derecho del contratista a percibir su importe, en cuanto de otro modo se produciría un enriquecimiento injusto de la Administración (citando a este respecto doctrina jurisprudencial y de este Consejo Jurídico recaída en casos análogos), no opone reparo a que el reconocimiento de la obligación económica dimanante de la citada certificación sea autorizado por el Consejo de Gobierno, conforme con lo dispuesto en el artículo 33 RCI.

**DECIMOQUINTO.-** El 26 de diciembre de 2007, el Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes formula propuesta de acuerdo a elevar al Consejo de Gobierno, en los siguientes términos:

*“PRIMERO.- Convalidar el gasto de conformidad con el artículo 33 del citado Decreto 161/1999, de 30 de diciembre.*

*SEGUNDO.- Autorizar, Disponer, Reconocer la obligación y Proponer el pago del resto de las obras ejecutadas, en el contrato relativo a las obras de “AUTOVÍA DE CONEXIÓN DE LA A-7 EN ALHAMA CON EL CAMPO DE CARTAGENA”, a favor de la mercantil adjudicataria --,S.A.,x,y. (UTE), con CIF X, por el saldo resultante de 12.697.691’38 euros, con cargo a la partida presupuestaria 007.14.03.00.513D.601.00”.*

**DECIMOSEXTO.-** Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 26 de diciembre de 2007, el Secretario General de la citada Consejería, por delegación del Consejero, solicita la emisión del preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta a elevar al Consejo de Gobierno para que reconozca una obligación económica de la Administración regional contraída con omisión de la intervención previa de la misma, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 33 RCI.

#### **SEGUNDA.- Procedimiento.**

El artículo 33 RCI establece lo siguiente:

*“1. En los supuestos en los que, con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento, la función interventora fuera preceptiva y se hubiese omitido, no se podrá reconocer la obligación, ni tramitar el pago, ni intervenir favorablemente estas actuaciones hasta que se conozca y resuelva dicha omisión en los términos previstos en el presente artículo.*

*2. Si el Interventor General o los Interventores delegados al conocer de un expediente observaran alguna de las omisiones indicadas en el número anterior, lo manifestarán a la autoridad que hubiera iniciado aquél y emitirán al mismo tiempo su opinión respecto de la propuesta, a fin de que, uniendo este informe a las actuaciones, pueda el titular de la Consejería de que aquélla proceda someter lo actuado a la decisión del Consejo de Gobierno para que adopte la resolución a que hubiera lugar.*

*Este informe, que no tendrá naturaleza de fiscalización, pondrá de manifiesto, como mínimo, los siguientes extremos:*

*a) Las infracciones del ordenamiento jurídico que, a juicio del interventor, se hayan producido en el momento en que se adoptó el acto sin fiscalización o intervención previa.*

*b) Las prestaciones que se hayan realizado como consecuencia de dicho acto.*

*c) La posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento.*

*Los Interventores delegados darán cuenta de su informe a la Intervención General en el momento de su emisión.*

*3. Si el titular de la Consejería acordara someter el expediente a la decisión del Consejo de Gobierno, lo comunicará al Consejero de Economía y Hacienda, por conducto de la Intervención General, con cinco días de antelación a la reunión del Consejo en que se conozca del asunto.*

*Al expediente se unirá una memoria que incluya una explicación de la omisión de la preceptiva fiscalización o intervención previa y, en su caso, las observaciones que estime convenientes respecto del informe de la Intervención. Asimismo se acompañarán los informes que sean preceptivos en cada caso, y en particular el informe del Consejo Jurídico de la Región de Murcia”.*

Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se han seguido esencialmente los trámites establecidos en el artículo 33 RCI. Así, la certificación de obras nº 28 fue remitida, en solicitud de su fiscalización, al órgano interventor, siendo acompañada ya entonces por una memoria explicativa de la omisión de la previa y preceptiva fiscalización de las actuaciones administrativas que posibilitaron la ejecución de las obras comprendidas en tal certificación, y que generaron la correspondiente obligación económica con el contratista.

A partir de lo anterior, la Intervención estimó —correctamente— que no procedía la fiscalización de tal certificación, sino emitir el informe al que se refiere el citado artículo 33 RCI, no oponiéndose en el mismo al reconocimiento de la obligación económica que, por importe de 12.697.691’38 euros, dimana de la ejecución de las obras comprendidas en aquella, previo Dictamen de este Consejo Jurídico anterior a la autorización de dicho reconocimiento, a recabar del Consejo de Gobierno.

**TERCERA.- El reconocimiento de la obligación económica objeto de la propuesta dictaminada: la ejecución de obras no comprendidas en el contrato.**

Según se desprende de los Antecedentes reseñados, una vez que la Consejería consultante estimó procedente modificar el proyecto de las obras de referencia, autorizando la redacción del oportuno proyecto de modificación del que, en su día, fue objeto de adjudicación al contratista, el 20 de noviembre de 2006 acordó la suspensión temporal parcial de las obras. Aun cuando dicha Orden de suspensión no obra en el expediente remitido, es citada por la posterior Orden de 1 de octubre de 2007 (para dejar sin efecto la primera), y cabe deducir que dicha suspensión se refería a la parte de la obra que se veía afectada por la modificación que entonces se tramitaba. Una vez aprobado técnicamente el proyecto de modificación (el 27 de noviembre de 2006), en una fecha sin determinar, “*la superioridad*” (así se expresa en los informes reseñados en el Antecedente Noveno de este Dictamen) ordenó la ejecución de las obras en que consistía dicha modificación, sin esperar a que se aprobase la preceptiva modificación del contrato. La ejecución de dichas obras se estuvo produciendo, según expresa el informe del Director de la obra, hasta que se tuvo conocimiento del informe de fiscalización emitido por la Intervención General el 20 de marzo de 2007, desfavorable y de carácter suspensivo de la tramitación del procedimiento de modificación contractual iniciado; en el citado informe, la Intervención General señalaba que, en caso de que la Consejería discrepara de lo expresado en el mismo, debía seguirse lo dispuesto en el artículo 17 RCI, es decir, proponer al Consejo de Gobierno la resolución de la discrepancia que se planteaba.

Sin embargo, vistos los informes de la Dirección de los Servicios Jurídicos y de este Consejo Jurídico reseñados en el Antecedente Séptimo, la Consejería no planteó la resolución de la discrepancia al Consejo de Gobierno. Tras una solicitud del contratista de suspensión total de las obras y un informe del Director de las mismas de fecha 24 de septiembre de 2007, en el que expresaba que la situación de paralización de las obras en que consistía la modificación del proyecto iba “*en contra de los más elementales principios y normas de seguridad*”, el 1 de octubre siguiente el Consejero ordenó la continuación de las mismas hasta su terminación, “*con la consiguiente finalización de los problemas de seguridad generados*”.

Posteriormente, en la memoria elaborada el 19 de diciembre de 2007 para proceder al reconocimiento de la obligación económica generada por la ejecución de tales obras, el Director de las mismas informa que tales obras de modificación ya se encuentran ejecutadas, y que coinciden “*sensiblemente*” con las descritas en el proyecto de modificación (es decir, no exactamente); sin embargo, del cuadro anexo a dicha memoria se deduce que el importe de las obras ejecutadas coincide absolutamente con el expresado en su día en el proyecto de modificación, es decir, 12.697.691’38 euros, en lo que parece, en principio, una contradicción. Esta cuestión debería ser aclarada en todo caso, así como el hecho de que, en la citada memoria (de diciembre de 2007), se exprese un importe total de obra ejecutada de 108.363.948’44 euros, cantidad que es inferior a la que se recogía en el cuadro anejo al informe de septiembre de 2002, en el que se decía que se habían ejecutado obras por importe de 109.733.499’43 euros (quedando por ejecutar obras por importe de 7.115.597’97 euros).

De lo anterior se desprenden las siguientes consideraciones:

1ª. Desde una fecha indeterminada, en todo caso posterior a la de la aprobación técnica del proyecto modificado el 27 de noviembre de 2006, y hasta la fecha en que la Intervención General emitió su informe de fiscalización desfavorable y de carácter suspensivo a la tramitación de la modificación contractual pretendida, un órgano indeterminado de la Consejería consultante (los informes del Subdirector General de Carreteras y del Director de las obras se refieren genéricamente a “*la superioridad*”), ordenó al contratista la ejecución de las obras en que consistía la citada modificación, aun no aprobada. Ello constituía lo que el Consejo de Estado ha calificado como un “*reformado anticipado*” a la aprobación de la necesaria modificación del contrato, situación que dicho órgano consultivo, al igual que este Consejo Jurídico en precedentes Dictámenes, consideran una actuación irregular, salvo que concurra el supuesto previsto en el artículo 146.4 TRLCAP, que permite la ejecución provisional de tales obras de modificación cuando su importe máximo previsto no supere el 20% del precio primitivo del contrato y fuera necesario para evitar graves perjuicios al interés público, a cuyo efecto el director de las obras debe formular una propuesta técnica motivada, con audiencia del contratista, debe incorporarse un simple certificado de existencia de crédito (no el informe de fiscalización del órgano interventor) y la conformidad del órgano de contratación, que deberá autorizar la iniciación provisional de las obras (sin posibilidad de delegar tal facultad); tal autorización implicará la aprobación del gasto —estimado— que generen tales obras, sin perjuicio de su ajuste cuando posteriormente se tramite y apruebe la modificación contractual y, por consiguiente, el expediente de gasto (en este sentido, vid. Dictamen 49/2001, de 30 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con el parecer de la Intervención General del Estado).



En el caso que nos ocupa, la aprobación técnica del proyecto de modificación del originario (que implicaba un posible gasto adicional del 13'27% sobre el precio de adjudicación) ponía de manifiesto la necesidad de que las obras previstas en este último fueran modificadas, pero no se justificaba que la ejecución de las obras previstas en dicho proyecto de modificación fuera urgente para evitar graves perjuicios al interés público; éstos no podían consistir simplemente en el eventual derecho del contratista a una indemnización por la suspensión —incluso total— de las obras, ni tampoco en el propósito de acabarlas lo antes posible, si no se justificaban necesidades viarias de muy urgente solución con la nueva infraestructura, u otras circunstancias análogas. Es decir, se comenzó la ejecución de las obras de modificación sin la necesaria acreditación de los excepcionales presupuestos de hecho previstos en el citado artículo 146.4 TRLCAP para legitimar la ejecución anticipada de las obras en cuestión.

2º. Paralizadas dichas obras durante un tiempo (cuando se conoce el reparo suspensivo del informe de fiscalización de la Intervención), se reanudan a virtud de la Orden del Consejero de 1 de octubre de 2007, fundada en que la situación de las mismas era contraria a “*los más elementales principios y normas de seguridad*”, según el informe del Director de las obras de 24 de septiembre de 2007. Esta continuación de las obras resultaba contraria a Derecho no solo por tener su causa en la previa iniciación irregular a que antes se ha hecho referencia, sino porque, teniendo en cuenta que sobre el expediente pesaba un reparo suspensivo, cuya eficacia sólo podía cesar tras la resolución de la discrepancia por el Consejo de Gobierno, lo procedente hubiera sido actuar conforme con lo previsto en la Cláusula 62, penúltimo párrafo, del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras del Estado (PCAG) aprobado por Decreto nº 3854/70, de 31 de diciembre (aplicable al caso, dada la evidente similitud del supuesto que contempla), es decir, “*ordenar la realización de aquellas unidades de obra que sean imprescindibles o indispensables para garantizar o salvaguardar la permanencia de las partes de obra ya ejecutadas anteriormente, o para evitar daños inmediatos a terceros*”, pero no la prosecución de las referidas obras hasta su completa terminación.

Por tal motivo, la Orden de 1 de octubre de 2007, al ordenar la terminación de las obras, con referencia expresa en sus antecedentes al proyecto de modificación técnicamente aprobado, vino a aprobar, siquiera “*de facto*” o implícitamente, la modificación contractual de referencia, constituyendo tal proceder una indebida elusión del efecto suspensivo del informe de fiscalización desfavorable del órgano interventor. Ello justifica, como señala el informe de la Intervención de 21 de diciembre de 2007, que se inicien actuaciones tendentes a depurar las responsabilidades a que ha lugar, a la vista de las irregularidades advertidas.

3º. La efectiva ejecución de las obras dará lugar al derecho del contratista a su abono una vez sean recibidas por la Administración, so pena de incurrir ésta en un enriquecimiento injusto, por las razones que expresa el último informe emitido por la Intervención General y la doctrina jurisprudencial y consultiva allí recogida (vid. entre otros el Dictamen 50/1998, de 15 de diciembre, de este Consejo Jurídico, emitido para un caso análogo). Por ello, y conforme con lo indicado por el Consejo de Estado en Dictámenes como el 3.062/1998, de 10 de septiembre, lo procedente será resarcir al contratista con ocasión de la liquidación del contrato; en el que nos ocupa, y más precisamente, deberá hacerse tras la medición general de las obras realmente ejecutadas y su recepción, en la expedición de la certificación final a que se refiere el artículo 166.9 del Reglamento de la LCAP, especificando en ésta las partidas que correspondan a obras ejecutadas fuera del contrato formalmente adjudicado pero que, al haber sido ejecutadas de conformidad con órdenes de la Administración, han

sido objeto de recepción, y su importe ha de ser abonado al contratista, lo que se deberá realizar con la tramitación del procedimiento previsto en el citado artículo 33 RCI, es decir, previa autorización del Consejo de Gobierno, al que se elevará la oportuna propuesta por el importe de las citadas obras que resultase tras practicar la medición general y recepción de las mismas.

A este respecto, y para que sean tenidas en cuenta en el momento en que proceda, deben realizarse diversas consideraciones:

a) En primer lugar, el Consejo de Gobierno debe limitarse a autorizar a la Consejería gestora el reconocimiento de la obligación económica dimanante de la ejecución de las referidas obras, pero no, como pretende la propuesta objeto de Dictamen, que sea dicho órgano el que reconozca directamente tal obligación. Así, como viene señalando este Consejo Jurídico desde su Dictamen 10/1998, de 25 de mayo, la resolución del Consejo de Gobierno *“debe ser simplemente remover un obstáculo para que la Consejería interesada pueda dar salida al expediente interrumpido, reconociendo la obligación contraída ilegalmente y ordenando su pago. Finalmente resuelve la Consejería, pero debe orientar su actuación en el sentido acordado por el Consejo de Gobierno, único modo de que la orden de pago resultante pueda ser favorablemente fiscalizada”*.

b) En segundo lugar, por lo que se refiere a las obligaciones económicas objeto de la propuesta de autorización de que se trata, debe decirse que, aun cuando de los antecedentes reseñados se desprende que sólo una parte de las obras en cuestión se ejecutaron omitiéndose la previa y preceptiva fiscalización de la Intervención (pues a partir del informe desfavorable de ésta, emitido el 20 de marzo de 2007, las obras de modificación se ejecutaron en contra de tal informe fiscalizador), debe coincidir con el parecer de la Intervención General, expresado en su último informe, de que el tratamiento de uno y otro conjunto de obras deberá ser el mismo a los efectos de proceder en su momento al reconocimiento de la obligación económica irregularmente generada, pues en ambos casos de lo que se trata, como se dijo en el transcrito Dictamen 10/1998, es de que el Consejo de Gobierno dicte el acto necesario para que pueda posteriormente procederse al cumplimiento de una obligación económica con un tercero; cumplimiento que, sin la intervención del superior órgano de gobierno de la Administración regional, no sería legalmente posible en vía administrativa.

c) En tercer lugar, en la que atañe a la exacta cantidad que deberá incluir la propuesta a elevar en su momento al Consejo de Gobierno, debe estarse, como antes se dijo, a lo que resulte de la medición final y la recepción. En todo caso, sería necesario aclarar lo apuntado en un momento anterior sobre la aparente discrepancia existente entre lo manifestado en el informe del Director de la obra de 19 de diciembre de 2007, en el sentido de que las obras ejecutadas coinciden *“sensiblemente”* con las contenidas en el proyecto de modificación (es decir, no exactamente) y, sin embargo, la certificación nº 28 de referencia ascienda a un importe que sí es exactamente coincidente con el del presupuesto del mencionado proyecto de modificación (12.697.691’38 euros).

En cualquier caso, se mantenga o no dicha cantidad, deberá solicitarse nuevo informe a la Intervención, para que ratifique la existencia de crédito disponible en el presupuesto del año en curso, al quedar en este punto obsoleta la propuesta dictaminada, referida a una partida presupuestaria de 2007, debiendo ser modificada en el sentido que indique la Intervención.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Procederá elevar al Consejo de Gobierno una propuesta para que autorice a la Consejería consultante a reconocer la obligación económica generada por la ejecución de las unidades de obra a que se refiere el presente procedimiento, si bien ello deberá realizarse en los términos expresados en la Consideración Tercera, punto 3º, del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** Por lo anterior, la propuesta objeto de Dictamen deberá ajustarse a lo indicado en la citada Consideración.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 14/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 30/01/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Como indicamos en nuestro Dictamen núm. 181/2007, en el supuesto de daños sufridos por un empleado público en el desempeño de sus funciones, es preciso distinguir entre aquellos que pueda padecer con ocasión del cumplimiento de tales funciones, pero causados por un tercero en este caso desconocido, y los padecidos como consecuencia del propio funcionamiento del servicio (Dictamen del Consejo de Estado de 17 de abril de 1997). En principio, estos últimos deberían ser reparados en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración, mientras que los primeros lo serían, en su caso, por el régimen de indemnizaciones previsto en la legislación funcional antes referida.*

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Por escrito de 15 de junio de 2007, x. solicita ante la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería consultante la cobertura del daño sufrido por el vehículo de su propiedad, cuando se encontraba estacionado en el recinto escolar del IES “Rey Carlos III” del municipio de Águilas.

Relata lo sucedido del siguiente modo:

*“Este curso, como otros anteriores, he ofrecido mi completa colaboración a Jefatura de Estudio para realizar guardias en el aula de castigados durante la jornada escolar. Todas mis horas de guardia las realizo en tal aula. Aquí vienen, además de alumnos que en un*

*momento determinado impiden el normal desarrollo de las clases, otros que por diferentes motivos han perdido cualquier interés por la enseñanza. Estos atienden difícilmente la disciplina y la palabra respeto es desconocida para ellos. Por mi carácter logro mantenerlos en calma muchas veces cuando los tengo en el aula. No obstante, los conflictos son inevitables con estos alumnos y a veces afloran malas contestaciones y encaramientos con el profesor, en este caso yo. Se deduce que es seguro que estos alumnos acumulan rencor hacia quien intenta imponerles disciplina. En la calle he escuchado insultos muy gruesos cuando están seguros de no ser descubiertos.*

*Hasta ahora esta función no me había generado problemas materiales, pero el miércoles 6 de junio de 2007 me han rayado mi coche, este lo tenía estacionado en el aparcamiento del centro. Deduzco que el alumno debió pasar junto al coche y con una llave rayar las dos puertas laterales de la derecha. Al tomar confianza y verse sin testigos, escribió de forma más profunda “TONTO” y las letras “J”, “U” o “V” y una “I” o el inicio de otra letra encima del capó del coche.*

*El 10 de junio llamé a Riesgos Laborales para informarme sobre la cobertura que los profesores tenemos ante este tipo de daños patrimoniales, abriéndose para el caso el expediente 07/138.*

*Al conocer a muchos alumnos candidatos a ser el autor de los daños, la dirección del centro, a través de Jefatura, y yo mismo, hemos realizado la pertinente investigación con vistas a encontrar al culpable. Al tener los alumnos un extraño concepto de la solidaridad no ha dado resultado. También hemos pensado que las letras que hay en el capó fueran unas iniciales pero no se ajustan a ningún alumno polémico”.*

Se acompaña al escrito de reclamación un certificado del Director del IES, que afirma que los daños han sido ocasionados en el interior del recinto escolar, y un presupuesto de la reparación del vehículo por un montante de 370,27 euros.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la solicitud como reclamación de responsabilidad patrimonial, según resolución del Secretario General de la Consejería consultante de 7 de septiembre de 2007, se nombra instructor del expediente, quien comunica al reclamante que debe completar el escrito presentado con la siguiente documentación:

- Documento nacional de identidad.*
- Permiso de circulación del vehículo siniestrado.*
- Permiso de conducción.*
- Condiciones generales y particulares de la póliza del contrato de seguro del vehículo siniestrado, así como último recibo pagado”.*

**TERCERO.-** Recabado el informe del centro escolar, es evacuado por su Director el 27 de septiembre de 2007 en el siguiente sentido:

*“a) El profesor x., al terminar su jornada laboral, cuando fue a subir a su coche, aparcado en el recinto del centro, se percató que se lo habían rayado.*

*b) No se ha podido identificar a los causantes del daño.*

*c) No tengo constancia de que algún profesor presenciase el hecho.*

*d) Los hechos se producen entre el 2º y 6º período de la mañana del día 6 de junio de 2007.*

*e) El aparcamiento está dentro del recinto del centro y durante las mañanas sólo aparcen vehículos del personal del centro.*

*f) La investigación que hicimos tratando de averiguar quien o quienes podrían ser no ha dado resultado, aunque presumiblemente el autor o autores del hecho pueden ser alumnos del centro, puesto que en la zona donde estaba el coche y por las características del daño inducen a esa vía (zona de paso de alumnos y personal del centro, y estacionamiento privado dentro del recinto del I.E.S.)”.*

**CUARTO.-** Otorgado trámite de audiencia al interesado, no consta que formulara alegaciones, tras lo cual se formula propuesta de resolución el 20 de diciembre de 2007, con carácter desestimatoria al considerar que el daño producido es por un hecho ajeno al funcionamiento del servicio público educativo, no concurriendo la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público de educación y los daños alegados.

**QUINTO.-** Con fecha 9 de enero de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo de reclamación y procedimiento.

El procedimiento se ha iniciado por reclamación de parte interesada, de conformidad con lo previsto en el artículo 142.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

La condición de profesor del perjudicado plantea la cuestión de la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial frente a la Administración de los empleados públicos, entendiendo el Consejo Jurídico (por todos, nuestro Dictamen núm. 75/99) que la utilización de la expresión “particulares”, recogida en el artículo 139.1 LPAC, no debe llevar a una interpretación que excluya a los funcionarios, siempre y cuando sufran un daño que no estén obligados a soportar y medie una relación causa a efecto ante el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido.

Por otra parte, el Consejo Jurídico viene sosteniendo el principio general en virtud del cual el desempeño o la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado público ningún perjuicio patrimonial, de modo que el funcionario no debe soportar, en su propio patrimonio, un daño generado en el seno de la relación específica funcional, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte (por

todos, nuestro Dictamen núm. 143/2003). Dicha doctrina refleja el principio general de la indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su persona o en sus bienes por el desempeño de funciones o tareas reconocido en la legislación sobre función pública. Así los artículos 14, d) y 28 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, establecen que los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón de servicio y, en el mismo sentido, el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, también recoge el derecho a la prevención de riesgos laborales y a las indemnizaciones que reglamentariamente se establezcan (artículos 73 y 72,b, respectivamente), cuyo desarrollo no recoge, en el ámbito de nuestra Región, estos supuestos como susceptibles de indemnización.

En cuanto al cumplimiento del plazo para su ejercicio, la acción se ha ejercitado dentro del plazo de un año desde el hecho que motiva la indemnización, según preceptúa el artículo 142.5 LPAC.

Por último, el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

#### **TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

Del sistema común de responsabilidad patrimonial que instaura la LPAC (artículos 139 y 141.1), se desprende el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración correspondiente de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, el daño sea real, efectivo, evaluable económicamente en relación con una persona o grupo de personas, y que aquéllas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con ley.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio con el que coincide el Consejo Jurídico y que se remite a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, al señalar que para que proceda la responsabilidad patrimonial deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC.

Del análisis del expediente que nos ocupa se deriva la existencia de un daño efectivo que se acredita con el presupuesto aportado por el interesado, y que asciende a la cantidad de 370,27 euros.

Sin embargo, cabe ahora analizar si concurre la necesaria relación de causalidad entre el evento dañoso y la actuación administrativa. Pues bien, el examen de los hechos que

sirven de base a la presente reclamación no permite apreciar la existencia de un título de imputación al servicio público educativo para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, a diferencia del supuesto objeto de nuestro Dictamen núm. 29/2007.

En efecto, no existe en el expediente ningún elemento probatorio que permita vincular el daño al funcionamiento del servicio público docente (incumplimiento de los deberes de vigilancia, defectos en las instalaciones, identificación del alumno que lo ocasionó, etc.), sin que el mero estacionamiento o depósito de los vehículos del personal al servicio del centro, dentro del recinto escolar, suponga sin más el deber de la Administración de indemnizar los daños que allí se les produjeran (Dictamen núm. 92/2007).

El propio interesado señala que la investigación con vistas a localizar al culpable, no ha dado resultado, y que las letras que escribieron en el capó de su vehículo no corresponden a las iniciales de los alumnos polémicos, tras aclarar que realiza guardias en el aula de los castigados durante la jornada escolar. Adviértase que, en realidad, nadie presenció lo sucedido, ni siquiera el reclamante, cuya solicitud de indemnización se limita a manifestar que los daños se produjeron cuando el vehículo se encontraba aparcado en el recinto escolar, sin que exista en el expediente ningún dato que permita corroborar la presunción latente en el fundamento de la reclamación, que parece sugerir un vínculo causal entre los daños del vehículo y la actuación de los escolares, siendo insuficientes para su reconocimiento por esta vía resarcitoria las referencias del informe del Director acerca de la posible autoría por la zona donde se encontraba aparcado y las características de la vía (zona de paso de alumnos y personal del centro, y estacionamiento privado dentro del recinto).

Por tanto, como indicamos en nuestro Dictamen núm. 181/2007, en el supuesto de daños sufridos por un empleado público en el desempeño de sus funciones, es preciso distinguir entre aquellos que pueda padecer con ocasión del cumplimiento de tales funciones, pero causados por un tercero en este caso desconocido, y los padecidos como consecuencia del propio funcionamiento del servicio (Dictamen del Consejo de Estado de 17 de abril de 1997). En principio, estos últimos deberían ser reparados en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración, mientras que los primeros lo serían, en su caso, por el régimen de indemnizaciones previsto en la legislación funcionarial antes referida.

Habiéndose calificado por la Consejería consultante la petición de la cobertura del daño como reclamación de responsabilidad patrimonial fundada en los artículos 139 y siguientes LPAC, podemos afirmar que no se ha acreditado en el expediente que los daños cuya reparación pretende sean imputables al funcionamiento del servicio educativo de la Administración regional, sino que, con ocasión del desempeño del servicio que le había sido encomendado al interesado, fueron ocasionados por alguien no determinado. Tal como afirma el Consejo de Estado (Dictamen de 17 de abril de 1997), el hecho de que un funcionario con ocasión del cumplimiento de sus obligaciones como servidor público sufra una lesión, no quiere decir necesariamente que exista relación causal entre el resultado lesivo y el funcionamiento de la Administración.

La aplicación de la doctrina anterior al supuesto ahora considerado nos lleva a la conclusión de que, al no darse los requisitos exigidos por el artículo 139 y siguientes LPAC, procede desestimar la reclamación a título de responsabilidad patrimonial, sin perjuicio de la otra opción sugerida, pendiente de desarrollo normativo, entre otros, por el Dictamen núm. 181/2007, ya citado.

En consecuencia, la conclusión alcanzada por el Consejo Jurídico es coincidente con la que se refleja en la propuesta de resolución en cuanto al sentido desestimatorio de la reclamación, analizada ésta bajo la perspectiva del instituto de la responsabilidad patrimonial.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Procede dictaminar favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, al no concurrir la imprescindible relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público docente y los daños alegados por el interesado para estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración, sin perjuicio de lo indicado en la Consideración Tercera.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 15/08.- Revisión de oficio del acto administrativo por el que se solicita el abono de 160.723,96 euros, como consecuencia del servicio de limpieza viaria por parte de la empresa x.**

**Consultante:** Alcalde del Ayuntamiento de Alcantarilla

**Fecha:** 30/01/08

### **Extracto de Doctrina**

*Nota: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 1/2008.*

**DICTAMEN 16/08.- Anteproyecto de Ley de Adaptación del Instituto de la Vivienda y Suelo de la Región de Murcia a la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la CARM.**

**Consultante:** Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)

**Fecha:** 30/01/08

### **Extracto de Doctrina**

*No puede sostenerse que el IVS continuará rigiéndose, con carácter general, por las disposiciones específicas previstas para los organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo (artículo 2.1 del Anteproyecto), aun cuando con su régimen*



*específico haya funcionado convenientemente, según la Exposición de Motivos del Anteproyecto (en lo sucesivo EM), con la justificación de que la Ley 7/2004 no ha derogado expresamente determinados artículos del TRLH (artículos 56, 98.2, etc. ), puesto que éstos tienen una virtualidad limitada al periodo transitorio hasta su adecuación al nuevo marco legal, dado que la nueva tipología de entes instrumentales, prevista en la Ley 7/2004, ha derogado expresamente a este tipo de organismos (artículo 5 del TRLH).*

*El Anteproyecto de Ley debería ser completado con los contenidos de la ley de creación (Ley 1/1999), que deben formar parte del mismo, según exigencias legales, desgajándolos de los que formarán parte de sus Estatutos, conforme a las previsiones de la Ley 7/2004, pudiendo establecerse en el Anteproyecto, respecto a estos últimos, que continuarán vigentes hasta tanto se produzca su aprobación.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En octubre de 2006 se elaboró por el Instituto de la Vivienda y Suelo de la Región de Murcia (en lo sucesivo IVS) un primer borrador del Anteproyecto de Ley de “Modificación de la Ley 1/1999, de 17 de febrero, de Creación del Instituto de la Vivienda y Suelo de la Región de Murcia y Adaptación a la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia” (sic).

Dicho borrador se acompaña de la siguiente documentación:

a) Una memoria que incluye la motivación técnica y jurídica del contenido del Anteproyecto de Ley, elaborada por la asesora jurídica del IVS el 9 de octubre de 2006, que concluye en la necesidad de mantener, respecto al régimen jurídico del Instituto, las peculiaridades propias de los organismos autónomos de carácter comercial y financiero. En cuanto al contenido de la modificación legislativa, describe que el Anteproyecto se estructura en tres artículos que se refieren, respectivamente, a la naturaleza del organismo, régimen jurídico y control financiero, recogiendo, entre sus disposiciones finales, puntuales modificaciones introducidas a la Ley 1/1999, de 17 de febrero, de creación del Instituto de Vivienda y Suelo de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 1/1999): cambio de denominación de las Consejería a la que se adscribe el IVS, atribución de la competencia para la resolución de los recursos al Presidente del IVS, y adición de una nueva causa de desahucio para corregir situaciones contrarias al espíritu y finalidad de las viviendas de promoción pública.

b) Un informe sobre la necesidad y oportunidad de la modificación legislativa también elaborado por la asesora jurídica del IVS en la misma fecha, en el que se incide en la necesidad de adecuar el citado organismo autónomo de carácter comercial y financiero a las previsiones de la Ley 7/2004 (Disposición Transitoria Primera).

c) Un informe de impacto por razón de género, de 9 de octubre de 2006, que señala que el texto no contiene medidas que puedan tener un impacto distinto para las mujeres y los hombres, sino que afectan por igual a ambos colectivos.

d) Un informe del Jefe de la Unidad Económica del IVS que señala que el Anteproyecto de Ley no representa compromiso de carácter económico para el presupuesto de gasto del citado organismo.

**SEGUNDO.-** Recabado el informe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante, es evacuado el 29 de diciembre de 2006, en el sentido de realizar una serie de matizacio-

nes al Preámbulo del Anteproyecto de Ley, sobre la modificación del régimen de recursos previsto en la ley de creación.

**TERCERO.-** El 15 de enero de 2007, el Director del Instituto de la Vivienda y Suelo remite al titular de la Secretaría General, para su tramitación, el Anteproyecto de Ley, acompañado de la documentación citada en el Antecedente Primero, conjuntamente con el acuerdo de 20 de diciembre de 2006 del Consejo del IVS, que aprueba el contenido de la reforma, según certificación obrante en el folio 45.

**CUARTO.-** El segundo borrador del Anteproyecto de Ley, fechado en marzo de 2007, es sometido nuevamente a informe del Servicio Jurídico de la Consejería, que lo emite favorablemente a la vista de las modificaciones introducidas, tras lo cual el Consejo de Gobierno adopta el acuerdo de 16 de marzo de 2007, por el que se toma conocimiento del texto y se ordena que se someta a informe de las Secretarías Generales de las distintas Consejerías que integran la Administración regional, y a la Comisión Regional de Vivienda.

**QUINTO.-** Constan el acuerdo de la Comisión Regional de Vivienda de Promoción Pública de 17 de abril de 2007, que informa favorablemente el Anteproyecto de Ley (folio 80), y el informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Presidencia (folios 87 a 90), que realiza una serie de observaciones atinentes al título de la disposición y a su articulado, entre las que cabe destacar, en cuanto al régimen jurídico del IVS, que deberían omitirse las referencias a los organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, al producirse, mediante este texto, la adecuación a la tipología de organismos públicos contenida en la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 7/2004). También pone de manifiesto la ausencia de *vacatio legis* para la entrada en vigor de la norma, cuando se recoge una nueva causa de desahucio para los beneficiarios de las viviendas de promoción pública de titularidad del IVS. Por lo demás, no figuran otras observaciones al texto en los informes remitidos por otras Consejerías también consultadas (folio 124).

**SEXTO.-** El 4 de octubre de 2007, la Asesora Jurídica del IVS emite informe valorativo de las observaciones realizadas, en el que destaca que las normas por las que se rige el citado Instituto son las previstas para los organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, manteniendo esta terminología el Anteproyecto, en razón a que la Ley 7/2004 no ha derogado expresamente todas las referencias a estos organismos del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre (por ejemplo, los artículos 56, 98.2, 108.2,c del TRLH, en lo sucesivo). Resultado de este trámite es el tercer y último borrador del Anteproyecto de Ley, que es sometido con posterioridad a informe del Vicesecretario de la Consejería consultante, que lo emite el 25 de octubre siguiente, en el sentido de considerar que el procedimiento seguido se ha ajustado a las exigencias contenidas en el artículo 46 de la Ley 6/2004.

**SÉPTIMO.-** El 6 de noviembre de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo y el borrador definitivo del Anteproyecto de Ley, según diligencia impresa de 9 de octubre anterior del titular de la Secretaría General (folios 104 a 115).

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 12.2 de la Ley 2/1997 de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), la consulta se formula preceptivamente, emitiéndose el Dictamen con tal carácter.

### **SEGUNDA.-** Sobre el procedimiento de elaboración del Anteproyecto de Ley y la documentación que lo integra.

El procedimiento de elaboración se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 46 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 6/2004), sin que se aprecien trámites omitidos. Distinto parecer suscita la documentación obrante en el expediente, en la medida que el Anteproyecto no se acompaña de una propuesta de estatutos y de plan de actuación del organismo, como exige el artículo 40.3 de la Ley 7/2004, con independencia de que se trate de la adaptación de un organismo existente, pues precisamente, a través de este trámite, su regulación ha de adecuarse a las previsiones contenidas en la precitada Ley, como refiere expresamente su Disposición Transitoria Primera: “*se proceda a su adecuación a las previsiones contenidas en la misma*”. Tal adecuación conllevará necesariamente a que una vez adaptado el organismo, acorde con la nueva tipología de entes instrumentales dependientes o vinculados a la Administración regional, sus estatutos, con el contenido previsto en el artículo 41 de la Ley 7/2004, sean aprobados por el Consejo de Gobierno, mediante decreto, a propuesta del titular del departamento de adscripción.

La anterior observación sobre la necesidad de acompañar una propuesta de estatutos y plan de actuación del organismo (no sería lógicamente el inicial, pues se encuentra ya en funcionamiento, sino respecto a sus previsiones como, por otra parte, exige para el IVS el artículo 10.5 de su ley de creación), ha de ser contemplada, además, desde el punto de vista de su utilidad para determinar su adaptación a una u otra figura instrumental de la Administración regional (organismo autónomo o entidad pública empresarial). A este respecto, ha de destacarse que en la documentación aportada no se aborda el criterio seguido para decantarse por una categoría orgánica, en atención a las características y objetivos del IVS, como más adelante se indicará. También hubiera facilitado la justificación del tipo de ente institucional elegido si la memoria económica hubiera descrito las actuaciones previstas, en relación con los presupuestos del organismo, aspecto que también diferencia a los entes instrumentales, en la medida que, por ejemplo, las entidades públicas empresariales se caracterizan por la realización de actividades o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.

### **TERCERA.-** Las competencias autonómicas en materia de vivienda y la caracterización del IVS en la normativa regional.

Los cometidos fundamentales del Instituto conforme a su Exposición de Motivos —promoción pública de viviendas sin ánimo de lucro, rehabilitación de su parque inmobiliario y promoción y gestión de suelo— engarzan con el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, reconocido en el artículo 47 CE, derecho que reclama un marco espacial de carácter primario e imprescindible, tanto para la vida personal y social del individuo, como para el desarrollo de la vida familiar.

La Constitución no sólo reconoce el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada sino que, además, establece la obligación de los poderes públicos de atender las necesidades de vivienda de los españoles, como uno de los principios rectores de la política social y económica.

El Consejo Jurídico ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de las competencias autonómicas en materia de vivienda. Así, con ocasión del Dictamen núm. 32/98, sobre el entonces Anteproyecto de Ley de creación del IVS de la Región de Murcia, señaló:

*“1. El Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia consigna en su artículo 10.Uno.2...la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Murcia en materia de vivienda, si bien tal carácter exclusivo ha de ser matizado por lo expuesto en el apartado anterior en cuanto a las competencias del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica y la ordenación del crédito; también consigna la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de urbanismo, de la que dimanar las que, referentes a suelo, quedan previstas en el Anteproyecto.*

*2. A estas competencias específicas de la Comunidad Autónoma se suma la potestad de autoorganizar sus instituciones, instrumentalizando la política de vivienda a través de órganos de gestión que la agilicen y la hagan eficaz, tal y como señala la Exposición de Motivos del Anteproyecto: “la necesidad de adaptación a las exigencias cambiantes de los demandantes de vivienda pública y la constante evolución del mercado inmobiliario, exige a la Administración Pública crear instrumentos de gestión que permitan conjugar la agilidad de repuesta que es inherente a la satisfacción de estas necesidades sociales, con las garantías propias de la actuación pública”.*

En ejercicio de tales competencias, la Administración regional creó, en una primera etapa, una empresa mercantil (sociedad para la promoción de vivienda y suelo) a través de la Ley 10/1994, de 30 de diciembre, que posteriormente transformó en un organismo autónomo de carácter comercial y financiero, mediante la Ley 1/1999, al considerar que la forma societaria no casaba con la necesaria intervención pública que, a fin de lograr una mayor eficacia en la consecución de los programas de vivienda, debe existir en el mercado. Ejemplos de ambas tipologías encontramos en otras Comunidades Autónomas, y la razón esgrimida por aquéllas, como la CARM, que se decantaron por la opción de un organismo autónomo de carácter comercial y financiero, estribaba, fundamentalmente, en que su régimen jurídico se configuraba por las leyes de creación, permitiendo la posibilidad de sujeción al derecho privado, en sus relaciones con terceros, y al derecho administrativo, cuando ejercieran potestades públicas. Por ello, el artículo 2 de la Ley 1/1999 reconoce que el IVS goza de autonomía para el cumplimiento de sus funciones, conforme a las normas de derecho público y privado que sean aplicables, estableciendo que el régimen jurídico aplicable a las relaciones con terceros, derivadas de las funciones atribuidas al Instituto de Vivienda y Suelo, quedará sometido al derecho público o privado, según ejerzan o no potestades públicas (artículo 16). La ley de creación recoge las restantes peculiaridades en su funcionamiento, si bien en cuanto al régimen económico y de personal se someten a las regulaciones de la normativa general autonómica (artículos 15 y 18).

En todo caso, la tipología de organismo autónomo de carácter comercial y financiero entonces adoptada, se ajustaba a la otrora vigente Ley 1/1988, de 7 de enero, del Presidente, del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma, hoy derogada por la Ley 7/2004, que contiene una nueva clasificación de las entidades del sector público, e impone el mandato de adaptación de los organismos autónomos y demás entidades de

Derecho Público existentes a las previsiones de la misma (Disposición Transitoria Primera), que constituye la finalidad esencial del Anteproyecto de ley, pese a las modificaciones añadidas en la Disposición Final Primera del texto.

La indicada Ley regional 7/2004, al igual que la LOFAGE (Ley estatal 6/1997, de 14 de abril), denomina “organismos públicos” a las dos categorías típicas de entes con personificación de derecho público y, dentro de ellos, distingue los que en sus relaciones externas quedan sometidos al Derecho Público, “organismos autónomos”, y los que, por el contrario, quedan sometidos en sus relaciones externas al Derecho Privado, denominados “entidades públicas empresariales”. En nuestra Memoria correspondiente al año 2005 ya indicamos que aunque estos organismos comparten los rasgos de poseer personalidad jurídica diferenciada, patrimonio y tesorería propios, y autonomía de gestión respecto de la Administración general, la distinción entre ambas figuras se basa, dice la Exposición de Motivos de la Ley 7/2004 en su apartado III, en que mientras los organismos autónomos desarrollan actividades prestacionales que encuentran su campo normativo en el ámbito del derecho público, a las entidades públicas empresariales se les encomienda la realización de actividades y servicios sujetos a contraprestación económica, rigiéndose su actuación por el derecho privado, salvo en cuanto concierne al ejercicio de potestades públicas sujetas al derecho público.

Tales características se plasman en el articulado de la precitada ley regional. Así el artículo 43 define las funciones los organismos autónomos en los siguientes términos:

*“Los organismos autónomos se rigen por el Derecho Administrativo y se les encomienda en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de una Consejería, la realización de actividades administrativas de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos”.*

Y las de las Entidades Públicas Empresariales en el artículo 46:

*“1. Las entidades públicas empresariales son organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades y servicios económicos, prestacionales, o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación.*

*2. Las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus normas de creación y en la legislación presupuestaria.*

*3. Las potestades administrativas atribuidas a las entidades públicas empresariales sólo pueden ser ejercidas por aquellos órganos de éstas a los que sus estatutos asignen expresamente esta facultad”.*

**CUARTA.- Adecuación del ente instrumental elegido a los fines que se pretenden alcanzar con el IVS.**

El Anteproyecto de Ley propone la adecuación del IVS como organismo autónomo conforme al artículo 39.1.a) de la Ley 7/2004, si bien, como se ha indicado con anterioridad, reconociendo la libertad de elección por parte de la Administración regional del ente instrumental para el cumplimiento de las finalidades, siempre y cuando la opción elegida se ajuste a las notas legales caracterizadoras de dichos entes, no se documentan en el expediente las razones por las que desecha la opción de su conversión en entidad pública empresarial, en tanto éstas toman elementos de los extintos organismos autónomos de carácter comercial,

financiero o análogos, en la medida que se rigen por el derecho privado, excepto en la formación de voluntad de sus órganos, en el ejercicio de sus potestades administrativas y en aquellos otros aspectos previstos en sus normas de creación y en la legislación presupuestaria (artículo 46.2 de la Ley 7/2004).

Alcanzado este punto, el Consejo Jurídico considera que, en función de si el IVS centra esencialmente su ámbito de actuación en unas u otras tareas descritas en la Ley 1/1999 (artículo 3), podría subsumirse en una u otra forma de ente instrumental, de ahí la importancia de contar con el Plan de Actuación e incluso la Memoria Económica, en relación con las previsiones presupuestarias de su funcionamiento.

Así pues, si el IVS se contrae a determinadas actividades de ejecución de contenido económico (por ejemplo, la construcción de vivienda pública, adquisición de viviendas, suelo, ejecución de planes), podría ser adecuada la figura de entidad pública empresarial, en tanto son funciones de prestación material, aunque sin ánimo de lucro, que conllevan la realización de actividades o bienes de interés público susceptibles de contraprestación económica, lo que caracteriza a este tipo de entes, según nuestro Dictamen 123/2005; lo anterior vendría corroborado con el hecho de que su ley de creación cite, entre las fuentes de ingresos del IVS, a los que obtenga de enajenaciones u operaciones que realice en el ejercicio de sus funciones (artículo 14.g de la Ley 4/1999). También conviene citar, como precedentes, la adaptación seguida por otros entes, por ejemplo, la Sociedad Estatal de Promoción y Equipamiento de Suelo (SEPES), que tiene como finalidades las anteriormente descritas, y que se ha configurado como una entidad pública empresarial, al amparo de la misma tipología de la LOFAGE (Reales Decretos 370/1999, de 15 de marzo, y 1525/1999, de 1 de octubre, por el que se aprueba los Estatutos de la citada Entidad). Ciertamente otros aspectos del IVS, como el relativo al personal, no concuerdan con las previsiones de la Ley 7/2004 para las entidades públicas empresariales, pues dispone que el personal se rige por el derecho laboral, cuando el artículo 18 de la Ley 1/1999 previene que el régimen jurídico aplicable al personal del IVS será el establecido con carácter general para el personal al servicio de la Administración regional (personal funcionario o laboral). También, respecto a los recursos económicos, las entidades públicas empresariales deben financiarse con los ingresos que deriven de sus operaciones, siendo excepcional, cuando así lo prevea la ley de creación, las consignaciones específicas que tuvieran asignadas en los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma, aunque también es cierto que las leyes de creación están habilitadas para establecer excepciones en ambas cuestiones (artículo 47.3 y 52.2).

Pero el contraste con las previsiones legales no se agota en lo indicado, dado que en la Ley 1/1999 se establecen otras funciones y características del IVS, que sustentan igualmente su adecuación como organismo autónomo, de acuerdo con la propuesta realizada, por tratarse de actividades de fomento, que caracterizan a estos entes instrumentales, como destacamos en nuestro Dictamen 123/2005 ya citado, o de gestión de servicios públicos, si bien conviene destacar, por ejemplo, que la gestión de las ayudas establecidas por la normativa vigente para la promoción, adquisición y rehabilitación de vivienda protegida está atribuida a la Dirección General de Vivienda y Arquitectura, según el decreto de estructura. Abonarían su consideración como organismo autónomo, por ejemplo, las siguientes finalidades: la adjudicación de viviendas a los beneficiarios, la conservación del parque público de viviendas de la Comunidad Autónoma, el velar para que los proyectos de viviendas de promoción pública y sus equipamientos colectivos se ajusten en su diseño y características a las necesidades de los colectivos y ciudadanos a los que van dirigidos, la obligación de depositar las fianzas en el IVS para los arrendatarios de fincas urbanas con arrendamientos

sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, según la Disposición Adicional Primera de la Ley 1/1999. A lo anterior se sumaría otras funciones que, de contenido similar, puedan atribuirle los Estatutos del organismo.

También es lícito reconocer que la adecuación del IVS a un organismo autónomo permite mayor campo de actuación, en tanto éstos pueden, a su vez, crear entidades públicas empresariales para la ejecución de las funciones indicadas anteriormente, más caracterizadoras de esta tipología de organismo público.

En consecuencia, el Consejo Jurídico considera, sin rechazar la posibilidad de adecuación del IVS a un organismo autónomo de los previstos en la Ley 7/2004, que debería justificarse tal elección y las razones por las que se ha desechado la otra forma instrumental, teniendo en cuenta la realidad de las funciones que ejercita y de las actividades que pretenda asignar la Consejería al citado organismo, de acuerdo con lo indicado.

**QUINTA.-** Observaciones sobre el contenido del Anteproyecto.

I. Acomodación del Anteproyecto de Ley a las previsiones de la Ley 7/2004. El régimen jurídico del IVS como organismo autónomo.

En lo que se refiere a la acomodación del IVS como organismo autónomo, el Anteproyecto contiene tres artículos. El primero se refiere a su adecuación a la nueva tipología de organismo público; el segundo hace referencia a su régimen jurídico, señalando que se regirá por las disposiciones de la ley de creación (Ley 1/1999), por las disposiciones previstas para los organismos autónomos de carácter comercial y financiero o análogo y, en lo no previsto, por el régimen previsto para los organismos autónomos. El tercer artículo, relativo al control financiero, viene a reproducir lo dispuesto en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 7/2004.

Contrastando el texto propuesto con las exigencias previstas por la Ley 7/2004 para este tipo de organismo público, resulta:

1º. En cuanto al rango de la norma, si bien la Disposición Transitoria Primera permite, mediante decreto, la adaptación de los actuales organismos autónomos, cualesquiera que sea su carácter (entre los que se subsumiría el presente), al tipo de organismo autónomo previsto en la ley regional, sin embargo cuando la norma incorpore peculiaridades debe tener rango de ley, y así lo ha entendido acertadamente la Consejería consultante, si bien el Consejo Jurídico considera que no se ha plasmado adecuadamente en el Anteproyecto de Ley por las siguientes razones:

a) Según el artículo 40 de la Ley 7/2004, la ley de creación —aplicable analógicamente a las normas de adaptación— debe establecer no sólo el tipo de organismo que se crea o se adapta, y la Consejería de adscripción (artículo 1 del Anteproyecto), sino también sus fines generales, las potestades administrativas generales que puede ejercitar, sus órganos directivos y los recursos económicos, las peculiaridades de su régimen de personal, de contratación, patrimonial, y cualesquiera otras que, por su naturaleza, exijan normas con rango de ley. En consecuencia, no es suficiente establecer (artículo 2 del Anteproyecto) que el Instituto se regirá por las disposiciones de la ley de creación, sino que deben incorporarse al Anteproyecto los contenidos anteriores y sus particularidades, conforme a las previsiones de la Ley 7/2004. De otra parte, otros contenidos de la ley de creación (Ley 1/1999) formarán parte de los futuros Estatutos, teniendo en cuenta el artículo 41 de la Ley 7/2004 (la estructura organizativa y las funciones y competencias del organismo, el patrimonio que se

les asigne, etc.). Por tanto, parte de los contenidos de la Ley 1/1999 deben incorporarse, de acuerdo con lo expuesto, a la norma de adecuación, mientras que otros formarán parte de los futuros Estatutos, con independencia de que se establezca su vigencia transitoria hasta tanto se aprueben.

b) No puede sostenerse, tras su adecuación, que el IVS continuará rigiéndose, con carácter general, por las disposiciones específicas previstas para los organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo (artículo 2.1 del Anteproyecto), aun cuando con su régimen específico haya funcionado convenientemente, según la Exposición de Motivos del Anteproyecto (en lo sucesivo EM), con la justificación de que la Ley 7/2004 no ha derogado expresamente determinados artículos del TRLH (artículos 56, 98.2, etc.), puesto que éstos tienen una virtualidad limitada al periodo transitorio hasta su adecuación al nuevo marco legal, dado que la nueva tipología de entes instrumentales, prevista en la Ley 7/2004, ha derogado expresamente a este tipo de organismos (artículo 5 del TRLH). A mayor abundamiento, han sido suprimidos también estos mismos entes en el ámbito de la Administración General del Estado (Disposición Derogatoria de la LOFAGE, que afecta al artículo 4 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria), de modo que no puede mantenerse el régimen jurídico aplicable a los organismos autónomos de carácter comercial y financiero, más allá del periodo transitorio previsto para su adaptación. La solución, por tanto, debe venir dada por establecer en el presente Anteproyecto de Ley las peculiaridades que han permitido su correcto funcionamiento, según la EM, en materia de personal, contratación, etc. Por ello, debe suprimirse toda referencia a la permanencia del régimen jurídico de los organismos autónomos de carácter comercial y financiero, tanto en la EM, como en el articulado del Anteproyecto de Ley, puesto que han sido derogados estos entes instrumentales.

c) En consecuencia, el Consejo Jurídico considera que el Anteproyecto de Ley debería ser completado con los contenidos de la ley de creación (Ley 1/1999), que deben formar parte del mismo, según exigencias legales, desgajándolos de los que formarán parte de sus Estatutos, conforme a las previsiones de la Ley 7/2004, pudiendo establecerse en el Anteproyecto, respecto a estos últimos, que continuarán vigentes hasta tanto se produzca su aprobación. En todo caso, ha de suprimirse, en cuanto al régimen jurídico, las referencias a los organismos autónomos de carácter comercial y financiero, tanto en la EM, como en el artículo 2.1 del Anteproyecto. El nuevo texto resultante habría de ser tramitado y sometido nuevamente a Dictamen del Consejo Jurídico.

## II. Modificaciones puntuales a la Ley 1/1999.

Se utiliza también el Anteproyecto de Ley de adaptación para acometer ciertas modificaciones puntuales de la ley de creación, habiéndose aglutinado en la Disposición Final Primera del Anteproyecto, según las opciones contenidas en las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo de Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, acerca de las normas que contienen preceptos modificativos. Sin embargo, las modificaciones, salvo excepciones, tienen acogida en el articulado del Anteproyecto de Ley, cuando se completen con las previsiones de la Ley 7/2004 señaladas, o bien en los Estatutos. No obstante, caben realizar las siguientes observaciones:

1ª. Las relativas a reorganización administrativa o régimen de recursos.

a) Las numeradas con los números 1 y 2 no son propiamente modificaciones, sino actualizaciones de nombres debido a la reorganización administrativa regional, pues se indica



que donde figure en la ley 1/1999 la expresión Consejería o Consejero de Política Territorial y Obras Públicas ha de entenderse referido al departamento o titular, respectivamente, competente en materia de vivienda, cuestión, por otro lado, innecesaria, en tanto resulta aclarada por los Decretos 24/2007, de 2 de julio, de reorganización de la Administración regional, y 153/2007, de 6 de julio, que establece los órganos directivos de la Consejería consultante.

b) La numerada con el 4, consiste en adecuar y racionalizar la composición del Consejo del IVS a la reorganización administrativa de la Administración regional, sobre lo que nada tiene que objetar el Consejo Jurídico, cuya estructura organizativa habrá de ser desarrollada por los futuros Estatutos del organismo autónomo.

c) La numerada como 5 consiste en:

— Modificar el artículo 17.1 de la Ley 1/1999, suprimiendo el inciso de que los actos del Consejo del IVS ponen fin a la vía administrativa, si bien no se establece correlativamente ante qué órgano son recurribles, pues el artículo 27.2,b) de la Ley 7/2004 establece que los actos dictados por los máximos órganos de dirección colegiados serán recurribles en alzada ante el Consejero (Presidente del organismo), salvo que la ley de creación establezca otra cosa.

— Atribuir la competencia para resolver el recurso de alzada de los actos administrativos dictados por el Director al Presidente del Instituto, en lugar del Consejero, si bien esta modificación ya se había anticipado mediante el Acuerdo de 26 de diciembre de 2006 (publicado en el BORM de 16 de enero de 2007), por la que el Consejo del IVS acordó delegar en el Presidente (titular de la Consejería) la resolución de todo tipo de recursos y reclamaciones administrativas.

2ª) Adición de nueva causa de desahucio.

De las modificaciones propuestas, la número 3 es la de mayor calado, al afectar a las causas de desahucio de los beneficiarios de las viviendas de promoción pública de las que sea titular el Instituto.

En relación con la promoción pública de vivienda, se dispone de un Decreto regional 54/2002, objeto de nuestro Dictamen 112/2001 en fase de proyecto, por el que se regula la actuación de la Administración regional (régimen de disfrute, adjudicaciones, procedimiento, etc.), si bien conviene advertir que no se han regulado otros aspectos que atañen a la vivienda protegida, como el régimen sancionador y medidas accesorias, a diferencia de otras Comunidades Autónomas.

El apartado 3 de la Disposición Final Primera del Anteproyecto establece:

*“Proceder al desahucio de los beneficiarios de las viviendas de las que sea titular el Instituto conforme al procedimiento establecido y por las causas recogidas en los artículos 138 y siguientes del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial; y, en todo caso, cuando dichos beneficiarios hubiesen dejado de reunir los requisitos exigidos para la adjudicación de las viviendas o se encuentren incurso en cualquiera de los motivos de exclusión para su adjudicación”.*

La justificación de tal previsión, según el Preámbulo del Anteproyecto —que debería titularse EM en el Proyecto de Ley que se remita a la Asamblea Regional, por exigencias del artículo 46.5 de la Ley 6/2004—, es adoptar una medida insistentemente reclamada por

los agentes que intervienen en el cumplimiento de la función social de la propiedad que desarrolla el Instituto, y que se traduce en la inclusión de una nueva causa de desahucio de los beneficiarios de viviendas sociales de las que es titular el Instituto, cuando dichos beneficiarios dejen de serlo por no reunir los requisitos que la norma exige para su adjudicación, o por incurrir en alguno de los motivos reglados que impiden dicha adjudicación.

Sin embargo, no puede afirmarse que se trate de una causa nueva de desahucio, pues expresamente el artículo 138.5ª del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial al que se remite el Anteproyecto (Decreto estatal 2114/1968, de 24 de julio), establece, como causas especiales de desahucio, las infracciones graves o muy graves de las prescripciones legales y reglamentarias.

Concretamente el artículo 141 del Reglamento citado, que específicamente debería citarse, señala que el Instituto Nacional de la Vivienda podrá acordar, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo, el desahucio y, en su caso, lanzamiento de los arrendatarios o beneficiarios de las viviendas propiedad de dicho organismo, por cualquiera de las causas comprendidas en el artículo 138 ya citado.

Sin embargo, la regulación propuesta suscita las siguientes cuestiones no aclaradas en el texto:

a) La redacción contempla dos situaciones distintas respecto a los beneficiarios. En el último inciso, se recoge expresamente, como causa de desahucio, que dichos beneficiarios hubiesen dejado de reunir los requisitos exigidos para la adjudicación de las viviendas, lo que parece implicar que, con anterioridad, sí reunían los citados requisitos. En consecuencia, previamente al desahucio, habrá de determinarse si tales incumplimientos son constitutivos de infracción y, si lo fueran, incoarse el correspondiente expediente sancionador. En el caso de que no fueran constitutivos de infracción, tendría que ser revisado el acto administrativo de adjudicación (declarativo de derechos), mediante los procedimientos previstos en la legislación reguladora del procedimiento administrativo común.

b) Respecto a la última causa citada, relativa a que se encuentren incursos en cualquiera de los motivos de exclusión para su adjudicación, parece denotar que la adjudicación ha sido otorgada indebidamente, debiendo en tal caso acudir a los procedimientos de revisión de oficio o declaración de lesividad, en función de la causa que lo motive, previamente al desahucio, por tratarse de un acto declarativo de derechos que infringe el ordenamiento jurídico.

c) El Consejo Jurídico recomienda que se regule de forma más pormenorizada, al igual que lo han hecho otras Comunidades Autónomas, las medidas por el incumplimiento de la normativa de vivienda protegida, incluida la de promoción pública, conjuntamente con el régimen sancionador.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** La elección de un organismo autónomo de los previstos en la Ley 7/2004 para la adecuación del IVS, debería justificarse en razón de sus funciones, en contraste con la otra forma instrumental (entidad pública empresarial), por las razones indicadas en la Consideración Cuarta.

**SEGUNDA.-** El Anteproyecto de Ley no se acomoda plenamente a las previsiones de la Ley 7/2004, concretamente, en los siguientes aspectos que se consideran observaciones de índole esencial:

- En cuanto a la documentación, el Anteproyecto debe ser completado con la propuesta de Estatutos y Plan de Actuación (Consideración Segunda).
- En cuanto al contenido, ha de ser completado con las exigencias legales y peculiaridades en su régimen (Consideración Quinta I).

**TERCERA.-** En cuanto a las modificaciones introducidas a la Ley 1/1999 a través de la Disposición Final Primera, este Consejo Jurídico considera de carácter esencial la observación realizada a la numerada con el 3, sobre causas de desahucio de viviendas de promoción pública, titularidad del IVS.

**CUARTA.-** Las demás observaciones contribuyen a la mejora e inserción del texto en el ordenamiento jurídico, destacándose la realizada al Preámbulo, que debe sustituirse por Exposición de Motivos en el Proyecto de Ley, conforme a las exigencias de la Ley 6/2004.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 17/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 04/02/08**

**Extracto de Doctrina**

*1. Ante la existencia en el expediente de informes periciales de parte claramente contradictorios, es necesario recordar que en el procedimiento administrativo rige el principio de libre apreciación de la prueba, que seguirá las reglas de la sana crítica cuando de dictámenes periciales se trate (art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por ello, las pericias cuya fundamentación sea más minuciosa y rigurosa serán las que contribuyan de forma determinante a la convicción del juzgador.*

*2. la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración causante de daños físicos o psíquicos no constituye título suficiente, ni existe base legal alguna que lo ampare, para que el lesionado tenga el derecho de elegir la medicina privada como instrumento para la curación de sus lesiones y se le resarza de los gastos ocasionados por ello, sino que debe acudir al sistema sanitario público, y sólo tras una denegación o retraso asistencial indebidos o un error de diagnóstico, procede el resarcimiento de los gastos devengados por acudir, después, a la medicina privada.*

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 21 de diciembre de 2005, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud (SMS), en solicitud de una indemnización de 14.733,06 euros, más intereses legales, por los daños sufridos como consecuencia de un accidente ocasionado por la puerta de salida del Hospital Los Arcos de Santiago de la Ribera (San Javier).

Según la reclamante, el 24 de mayo de 2005, cuando salía del Hospital, la puerta automática de acceso se cerró de forma súbita e inesperada, al no funcionar el mecanismo que detecta el paso de personas, como consecuencia de un fallo en el sistema de seguridad de la misma. La reclamante, que contaba con 74 años de edad en el momento del accidente, cayó al suelo produciéndose graves lesiones.

Atendida por el Servicio de Urgencias del Hospital, se diagnostica una fractura de muñeca y se coloca una férula de yeso. Asimismo, la paciente fue vista por el especialista traumatólogo de zona, que le prescribe tratamiento rehabilitador, y por el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, Murcia, al que acudió ante el agravamiento de sus lesiones. Se aportan con el escrito de reclamación los informes emitidos por los diferentes facultativos que la asistieron.

Considera la reclamante que el defectuoso funcionamiento del sistema de seguridad de la puerta fue la causa del daño sufrido, lo que obliga a la Administración a resarcirle del mismo, mediante el abono de la correspondiente indemnización.

La cuantía de la indemnización es calculada conforme al sistema contenido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de los Vehículos a Motor, conforme al siguiente desglose:

— Días de baja impeditivos (75) y no impeditivos (78): 5.531,88 euros.

— Secuelas: muñeca dolorosa con desviación cubital (3 puntos); limitación movilidad flexoextensión muñeca moderada (5 puntos); algias lumbares y rodilla izquierda (2 puntos): 6.397,2 euros.

— Factor de corrección del 10%, respecto de la indemnización por secuelas.

Además, se reclama el importe del tratamiento rehabilitador seguido en una clínica privada de Mula (1.560 euros) y los gastos de desplazamiento en taxi desde la residencia de la interesada en Pliego hasta Mula para recibir la rehabilitación (604,8 euros).

Junto a la reclamación se acompaña copia de los siguientes documentos:

— Escritura de poder otorgado por la interesada a favor de la Letrada que interpone la reclamación en su nombre y representación.

— Diversa documentación médica que refleja la asistencia que le prestaron en los Hospitales Los Arcos y Virgen de la Arrixaca, y por la traumatóloga de zona.

— Hoja de queja o reclamación presentada ante la Dirección Gerencia del Hospital Los Arcos, que resulta ilegible en la copia remitida a este Consejo Jurídico.

— Informe de alta médica, de fecha 24 de octubre de 2005, firmado por un médico valorador del daño corporal de la Clínica “x” de Mula, donde la interesada recibe el tratamiento rehabilitador. Describe las lesiones como “*fractura colles muñeca izquierda*”

*con afectación intraarticular, lumbalgia postraumática y gonalgia rodilla izquierda*". En la exploración radiológica se aprecia: *"fractura consolidada con osteoporosis y artrosis articulación radiocarpiana"* en la muñeca izquierda; artrosis lumbar y gonartrosis en la rodilla izquierda.

Al alta se describen las secuelas ya indicadas en la reclamación, siendo coincidente también la valoración en puntos de cada una de ellas. Este informe, asimismo, señala el número de días improductivos y no improductivos por los que se reclama.

— Facturas emitidas por la Clínica "x." de Mula, por importe de 1.560 euros, en concepto de 6 consultas médicas y 60 sesiones de rehabilitación, y por el taxista que transportaba a la interesada desde su domicilio a la clínica, por importe de 604,8 euros.

**SEGUNDO.-** Por el Director Gerente del SMS se dictó resolución de admisión a trámite, que fue notificada a los interesados.

Así mismo, se solicitó al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca y al Hospital Los Arcos copia de la historia clínica de la reclamante e informes de los facultativos que la atendieron. Además, se requirió al último centro hospitalario para que aportara el informe del Servicio de Mantenimiento, sobre los hechos recogidos en el escrito de reclamación.

**TERCERO.-** Desde el Hospital Los Arcos se remite la documentación solicitada.

El informe del médico de Urgencias que asistió a la paciente hace constar lo siguiente:

*"Que habiendo prestado asistencia facultativa a . x., el día 24 de mayo de 2005, por accidente casual con traumatismo de muñeca izquierda, y presentando en la exploración física dolor e inflamación de la mencionada muñeca, se le diagnosticó fractura de tercio proximal radio muñeca izquierda. En el mismo día de la asistencia, se le dio de alta derivándola al Centro de Salud para valoración por médico de cabecera"*.

El informe del Jefe de Servicio de Mantenimiento del Hospital concluye que:

*"Habiendo sido informado al día siguiente del accidente acaecido a x., por parte del Jefe de Servicio de Admisión, personalmente procedí a la revisión de las puertas principales de acceso a este Hospital, para comprobar si las células fotoeléctricas que las mismas incorporan e impiden el cierre de las puertas, tenían algún fallo para detectar el paso de personas.*

*Revisadas las cuatro puertas correderas automáticas, que dan acceso y/o salida a este Centro, ninguna presentaba fallo alguno o error; siempre que dichas células fotoeléctricas, estén detectando el paso de personas y después del tiempo de espera desde su apertura que llevan los mecanismos.*

*No obstante y para evitar algún posible lamentable accidente, se incrementó el tiempo de permanencia de puertas abiertas y se disminuyó la velocidad de cierre de las mismas"*.

**CUARTO.-** Desde el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca se remitió copia de la historia clínica de la reclamante, en la que únicamente se contiene el informe de alta del Servicio de Urgencias de dicho Hospital, que ya había sido aportado por la interesada junto a su reclamación.

**QUINTO.-** Por la instrucción se solicita al Director Gerente del Hospital Los Arcos que se recabe la declaración del vigilante jurado que ese día prestó servicios en la puerta principal y que, de conformidad con lo indicado en la reclamación, pudo presenciar los hechos.

Por el Hospital se aporta el parte de incidencias del día 24 de mayo de 2005, emitido por la empresa de vigilancia, en el que no se recoge ninguna alusión a los hechos referidos en la reclamación.

**SEXTO.-** Otorgado trámite de audiencia a los interesados, la reclamante presenta escrito de alegaciones en el que, con base en el informe del servicio de Mantenimiento, considera probado el nexo causal, toda vez que en el mismo se apunta la posibilidad de un funcionamiento erróneo de las células fotoeléctricas de la puerta. Además, el hecho de que se repararan las puertas y se ampliaran los tiempos de cierre es demostrativo de que la puerta no funcionaba correctamente, pues, de lo contrario, *“ninguna reparación hubiese sido necesaria”*.

Asimismo, propone prueba testifical consistente en la declaración de dos testigos presenciales de los hechos descritos en la reclamación. También se solicita la declaración testifical de una persona que presenció la reparación de la puerta de acceso al Centro.

Se adjunta a dicho escrito de alegaciones proposición de prueba documental, consistente en la contestación dada por la Gerencia del Hospital a la queja presentada por la reclamante, afirmando que en ella se reconoce el accidente. Dicha contestación es del siguiente tenor:

*“En relación a su reclamación, (...), le comunicamos que por parte de esta Gerencia lamentamos profundamente el percance que sufrió con la puerta de entrada en el Hospital de los Arcos. Le rogamos que acepte nuestras más sinceras disculpas. No obstante hemos procedido a revisar y modificar los tiempos de cierre de todas las puertas automáticas del Hospital, incrementando la duración del proceso de cierre y aumentando el tiempo en que permanecen abiertas, con el fin de evitar que se produzcan en lo sucesivo hechos similares al que usted sufrió”*.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 23 de agosto de 2006, la instructora comunica a la reclamante la admisión de la prueba documental propuesta, declarando improcedentes por innecesarias las pruebas testificales, toda vez que los hechos cuya acreditación se persigue con tales medios *“han resultado probados de los documentos que obran en el expediente”*.

**OCTAVO.-** Solicitado por la instrucción dictamen pericial acerca de la valoración de los daños sufridos por la interesada, es emitido por la correduría de seguros del SMS. Sus conclusiones, en relación con dicha valoración, son del siguiente tenor:

*“3.- La reclamante, como consecuencia cierta de una caída sufrió fractura del tercio distal del radio izquierdo por la que fue atendida en el Hospital de La Arrixaca inmovilizando la articulación con férula de yeso durante 30 días al cabo de los cuales se solicitó rehabilitación. La reclamante ha seguido rehabilitación en un centro privado durante 60 sesiones hasta la consolidación de las secuelas. Consta acreditación documental de osteoporosis y artrosis generalizadas previas.*

*4.- No disponemos de acreditación objetiva de las secuelas reclamadas. No obstante podemos desestimar las referentes a la columna lumbar y la rodilla izquierda que conocemos atribuidas a artrosis previa según informes clínicos. El método de valoración de parte presentado no nos permite conocer el estado basal de la paciente al no comparar la exploración articular con el lado contrario, no tener en cuenta las pre-existencias e inter-*

*pretar la fractura como doble e intraarticular cuando existen evidencias suficientes en la evolución de lo contrario.*

*Y última.- La valoración del daño corporal que concluye este dictamen se ha elaborado en base a las secuelas que pueden considerarse acreditadas o acreditables de la documentación aportada y que consisten en 31 días de impediación, seguidos de 90 de baja y 5 puntos de secuela además de los gastos. Todo ello, siguiendo de modo orientativo los criterios del Sistema para Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación incluido en el RDL 8/2004 y su actualización, asciende a la cantidad de 8.861,33 euros por todos los conceptos”.*

**NOVENO.-** Conferido nuevo trámite de audiencia a la reclamante, presenta alegaciones para ratificarse en las formuladas en su escrito de solicitud inicial y discutiendo la valoración de las secuelas efectuada por la correduría de seguros, pues sus autores no han seguido la evolución de la lesionada ni la han examinado, a diferencia de los facultativos que emitieron el informe de alta y en el que se basa la valoración contenida en la reclamación.

**DÉCIMO.-** Por la instrucción se formula propuesta de resolución parcialmente estimatoria pues, si bien considera que existe responsabilidad patrimonial de la Administración, rebaja la indemnización a 8.861,33 euros, coincidente con la valoración contenida en el informe pericial de valoración de secuelas de la correduría de seguros.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

#### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento.

1. La reclamante, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en la omisión de las medidas de seguridad exigibles en las instalaciones en que se presta el servicio público sanitario, en orden a prevenir la producción de daños a las personas, ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

La legitimación pasiva deriva de la titularidad pública del centro sanitario en el que ocurrió el accidente, el Hospital Los Arcos de Santiago de la Ribera, dependiente del Ente Público SMS.

2. La acción indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo de 1 año que, para la prescripción del derecho a reclamar, establece el artículo 142.5 LPAC.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa. Sin embargo, la objetivación alcanzada por el instituto de la responsabilidad patrimonial no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de los servicios públicos, con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (Dictamen n°. 192/03).

1. El daño.

En el presente supuesto la reclamante solicita la indemnización de daños de carácter diverso, que abarcan desde las secuelas dejadas por la caída hasta los gastos que se vio obligada a afrontar en orden a seguir el tratamiento rehabilitador prescrito, así como los días de incapacidad originados por el accidente.

La realidad de tales daños queda acreditada por los diversos informes obrantes en el expediente, si bien no es pacífica la relación causal de todos ellos con el accidente, singularmente de algunas secuelas, atendidas las patologías que sufría la interesada con anterioridad al mismo.

La determinación de cuáles de los daños alegados pueden ser vinculados causalmente con el accidente y cuáles no, así como su valoración económica, se difiere, por razones sistemáticas, a la última Consideración de este Dictamen.

2. El nexo causal.

Se imputa el daño a una omisión del centro hospitalario, cual es la debida conservación de los mecanismos de apertura y cierre de las puertas automáticas de acceso al edificio.

De acuerdo con la documentación obrante en el expediente puede inicialmente concluirse, con la propuesta de resolución, la realidad del accidente y que concurrieron las circunstancias expresadas en la reclamación. Se alcanza esta conclusión, fundamentalmente, de la lectura de la carta enviada por la Gerencia del Hospital a la lesionada, en contestación a la queja presentada. En ella, la Administración reconoce expresamente que el accidente se produjo en el lugar indicado por la interesada y, de forma implícita, que se debió a un funcionamiento inadecuado de los mecanismos de seguridad de la puerta.

Del mismo modo, el hecho de que, con posterioridad al accidente, se procediera a revisar dichos sistemas y a alterar el proceso de cierre automatizado, ampliando el tiempo en que las puertas permanecen abiertas, es un indicio de que el ajuste del automatismo no



era el más adecuado, siendo susceptible de provocar incidentes. Así puede inferirse también del informe del Servicio de Mantenimiento del Hospital, cuando indica que las puertas no presentaban fallos o errores, “*siempre que dichas células fotoeléctricas estén detectando el paso de personas y después del tiempo de espera desde su apertura que llevan los mecanismos*”.

En cualquier caso, la reclamante agota sus posibilidades de prueba proponiendo que se recabe la declaración de dos testigos presenciales del accidente, siendo inadmitida al considerar la instructora que los hechos quedaban ya plenamente acreditados con la documentación obrante en el expediente.

En definitiva, se coincide con la propuesta de resolución en apreciar la existencia de nexo causal entre el anormal funcionamiento de los servicios públicos, en su modalidad omisiva, y las lesiones de la interesada, que cabe calificar de antijurídicas en la medida en que no venía obligada a soportarlas. Corolario de lo expuesto es la necesaria declaración de existencia de responsabilidad patrimonial, al concurrir en el supuesto sometido a consulta todos los requisitos exigidos por el ordenamiento para su nacimiento.

#### **CUARTA.- Cuantía de la indemnización.**

Como ya indicábamos en la Consideración precedente, no todas las secuelas alegadas por la interesada pueden ser imputadas a la caída y, en consecuencia, indemnizadas.

1. Antes de entrar en el análisis concreto de dichas secuelas, y ante la existencia en el expediente de informes periciales de parte claramente contradictorios, es necesario recordar que en el procedimiento administrativo rige el principio de libre apreciación de la prueba, que seguirá las reglas de la sana crítica cuando de dictámenes periciales se trate (art. 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Por ello, las pericias cuya fundamentación sea más minuciosa y rigurosa serán las que contribuyan de forma determinante a la convicción del juzgador. En el supuesto sometido a consulta, la comparación de los informes periciales aportados a la luz de tales criterios permite decantarse por el de la correduría de seguros del SMS, no sólo por el detalle y precisión de sus argumentos y apreciaciones, sino también porque puesto su contenido en conocimiento de la interesada, con ocasión del segundo trámite de audiencia concedido, no ha sido desvirtuado mediante un informe técnico que lo contradiga, siendo insuficientes a tal efecto las alegaciones efectuadas por la representación letrada de la interesada, acerca del mayor conocimiento sobre la evolución de las lesiones de quienes asistieron a la paciente durante el proceso de curación.

Asimismo, en supuestos como el presente en que la interesada comienza siendo atendida por el sistema público de salud, para abandonarlo después, debe prestarse especial atención a los informes, ya sean asistenciales o periciales, emitidos por los facultativos públicos, por la imparcialidad y objetividad a que vienen obligados sus autores.

2. Entrando ya en el detalle de las secuelas alegadas, han de efectuarse las siguientes consideraciones:

a) No pueden imputarse a la caída secuelas que, sin una prueba médica rigurosa de su vinculación causal con ella, estén relacionadas con patologías preexistentes, tales como las algias lumbares y de la rodilla izquierda, que estarían muy relacionadas con la osteoporosis y artrosis generalizadas que se indican en el informe de alta del Servicio de Urgencias de la Arrixaca (folio 17 del expediente).

Además, este informe, emitido el 26 de mayo de 2005, dos días después del accidente, es el primero que alude a las algias lumbares y en la rodilla, sin que en las asistencias previas (en urgencias de Los Arcos y por la traumatóloga de zona) se mencionaran tales males. De hecho, es significativo que en la anamnesis del referido informe no se haga mención a la caída sufrida dos días antes como posible causa de los dolores y sí se destaque el resultado del estudio radiológico: osteoporosis y artrosis generalizadas.

b) El informe aportado por la interesada señala la existencia de un recorrido intraarticular de la fractura que llega a definir como “de Colles”. Sin embargo, en sentido estricto debe entenderse por tal “*la que afecta a los tercios distales de cúbito y radio —ambos huesos del antebrazo y no sólo el radio como ocurre en el caso de la interesada—, sin participar de los mismos más allá de la metáfisis y, por tanto, sin posibilidad de afectar a la articulación*” (dictamen de la correduría de seguros). Por otra parte, no se califica como tal dicha fractura en los informes de los facultativos públicos, que únicamente aluden a la del radio, e, incluso, la evolución de la lesión parece contradecir la versión del informe aportado por la interesada, acerca de la afectación de la articulación radiocarpiana, pues este tipo de lesiones oseoarticulares habitualmente evolucionan de forma muy desafortunada, como no es el caso (dictamen de la correduría).

c) Tampoco parece compatible con las lesiones descritas en los informes de la sanidad pública que se produjera una desviación cubital, cuando la fractura afectó al lado radial (el contrario del mismo antebrazo), salvo que se hubiera producido un exceso en la consolidación que ni se informa ni sería propio de una paciente osteoporótica.

d) En consecuencia, aceptando en este extremo la valoración contenida en el informe pericial de la correduría de seguros, las secuelas indemnizables serían las siguientes: a) limitación de un 40% en la flexión de la muñeca (3 puntos); y b) artrosis postraumática de la muñeca (2 puntos).

3. En relación con el período de incapacidad, el informe de la interesada afirma que tardó en curar 153 días, de los cuales 75 fueron impeditivos y 78 no impeditivos. No aporta el informe dato alguno sobre la evolución de las lesiones, fechas de revisiones (consta en la factura de la clínica que la interesada precisó de 6 consultas, pero sin indicación de fecha alguna) o informes de alta o baja que permitan acotar el tiempo entre impeditivo y no impeditivo. No obstante, comoquiera que la interesada hubo de llevar una férula, cuya retirada se produjo el 24 de junio de 2005, un mes después del accidente (no 6 semanas como indica el informe de la clínica), comenzando entonces tratamiento rehabilitador, a falta de otros datos, puede considerarse razonablemente dicha fecha como la frontera entre el período impeditivo y el no impeditivo, debiendo computarse entonces 31 días impeditivos.

En cuanto a los días no impeditivos, considera el Consejo Jurídico que serían los restantes hasta el alta, es decir, 122. No comparte este Órgano Consultivo la apreciación relativa al cómputo de tales días efectuada por el dictamen de la correduría de seguros (90 días), pues si bien puede admitirse el criterio de que la incapacidad terminaría al finalizar el tratamiento rehabilitador, no cabe computar las sesiones de rehabilitación como días naturales, de forma que a 60 sesiones correspondan dos meses. De hacerlo, se efectuaría un cómputo alejado de la realidad, en la medida en que no se tendrían en cuenta días inhábiles como los fines de semana. Antes bien, cabe computar las 60 sesiones con un ratio de 5 por semana (1 por cada día laborable), lo que arroja un total de 12 (60/5) semanas, que, en días naturales, equivalen a 84 (12x7). Si a ellos se añade el descanso vacacional a que alude el referido dictamen (31 días), alcanzamos la cifra de 115 días, muy próxima ya a la fecha del alta.

4. Disiente también este Consejo Jurídico del dictamen de la corredería de seguros, en el extremo de los gastos derivados del tratamiento rehabilitador.

Según indicamos en los Dictámenes 157/2004 y 58/2006, entre otros, el supuesto que nos ocupa, es decir, el de daños personales producidos por el funcionamiento de servicios públicos para cuya curación el interesado acude a la sanidad privada, en vez de al sistema público de salud al que tenía derecho por estar bajo la cobertura del sistema de Seguridad Social, ha sido abordado en diferentes ocasiones por el Consejo de Estado. Así, en su Dictamen de 5 de diciembre de 2000 (exp. 3098/2000), dicho Órgano Consultivo indicó lo siguiente:

*“No procede indemnizar a la reclamante por los gastos médicos que ha realizado, fundamentalmente, porque, en su condición de funcionaria, tenía cobertura sanitaria pública, de tal manera que su legítima decisión de acudir a la sanidad privada en modo alguno puede implicar que la Administración deba soportar los gastos por tal motivo sufragados por la interesada.*

*Por lo demás, no consta que haya mediado urgencia vital (en cuyo caso debería haberse articulado la reclamación como un supuesto de reintegro de gastos), ni negativa injustificada al tratamiento en la sanidad pública, razón por la que la interesada debe asumir las consecuencias derivadas de su legítima decisión de acudir a la sanidad privada, pues otra solución implicaría en este caso que, a través del instituto de la responsabilidad, se estuviera incumpliendo la regulación legal relativa a los supuestos en los que, tratándose de personas con cobertura de la sanidad pública, procede abonar los gastos en la sanidad privada”.*

En esta línea, en el Dictamen de 27 de noviembre de 2003 (exp. 3322/2003), recordó que *“debe dilucidarse si los gastos realizados en la medicina privada son asumibles por la Administración sanitaria o deben ser soportados por el propio interesado. Únicamente procedería el abono de tales gastos, a título de responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, en el caso de error de diagnóstico o inasistencia en la sanidad pública, y a título de reintegro de gastos, en el caso de que la atención en la sanidad privada traiga causa de una “urgencia vital”, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud”.*

En el supuesto sometido a consulta, la reclamante acudió a servicios sanitarios privados para que se le prestara el tratamiento rehabilitador prescrito por la traumatóloga de zona, sin que en ningún momento conste que recabara la asistencia sanitaria pública.

Como se desprende del Dictamen de 5 de diciembre de 2000 antes citado, la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración causante de daños físicos o psíquicos no constituye título suficiente, ni existe base legal alguna que lo ampare, para que el lesionado tenga el derecho de elegir la medicina privada como instrumento para la curación de sus lesiones y se le resarza de los gastos ocasionados por ello, sino que debe acudir al sistema sanitario público, y sólo tras una denegación o retraso asistencial indebidos o un error de diagnóstico, procede el resarcimiento de los gastos devengados por acudir, después, a la medicina privada. Tal planteamiento es, por lo demás, plenamente coherente con la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa, pues si el deber de resarcimiento de los daños causados por la Administración a un concreto ciudadano es un mecanismo de solidaridad de ésta (es decir, de la comunidad de ciudadanos a la

que representa) con aquél, es lógico que el mecanismo de reparación de los daños físicos y psíquicos sea el sistema sanitario público, esto es, el de Seguridad Social, que se nutre esencialmente, como es sabido, de la participación financiera solidaria del conjunto de los ciudadanos. Lo contrario, es decir, si los lesionados por causa imputable a la Administración pública pudieran elegir el sistema, público o privado, de asistencia sanitaria, no sólo se eludiría el régimen jurídico aplicable en materia sanitaria (que no excepciona, desde luego, los supuestos en que la demanda asistencial tenga su origen en una presunta responsabilidad patrimonial administrativa), sino que las obligaciones financieras para las Administraciones Públicas reclamadas serían, en muchas ocasiones, inasumibles.

En el supuesto sometido a consulta, es evidente que no puede aceptarse la existencia de una denegación o retraso asistencial de los servicios sanitarios públicos, porque no consta que la reclamante acudiera a los mismos. Tal circunstancia lleva a desestimar la indemnización de los gastos reclamados por el tratamiento rehabilitador, pues dicha prestación estaba cubierta por el sistema sanitario público.

Lo anterior presupone, claro está, la efectiva acreditación de que la paciente estaba bajo la cobertura del Sistema Nacional de Salud, circunstancia que, aunque pudiera presumirse de la atención prestada por la sanidad pública en los dos días siguientes al accidente, no aparece cumplidamente acreditada. Por ello, procede la acreditación formal de que la interesada tiene derecho a la asistencia sanitaria pública en los términos establecidos en los artículos 5 y 6 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social, y normas concordantes de aplicación. De ser así, habría tenido derecho a la asistencia rehabilitadora, prestación sanitaria facilitada directamente a las personas por el Sistema Nacional de Salud (Anexo I, Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, por el que se regula la ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, vigente a la fecha del accidente).

5. En íntima conexión con el criterio anterior se encuentra la determinación de si los gastos de transporte a la clínica han de ser indemnizados. No consta en el expediente si en el lugar de residencia de la interesada (Pliego) se ofrece la prestación de rehabilitación por el Sistema Nacional de Salud. De ser así, la decisión de dirigirse a Mula para ser tratada sería una opción voluntaria y personal que no daría derecho a ser indemnizada por los gastos de transporte. En cambio, si no existe la posibilidad de someterse a rehabilitación en Pliego con cargo a la Sanidad Pública, el desplazamiento a Mula sí debería indemnizarse, atendida además la cercanía entre ambas poblaciones.

Debe, pues, completarse la instrucción para determinar dicha premisa indicada, con anterioridad al abono de la indemnización.

6. Se coincide en la apreciación del dictamen de la correderuría de seguros acerca de la improcedencia de aplicar factor de corrección alguno, atendida la edad no laboral (74 años) de la lesionada en el momento del accidente.

7. En consecuencia, aplicando los criterios indicados, el importe de la indemnización sería el siguiente:

A. Por secuelas: 5 puntos.

Atendida la fecha del accidente (24 de mayo de 2005) y la edad de la lesionada al momento de producirse (74 años), el valor correspondiente al punto es de 508,31 euros, de

conformidad con las cuantías aprobadas por Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, de 7 de febrero de 2005. Se aplica la cuantía correspondiente al año del accidente, al encontrarnos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y así exigirlo su régimen, de conformidad con el artículo 141.3 LPAC, según el cual la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento.

El importe de la indemnización por secuelas asciende, por tanto, a 2.541,55 euros.

B. Por incapacidad temporal:

— 31 días improductivos, a 47,28 euros/día: 1.465,68 euros.

— 122 días no improductivos, a 25,46 euros/día: 3.106,12 euros.

Indemnización total por secuelas e incapacidad temporal: 7.113,35 euros.

A esta cantidad habrá de sumársele la acreditada en el expediente en concepto de transporte de la interesada desde su domicilio al centro rehabilitador, si se da la premisa indicada *ut supra*.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Se informa favorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al apreciar la concurrencia de todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

**SEGUNDA.-** La cuantía de la indemnización debe ajustarse a la indicada en la Consideración Quinta de este Dictamen, más su pertinente actualización, conforme a lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 18/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 04/02/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Como ha expresado este Consejo Jurídico en precedentes Dictámenes, el lugar no presentaba características que pudieran causar más riesgo que el ordinario en una instalación escolar; siendo el daño fruto del normal desenvolvimiento del alumno en el centro, que*

*genera unos riesgos inherentes a la misma existencia del servicio que la Administración no puede evitar, pues la vigilancia de los alumnos no puede ser entendida en unos términos tan absolutos que impidan dicho normal desenvolvimiento, sin que, por otra parte, consten circunstancias especiales que hubieran demandado una específica vigilancia del alumno a este respecto.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 21 de mayo de 2007, x. presentó, en el centro escolar de educación primaria (CEIP) “Los Álamos” de Murcia, una reclamación por daños y perjuicios contra la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia por las lesiones sufridas por su hijo x. el 1 de junio de 2006 en el citado centro.

En la citada reclamación se alega, entre otras consideraciones, lo siguiente:

*“Con fecha 1 de junio de 2006 y con ocasión de actividades en el Colegio Público Los Álamos de Murcia, mi hijo sufrió un accidente como consecuencia de ir corriendo a la fila al sonar el timbre de final del recreo y tropezarse en el pronunciado dibujo que tienen las losas que rodean las entradas al edificio, provocando una caída hacia delante.*

*La sorpresa del tropezón provocó el que, pese a poner los brazos por delante, no pudiera evitar un muy fuerte impacto de la boca contra el suelo provocando la fractura de los dos dientes frontales superiores (...).*

*Otros alumnos han sufrido caídas similares como consecuencia del tipo de losa que existe en el Centro”.*

Junto a dicho escrito se acompaña la siguiente documentación:

—Fotocopia compulsada del Libro de Familia.

—Factura expedida el 1 de junio de 2006 por persona desconocida, por importe de 180 euros, por honorarios de reconstrucción dental (Obra en la factura el membrete del Colegio Oficial de Odontólogos y Estomatólogos de la Región de Murcia).

**SEGUNDO.-** Con fecha 14 de junio de 2007, la Secretaria General de la Consejería de Educación y Cultura dicta resolución admitiendo a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y designando instructora del procedimiento, siendo notificada dicha resolución a la interesada el 27 del mismo mes.

**TERCERO.-** A instancia del órgano instructor, con fecha 14 de junio de 2007 se solicita informe al Director del Centro sobre las circunstancias que ocurrieron en los hechos y otras cuestiones.

El 16 de julio siguiente se recibe en la Consejería un escrito del Director del Centro al que adjunta informe del tutor, realizado en fecha 1 de junio de 2006, que expresa lo siguiente:

*“Una vez concluido el tiempo del recreo, x., sale corriendo para llegar pronto a la fila, tropieza y se cae.*

*Inmediatamente es atendido por una profesora que le presta el auxilio necesario. El niño dice que se había roto los dientes (...).”.*

Además, adjunta un informe-circular de 6 de junio de 2006 en el que, entre otras consideraciones, señala lo siguiente:

*“El pasado jueves al tocar la sirena para entrar al recreo un alumno, en su afán por llegar pronto a la fila, se cayó al suelo golpeándose en la boca.*

*Rápidamente fue atendido por varios profesores (...).*

*El porche es un lugar para charlar, descansar y actividades tranquilas. En este espacio están prohibidos los balones o las carreras. (...).*

*Sobre lo que dice la madre, señalar:*

- 1. Que no se han producido accidentes que haga pensar en ese lugar como un “punto negro” en el centro.*
- 2. Que en caso de haber sido así, hubiéramos solicitado de las administraciones competentes el arreglo en dicho punto.*
- 3. No tenemos conocimiento de las caídas que en su escrito se nombran y que, realizada en aquel momento una inspección visual, no se detectó nada en especial.”*

**CUARTO.-** En fecha 24 de julio de 2007 se procede a solicitar informe a la Unidad Técnica de Centros Educativos, para que se pronuncie sobre el estado de conservación de las losas del centro, así como si éstas son adecuadas para el uso de niños de primaria y si cumplen con la normativa vigente aplicable.

Dicho informe es emitido el 25 de octubre siguiente, en el que se señala, tras visita al centro y adjuntando una foto del porche en el que sucedió la caída, lo siguiente:

*“La zona en la que tuvo lugar el accidente corresponde a un porche de entrada que comunica el interior del centro con el patio de juegos. Está pavimentado con baldosa antideslizante de terrazo comúnmente denominada “de taco”, la cual presenta un buen estado de conservación. No se aprecia ninguna irregularidad en esta superficie que denote signo alguno de peligrosidad para el alumnado.*

*A la vista de lo anteriormente expuesto, se concluye:*

*El estado de conservación del pavimento de las baldosas de terrazo en las que se produjo el accidente es bueno.*

*Se considera adecuado el tipo de pavimento existente en el centro para su uso por parte del alumnado de Educación Primaria.*

- Según el artículo 5.2 del Capítulo II de la Orden de 15 de octubre de 1991 de la Consejería de Política Territorial, Obras Públicas y Medio Ambiente, “sobre la supresión de barreras arquitectónicas en espacios públicos y edificación”, establece (sic) lo siguiente: “Los pavimentos destinados al tránsito peatonal serán, en general, duros y antideslizantes”, por lo que el pavimento en cuestión cumple la normativa vigente aplicable, ya que dichas baldosas de terrazo cumplen estas especificaciones.*
- No se considera que el dibujo del pavimento constituya ningún tipo de riesgo o peligro para los alumnos del centro”*

**QUINTO.-** Con fecha 6 de noviembre de 2007 se procede a la apertura del trámite de audiencia para que la reclamante pudiera tomar vista del expediente y realizar las alegaciones que considerase convenientes.

En fecha 21 de noviembre comparece en las dependencias de la Consejería x., padre del menor, alegando que la demora en la presentación de la solicitud fue con objeto de observar las secuelas que pudieran aparecer a lo largo del tiempo como consecuencia del impacto, según indicaciones del odontólogo, y se lleva copia de determinados documentos obrantes en el expediente.

**SEXTO.-** El 3 de enero de 2008 se formuló propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que no existe la adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos y los daños por los que se reclama.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Plazo, legitimación y procedimiento.

I. La acción indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

II. El hijo de la reclamante, menor de edad (actuando su madre en su representación legal), al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva de la titularidad pública predicable tanto de la actividad educativa con ocasión de la cual se produce el accidente, como del centro docente en el que ocurrió el accidente, dependiente de la Consejería competente en materia de Educación.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

#### **TERCERA.-** Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama. Inexistencia.

I. De las actuaciones practicadas puede afirmarse la conformidad de este Órgano Consultivo con la propuesta de resolución que las concluye, al no advertir que concurran en el accidente sufrido por el alumno todos los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada a causa del mismo.



En efecto, según el artículo 139 LPAC, cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, aquéllos tienen el derecho a que la Administración les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter marcadamente objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el sólo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado, en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, con el que coincide este Consejo Jurídico al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que *“deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”*

II. Aplicado lo anterior el caso que nos ocupa, la Unidad Técnica de instalaciones escolares informó que el pavimento empleado en el porche en el que cayó el alumno cumple las exigencias establecidas en la normativa vigente. Además, de lo informado por el centro se desprende que tal porche no es un lugar destinado a carreras o juegos que puedan implicar un riesgo especial para los alumnos.

Así, y como ha expresado este Consejo Jurídico en precedentes Dictámenes, el lugar no presentaba características que pudieran causar más riesgo que el ordinario en una instalación escolar, siendo el daño fruto del normal desenvolvimiento del alumno en el centro, que genera unos riesgos inherentes a la misma existencia del servicio que la Administración no puede evitar, pues la vigilancia de los alumnos no puede ser entendida en unos términos tan absolutos que impidan dicho normal desenvolvimiento, sin que, por otra parte, consten circunstancias especiales que hubieran demandado una específica vigilancia del alumno a este respecto.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir la adecuada relación de causalidad entre el daño sufrido por el alumno y el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 19/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 04/02/08**

**Extracto de Doctrina**

*Es doctrina del Consejo de Estado que no pueden ser imputados a la Administración todo tipo de perjuicios cuyo origen se encuentre en la conducta de los alumnos, sino que habrán de tenerse en cuenta factores como la edad de éstos, las circunstancias en las que el suceso se produjo o las posibilidades reales de controlar las conductas de los jóvenes por las autoridades docentes (Dictamen 809/1999). Por ello excluye cualquier relación causal entre el servicio público educativo y los incidentes o hechos dañosos producidos por alumnos fuera del horario escolar, pues no se comprende cómo los profesores, que ya no tienen a los alumnos bajo su guarda, pueden evitar los correspondientes daños (Dictamen 2425/2002).*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 14 de marzo del 2007, x. presenta lo que denomina como “solicitud de daño patrimonial”, adjuntando fotocopia de un escrito, de fecha 14 de febrero de 2007, donde relata los hechos acontecidos la tarde del 7 de febrero anterior, en los que funda su reclamación. El escrito es del siguiente tenor literal:

*“Me encontraba realizando mi trabajo de la tarde (tutoría, preparación de clases, etc) en el despacho de profesores. Al ser un centro muy pequeño sólo estaba yo esa tarde de guardia en horario de 4 a 6 de la tarde. Estando trabajando, entró en el despacho la conserje del centro, solicitando mi opinión y ayuda al estar unos alumnos mayores en el patio del centro y en la puerta de la calle, faltándole al respeto, incordiando, ensuciando y subiéndose encima de algún coche.*

*Salí a ver que pasaba y les reprendí su mala conducta diciéndoles que no les habíamos enseñado ese tipo de cosas y que por favor dejaran de mantener esa conducta y se fueran a otro lugar.*

*Volví a la sala de profesores y continué con mi trabajo, cuando acabé me fui para mi casa y al llegar al garaje descubrí unas pintadas con rotulador permanente y arañazos en la parte delantera del coche y en una puerta.*

*El día 8-2-07, jueves, fui a mi trabajo y comenté lo sucedido, y me dijo la conserje que a ella le habían arrancado la matrícula del coche. Pregunté a un niño que si sabía quién había estado con los rotuladores y me dijo (junto con otra compañera que estaba allí) que su hermana y otro grupo de niños habían estado pintando en la valla y que no sabía nada más.*

*Al haber sido algunos niños de los que allí estaban antiguos alumnos del centro decidí llamar por teléfono a las familias para poder hablar de lo que había ocurrido y llamé a los padres de los siguientes alumnos para tener una reunión con ellos (siguen los nombres de tres alumnos)”.*

El resultado de dicha reunión fue que los padres de dos de los alumnos se comprometieron a reparar los desperfectos sufridos por ambos vehículos, si bien con posterioridad se negaron a hacerse cargo de la reparación.

Adjunta, asimismo, fotocopia de un escrito de fecha 12 de marzo de 2007 en el que detalla las conversaciones mantenidas con la Inspección Educativa, el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales y el Servicio Jurídico de la Consejería de Educación.

Consta al folio 11 del expediente la declaración de un compañero de la interesada en la que plasma el relato de los hechos que le efectuó ésta.

**SEGUNDO.-** Con fecha 13 de abril de 2007, se requiere a la reclamante para que subsane los defectos de que adolece su solicitud, lo que hará mediante la aportación de fotocopia compulsada de su DNI, así como factura original del taller mecánico, por importe de 261 euros.

**TERCERO.-** El 4 de mayo siguiente la Secretaria General de la Consejería de Educación y Cultura, resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del procedimiento.

**CUARTO.-** Solicitado informe acerca de los daños y la cuantía a que asciende la reparación, el Parque Móvil Regional afirma que la cantidad reclamada por los conceptos que se detallan en la factura se ajusta aproximadamente a los precios reales de mercado.

**QUINTO.-** Por la instructora se solicita que la conserje del centro informe sobre determinados extremos relacionados con los hechos del 7 de febrero de 2007.

La funcionaria manifiesta que *“estando en el patio del colegio, observé que en el jardín que está situado frente al mismo habían, creo recordar, tres chicos y dos chicas y vi que una de ellas estaba dando saltos encima del capó de un coche. Por mi parte, les dije que podían estropear el mismo a lo que me contestaron que el coche no era mío y que, por lo tanto, me callara. Ante esta actitud, me fui al colegio y lo comenté con x., que se encontraba en su turno de tarde, y ella decidió salir para hablar con ellos, lo que hizo con educación y buenos modales, pero ellos le contestaron groseramente, ante lo cual les dejamos y volvimos al colegio.*

*Debido a que en la fecha en que ocurrieron los hechos yo llevaba poco tiempo en el colegio no conocía a ninguno de estos chicos y chicas, aunque sí puedo asegurar que no pertenecían al colegio ya que eran mayores que los alumnos de este centro.*

*Al finalizar el trabajo, y al ir a coger los coches, vimos que al mío le habían arrancado la matrícula y que el de x. tenía varias ralladuras en la pintura del coche, algunas hechas con algún objeto punzante.*

*Por mi parte no presencié el momento en que se produjeron los hechos, ya que, como indico, procedí a volver al interior del colegio, debido a su comportamiento”.*

**SEXTO.-** Conferido trámite de audiencia a la interesada, no hace uso del mismo.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 18 de diciembre de 2007, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no apreciar la concurrencia de los requisitos que originan la responsabilidad patrimonial de la Administración, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público educativo y los daños sufridos, toda vez que el vehículo dañado estaba estacionado fuera del recinto escolar

y los desperfectos se producen fuera del horario escolar y por quienes no son alumnos del centro.

En tal estado de tramitación, y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, VE. dispuso la remisión del expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 9 de enero de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. La reclamación se ha interpuesto en plazo y por quien goza de legitimación activa para ello.

En Dictámenes anteriores de este Consejo Jurídico, como los números 75/1999 y 99/2006, se ha recogido la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sostiene que no es admisible excluir del concepto de “*particulares*” a que se refiere el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), a los funcionarios que reclamen indemnización a título de responsabilidad patrimonial de la Administración, derecho indemnizatorio proveniente, en primera instancia, del reconocimiento realizado en el artículo 106 de la Constitución acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Ello no obsta para señalar, asimismo, que la relación especial de sujeción que une al funcionario reclamante puede influir, en ocasiones, en la apreciación de la concurrencia de los requisitos generales configuradores de dicha institución necesarios para admitir el resarcimiento por este concreto título jurídico o causa de pedir, y ello tanto en lo que atañe a la adecuada relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público como, especialmente, al requisito relativo al deber jurídico de soportar dicho daño. Por otra parte, dicho título de resarcimiento opera en un plano distinto al específico relativo a las indemnizaciones a funcionarios por razón del servicio, por tener cada uno de ellos un fundamento y un alcance distinto, así como un régimen jurídico propio.

II. En cuanto a la legitimación pasiva, la ostenta la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro. El órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

III. A la vista de las actuaciones que se constatan en el expediente remitido, puede afirmarse que se ha cumplido sustancialmente lo exigido por la LPAC y su desarrollo reglamentario sobre tramitación de esta clase de reclamaciones.

No obstante, debe advertirse que, al menos formalmente, no consta el preceptivo informe del servicio al que se imputa el daño, a que se refiere el artículo 10.1 del Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. En efecto, con fundamento en dicho precepto, la instructora solicita el informe de la conserje, para que se manifieste acerca de algunos extremos relativos al incidente (folio 27 del expediente), no el de la Dirección del centro. No puede considerarse la declaración de la conserje como el informe exigido por la normativa sobre responsabilidad patrimonial, toda vez que es el Director del centro quien asume su representación y, a su vez, representa a la Administración educativa en el mismo, garantizando el cumplimiento de las leyes y resto de normas del ordenamiento. Además, y en especial relación con el singular supuesto sometido a consulta, es el órgano más adecuado para informar, al ejercer la jefatura de todo el personal adscrito al centro y tener encomendada la labor de favorecer la convivencia, garantizar la mediación en la resolución de los conflictos e imponer las medidas disciplinarias que correspondan a los alumnos (artículo 132, letras a), d), e) y f), de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación).

Lo expuesto determinaría la necesidad de completar el expediente mediante la incorporación del trámite omitido, si no fuera porque al folio 11 del expediente consta un documento, firmado con rúbrica y nombre y apellidos, pero sin indicación de cargo alguno, que, en atención a su contenido, puede deducirse que es un informe del Director del centro, el cual, según consta en su encabezamiento, se habría emitido a petición telefónica del Servicio de Prevención de Riesgos Laborales. Ello determina que el Consejo Jurídico pase a dictaminar sobre el fondo, sin perjuicio de advertir a la instructora la necesidad de indagar si el autor del referido documento es el Director del centro. De no serlo, debería recabarse y remitir el expediente, ya completo, a este Órgano Consultivo para la emisión de nuevo Dictamen.

**TERCERA.- Falta de relación de causalidad adecuada entre los daños por los que se reclama y el funcionamiento de los servicios públicos.**

Solicitado por la reclamante que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración regional (así se interpreta por la instrucción la “*solicitud de daño patrimonial*” formulada), procede examinar, por ser este específico título de imputación lo que determina la preceptividad de nuestro Dictamen, si ha de atenderse tal solicitud en atención al régimen legal aplicable en la materia.

En este sentido, de los artículos 139 y siguientes LPAC se desprende que la Administración pública está obligada a responder por los daños que, causados a consecuencia del funcionamiento de sus servicios públicos, los particulares (en el sentido antes indicado) no tengan el deber jurídico de soportar.

Aplicado al caso que nos ocupa, comparte el Consejo Jurídico lo sostenido por la propuesta de resolución en orden a la ausencia de un adecuado nexo de causalidad entre los daños en cuestión y el funcionamiento del servicio público educativo.

Y ello porque la afirmación de la interesada acerca de la autoría de los menores en la producción del daño es una hipótesis que, si bien, posible, no aparece como cierta y probada. En todo caso, aun en la hipótesis de tal autoría, el genérico deber de vigilancia y prevención en la causación de daños por alumnos que es exigible a los centros educativos, debe ponerse en relación con las concretas circunstancias del caso, y no parece que, en el presente, dicho deber alcance a prevenir eventualidades como la que aconteció.

Y es que, si se atiende a las manifestaciones de la propia interesada y al documento obrante al folio 11 del expediente, los autores de los supuestos daños habrían sido antiguos alumnos del centro, es decir, menores que ya no se encontraban sometidos a la vigilancia y el control del profesorado. Además, los hechos habrían tenido lugar en la vía pública, según consta al folio 11 del expediente, toda vez que el vehículo dañado se encontraba estacionado en la calle, y fuera del horario escolar.

En este sentido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en sentencia de 4 de abril de 2001, indica que *“los causantes del daño (los dos chicos) estaban fuera de todo control por parte de la administración educativa demandada y ello pues estaban tanto fuera del centro como fuera del horario escolar, por lo que la Administración carecía del más mínimo poder de control y vigilancia sobre ellos y, precisamente por ello, no se puede hacer responsable a dicha Administración del resultado dañoso finalmente producido (...) no había ningún motivo para que la Administración educativa prolongara su deber de vigilancia más allá de la conclusión del horario lectivo”*.

Del mismo modo, es doctrina del Consejo de Estado que no pueden ser imputados a la Administración todo tipo de perjuicios cuyo origen se encuentre en la conducta de los alumnos, sino que habrán de tenerse en cuenta factores como la edad de éstos, las circunstancias en las que el suceso se produjo o las posibilidades reales de controlar las conductas de los jóvenes por las autoridades docentes (Dictamen 809/1999). Por ello excluye cualquier relación causal entre el servicio público educativo y los incidentes o hechos dañosos producidos por alumnos fuera del horario escolar, pues no se comprende cómo los profesores, que ya no tienen a los alumnos bajo su guarda, pueden evitar los correspondientes daños (Dictamen 2425/2002).

Por ello, no puede estimarse que exista una relación de causalidad objetiva y adecuada (entendidos estos conceptos en un estricto sentido jurídico) entre el daño y el funcionamiento del servicio público, pues no es el servicio público educativo (por omisión de vigilancia) el causante del daño, sino que éste se ha producido por terceros sobre cuya conducta dañosa no puede afirmarse, en este concreto caso, que la Administración tuviera el deber de prevenirla, en los términos antes expresados; se trata de daños sufridos por un funcionario *“con ocasión”* de la prestación de sus servicios, no como consecuencia de éstos, lo que excluye la procedencia del resarcimiento a título de responsabilidad patrimonial, y, por tanto, ha de informarse favorablemente la propuesta de resolución que constituye el objeto de nuestro preceptivo Dictamen.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no apreciar la concurrencia de los requisitos a los que el ordenamiento vincula el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de lo señalado en la Consideración segunda, III, *in fine*.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 20/08.- Resolución de contrato formalizado con la mercantil x, por la construcción de 12 unidades de educación primaria y dependencias anejas del Colegio Público Jesús García, de Lorquí.**

**Consultante: Alcaldesa del Ayuntamiento de Lorquí**

**Fecha: 12/02/08**

### **Extracto de Doctrina**

*La normativa de contratos de las Administraciones Públicas no otorga al contratista derecho alguno a obtener una modificación del contrato. El TRLCAP sólo confiere tal potestad (“ius variandi”) a la Administración Pública (art. 59), que ha de ejercerla, además, con sujeción a los requisitos establecidos en el artículo 101 de dicho texto legal. Como contrapartida, la ley confiere al contratista el derecho a ser compensado en el precio, cuando la Administración hubiera ejercido tal potestad ocasionando un incremento del coste de la prestación que, tras la modificación contractual, esté obligado a ejecutar.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 31 de enero de 2007, el Ayuntamiento de Lorquí, previa la oportuna licitación y adjudicación, formalizó con la mercantil --, S.L.” un contrato administrativo para la ejecución de las obras de construcción de 12 unidades de Educación Primaria y dependencias anejas del Colegio Público “*Jesús García*”, por un importe de 1.298.833’73 euros y un plazo de ejecución de ocho meses, a contar desde la firma del Acta de comprobación del replanteo de la obra. El 9 de febrero de 2007 se levantó Acta en la que se hizo constar la falta de disponibilidad de los terrenos, acordándose por ello el 16 siguiente la suspensión temporal de las obras. El 11 de abril de 2007 se extendió nueva Acta, favorable al inicio de las mismas (f. 250 del expediente remitido).

**SEGUNDO.-** El 12 de julio de 2007, el Arquitecto Técnico Municipal informó que las obras no habían comenzado, y que sólo se había procedido al derribo y retirada de escombros del edificio a sustituir.

**TERCERO.-** Mediante escrito presentado al Ayuntamiento el 18 de julio de 2007 el Director de las obras informó lo siguiente:

*“En relación con el PROYECTO BÁSICO Y DE EJECUCIÓN DE NUEVA CONSTRUCCIÓN DE 12 UNIDADES DE EDUCACIÓN PRIMARIA Y DEPENDENCIAS ANEJAS EN C.P. JESÚS GARCÍA CANDEL, DE LORQUÍ, sito en Cabezo Polacas de Lorquí, promovido por la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN Y CULTURA de la COMUNIDAD AUTÓNOMA DE LA REGIÓN DE MURCIA, redactado por el técnico que suscribe, procedo a realizar las siguientes manifestaciones:*

- *Que dicho Proyecto fue redactado en Diciembre del año 2005, tras un dilatado período de consultas y verificaciones del programa de necesidades y del presupuesto disponible para la obra. Participando con diversas indicaciones varios responsables de la dirección del centro y técnicos de la Consejería entre los años 2004 y 2005.*

- *Que el Proyecto fue examinado por el Arquitecto Técnico de zona (por parte de la Consejería de Educación), el cual emitió un informe con 31 puntos a revisar o subsanar, el 4 de enero de 2006.*
- *Que los citados puntos fueron subsanados en el proyecto inicial, modificándose cuantos planos, especificaciones y precios hubo lugar, a efectos de conseguir el documento idóneo.*
- *Que el 11 de septiembre de 2006 se me hizo traslado de un informe del Arquitecto Técnico Municipal de Lorquí, donde se apuntaban unas deficiencias referidas a transcripciones de la Memoria y uno de sus anejos, que también fueron corregidas.*
- *Así mismo, en este informe se solicitaba el visado del Colegio Oficial de Arquitectos (aún siendo un asunto sujeto a discusión, pues una vez demostrada ante la Administración la capacidad de actuar en este campo, el visado de un Colegio Profesional queda como cumplimiento deontológico interno). En aras de facilitar el convenio entre la Consejería y el Ayuntamiento de Lorquí, el Proyecto fue presentado al Colegio Oficial de Arquitectos de Murcia, obteniendo el visado el 6 de Octubre de 2006.*

*Dicho visado tiene la característica de “sello normal”, que indica el cumplimiento de las condiciones urbanísticas vigentes, así como los demás aspectos formales y documentales que son objeto de revisión por parte de la oficina de visado.*

- *Que para completar los antecedentes que afectan al caso, recuerdo que la primera fase de 6 Uds. del C.P. Jesús García, fue también proyectada por el mismo técnico, contando con probada experiencia sobre el lugar: edificaciones existentes, características dimensionales de la parcela, tipo de suelo y condiciones óptimas de cimentación, etc.*

*Por todo cuanto antecede, de lo cual se adjunta documentación suficiente para ser contrastada, se concluye que el Proyecto en cuestión es un documento completo, supervisado por los técnicos de la C.A.R.M., revisado por el Arquitecto Técnico Municipal de Lorquí, y visado por los arquitectos de la Oficina correspondiente del C.O. de Arquitectos de Murcia. Que cumple los requisitos administrativos documentales precisos, dotado de la información necesaria y suficiente para proceder a la ejecución de las obras, contando con un presupuesto acorde a las realidades del mercado de la construcción en la fecha en que fue redactado.*

*En relación con LA EJECUCIÓN DE LA OBRA DE NUEVA CONSTRUCCIÓN DE 12 UNIDADES DE EDUCACIÓN PRIMARIA Y DEPENDENCIAS ANEJAS EN C.P. JESÚS GARCÍA CANDEL, de LORQUÍ, sito en Cabezo Polacas y promovido por el Excmo. Ayuntamiento de Lorquí, en calidad de Arquitecto Director procedo a realizar las siguientes manifestaciones:*

- *Que para la dirección de las obras mencionadas se procedió a un concurso con invitación, adjudicándose el contrato el 6 de noviembre de 2006, y formalizándose el 4 de diciembre de 2006.*
- *Que posteriormente se me dio traslado de la Empresa Constructora adjudicataria de las Obras, resultando ésta --, S.L., por un importe de 1.298.833'73.- euros, es decir, con una baja del 21,96% sobre el precio de licitación del Proyecto.*



- *Que, una vez solventado un retraso inicial para la ubicación parcial de alumnos en unos módulos prefabricados junto al Colegio, las obras carecen de impedimento alguno para ser ejecutadas con la celeridad que les corresponde por contrato.*
- *Que, requerido en varias ocasiones por representantes de la Empresa constructora, se han mantenido reuniones técnicas y visitas de obra destacando los siguientes aspectos:*
  - \* *Se propuso la aprobación técnica del Plan de Seguridad y Salud el día 3 de Abril de 2007.*
  - \* *Se dieron instrucciones sobre la realización de las demoliciones y protección del entorno en el mismo mes de Abril de 2007.*
  - \* *Se han dado criterios de excavación y profundidad de pozos de cimentación el 17 de mayo de 2007.*
  - \* *Desde esa fecha hasta hoy, 13 de Julio de 2007, se ha solicitado un detalle constructivo aclaratorio de la cámara del forjado (el 22 de junio de 2007), pero no se ha realizado ninguna progresión en la construcción.*
  - \* *Desde el punto de vista del cumplimiento del plazo contractual se percibe la dificultad de conseguir las fechas previstas con el irregular ritmo seguido hasta ahora”.*

**CUARTO.-** En oficio de la misma fecha (18 de julio de 2007), la Alcaldesa requiere a la contratista, vistos los informes precedentes, para que en el plazo de tres días naturales reanude la ejecución de las obras, bajo apercibimiento de incoación de procedimiento de resolución contractual por incumplimiento del contratista, incautación de la fianza y obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados a la Administración.

**QUINTO.-** Mediante escrito presentado el 23 de julio de 2007, la contratista manifiesta, entre otros extremos, que está tratando de solucionar algunos puntos de la obra proyectada que hacen a ésta técnicamente inviable, por lo que solicitan la suspensión temporal del contrato, emplazando al Ayuntamiento a tener una reunión al respecto.

**SEXTO.-** Trasladado dicho escrito al Director de la obra, el 26 de julio siguiente informó:

- “—*Que las obras, tras una paralización temporal inferior a DOS MESES, se reanudaron el 11 de Abril de 2007.*
- *Que desde esa fecha sólo se ha procedido al derribo de la parte aérea del módulo desalojado, correspondiente a la Certificación de obra presentada.*
- *Que desde entonces (Primera Quincena de Mayo de 2007) sólo se han mantenido contactos y reuniones con la empresa sin avanzar en la ejecución de obra.*
- *Que dichos contactos se han referido, en la práctica totalidad de las ocasiones, en la manifestación por parte de la Empresa Adjudicataria del presumible elevado coste de la obra, fuera de sus previsiones económicas.*
- *Que en ningún caso se ha puesto de manifiesto, por parte de la Contrata hasta ahora, que existan dificultades técnicas para la realización de las obras. Sus comunicaciones sólo se refieren a dificultades económicas que contradicen ostensiblemente*

*la justificación de la baja temeraria. (Por ejemplo, aducían carecer prácticamente de gastos indirectos y ahora declaran una previsión del 12,7% en Costes Indirectos de Obra, cifrados en 138.873,53 euros y unos Costes Indirectos de Estructura del 7,0%, cifrados en 76.544,47 euros).*

- *Que en la actualidad han transcurrido más de DOS MESES sin ejecución “real” de trabajos en obra, por lo que debe calificarse de paralización de obra.*
- *Que en la obra no se han dispuesto los medios auxiliares y casetas de obra aprobadas en el Plan de Seguridad y Salud.*
- *Que no se han cumplido las previsiones del Programa de Trabajo del Proyecto en cuanto a ritmo y cuantía de Certificaciones Mensuales de la Obra.*
- *Que no se ha presentado un Plan de Control de Ensayos por Laboratorio Homologado en la Región de Murcia.*
- *Que hace unos días se despidió de este Director de Obra el técnico designado por la Empresa para la Jefatura de Obra (por traslado a otra Empresa Constructora).*

*Por todo ello quiero dejar constancia de la situación irregular de las obras, la falta de medios y de personal que se han adscrito a ellas y la paralización “de facto” de las mismas.*

*La conclusión evidente de lo anteriormente descrito, y ya anunciado en mi escrito de 13 de Julio, es la dificultad para cumplir el plazo contractual de las obras, que este Director cree insalvable con los medios empleados hasta ahora por la empresa”.*

**SÉPTIMO.-** El 30 de julio de 2007, el Ingeniero municipal de caminos, canales y puertos emite un informe sobre el estudio económico presentado por el contratista para justificar la oferta que fue objeto de adjudicación por el Ayuntamiento y otro estudio presentado con posterioridad a ésta, expresando dicho Técnico lo siguiente:

*“Se constatan claras diferencias entre el estudio que se aportó en enero de 2007 para justificar la baja temeraria y el estudio aportado en fechas recientes sobre los costes de la obra, lo cual resulta contradictorio teniendo en cuenta que en la documentación justificativa de la baja temeraria se declaraba que se había realizado un minucioso estudio de costes, aportando incluso compromisos de proveedores y subcontratistas.*

*No parece lógico que al defender una baja temeraria y conseguir la adjudicación de la obra se justifique un precio de 1.298.833’73 euros, IVA incluido, y cuando se comienza la obra, se justifique un coste de 1.894.566,65 euros, IVA incluido, que supone un incremento de casi 600.000,00 euros, a los que habría que añadir alrededor de 138.000,00 euros de mejoras que se ofertaron en el concurso. Si el coste real de la obra para la empresa es el que se ha justificado en fechas recientes, sería necesario modificar el contrato administrativo y muchos aspectos de la obra y nos encontraríamos en alguno de los supuestos contemplados en la legislación de contratos administrativos de posibilidad de resolución del contrato. En cualquier caso, no se tiene la certeza por parte de quien suscribe este informe, de si sería viable en estas condiciones cumplir con normalidad el contrato desde el punto de vista administrativo”.*

**OCTAVO.-** Mediante Acuerdo de fecha 30 de julio de 2007 y previo informe de la Secretaria municipal, de la misma fecha, el Pleno del Ayuntamiento acordó iniciar procedimiento para declarar la resolución del contrato de referencia, por haber incurrido el

contratista en incumplimiento culpable de sus obligaciones, con propuesta de incautación de la garantía prestada por aquél, otorgándole a éste y a su avalista un plazo de diez días para formular alegaciones y tomar vista del expediente.

**NOVENO.-** El 2 de agosto de 2007, la contratista presenta un escrito en el que, adjuntando un informe geotécnico elaborado a su instancia por un laboratorio, relativo a las características del terreno en el que habría de ubicarse la estructura de los edificios, expresa la necesidad de modificar el proyecto de las obras, concluyendo lo siguiente:

- “1. Proponemos la utilización de Hormigón HA 35, en orden a garantizar las óptimas condiciones de funcionamiento y durabilidad de la estructura del edificio.*
- 2. Proponemos contemplar una cimentación especial para garantizar la estabilidad de la estructura. A saber, cimentación por pilotes o micropilotes.*
- 3. Proponemos la inclusión de entibaciones en aquellos puntos donde se tenga que trabajar a profundidad peligrosa (más de metro y medio).*
- 4. Proponemos el reestudio de la instalación eléctrica y de iluminación para solventar los problemas planteados en los epígrafes correspondientes.*
- 5. Proponemos la inclusión de una Instalación Solar Térmica para cumplir con lo establecido en el Código Técnico de la Edificación”.*

**DÉCIMO.-** A la vista del citado informe geotécnico y las alegaciones del contratista, el Director de la obra emite informe el 9 de agosto de 2007, en el que expresa lo siguiente:

*“1º.- Que el contratista ha tenido parada la obra más de dos meses (de Mayo a Julio de 2007).*

*2º.- Que no ha aportado los medios contemplados en el Proyecto y en el Plan de Seguridad (Casetas de obra, vestuarios, aseos, comedor, etc.).*

*3º.- Que en su día aportó un Plan de Seguridad que no preveía la entibación de zanjas ni pozos (ya que, como se aporta en la documentación del propio contratista, este sistema de protección depende de las plataformas de trabajo y los anchos de las excavaciones para ser obligatorio, no sólo que se trabaje a metro y medio desde la cota del suelo).*

*4º.- Que a mediados de Mayo de 2007 se dieron instrucciones directas sobre los planos de asiento de cimentación, no habiendo demostrado hasta ahora ninguna oposición a dichas medidas.*

*5º.- Que desde la fecha de adjudicación de la obra (Enero de 2007), hasta ahora (Agosto de 2007), no se había manifestado ninguna objeción al proyecto. Y sin embargo sí varias veces estadillos económicos que contradicen severamente la justificación de la baja temeraria (Ver Anejos a este Escrito). Resultando todo el proceso una búsqueda infructuosa de compensaciones por una baja económica exagerada.*

*6º.- Que la Dirección Técnica de la Obra no ha autorizado ningún trabajo fuera de los estrictos contenidos en el proyecto, rechazando la prestación de un supuesto informe “independiente”, cuando no ha sido ni siquiera notificado a los Técnicos responsables. Si durante la ejecución de esas catas o ensayos se hubiera producido un percance, ¿quién respaldaría tales actos ejecutados a espaldas de la Dirección Técnica y de la Coordinadora de Seguridad y Salud?.*

*Es más, dichos trabajos se sostienen únicamente en dos calicatas efectuadas a una profundidad de 2,8 m. (Cata 1) y 1,40 m. (Cata 2), (según esquemas de la pág. 10, donde a partir de dicha profundidad aparece una interrogación gruesa), que contradicen de plano la definición de “Trabajo de Campo” del propio laboratorio: “Las calicatas consisten en la excavación mecánica (con retroexcavadoras o similares), hasta una profundidad no inferior a 3 m., salvo que aparezca roca o que las características del suelo o la presencia de agua lo impida, para observar las características del terreno superficial” (pág. 4).*

*Que, además, estas catas son imposibles de localizar en la obra según el “Croquis de emplazamiento de los ensayos” (sic) de la pág. 11, carente de referencias fiables respecto del Colegio existente o la obra proyectada.*

*Que, como se puede observar en las fotos de los Anejos, la gran cantidad de escombros y elementos de relleno no hacen fiable tomar muestras del terreno en cualquier sitio.*

*Que, por si fuera poco, se pretende rebatir un ensayo mucho más complejo y completo realizado por --, S.L., encargado no ya por una de las partes (Empresa Constructora), sino por la propia Consejería de Educación de la C.A.R.M., que incluye no dos catas con retroexcavadora, sino ensayos mucho más fiables como sondeos a profundidades de 6 y 10 metros.*

*7º.- Que ni en el Informe Geotécnico presentado, ni en ningún otro documento, se aportan consideraciones técnicas, cálculos, o justificaciones que aconsejen variar la cimentación prevista en el Proyecto.*

*8º.- Que, en previsión del ataque químico al hormigón por presencia de yesos en el subsuelo, ya se concretó en la composición del material correspondiente la característica “SR MR” en el cemento (sulfresistente), como se indica en Planos, mediciones y presupuestos (se acompaña en los anejos pág. 8 de la Justificación de precios, ver precios 4.2 y 4.3).*

*9º.- Que las posibles contraindicaciones o incongruencias entre planos de iluminación y mediciones resultan aspectos de índole menor en la marcha de una Dirección de Obra (Cambiar 2 x 36 w a 4 x 18 w, cuando los lux proporcionados son similares). Estas, y otras afirmaciones realizadas sin especificar en qué documentos o número de plano se producen, resultan aparatosas como carentes de fiabilidad. Es más, para conocimiento general de Empresa Constructora y Ayuntamiento de Lorquí, las separatas de instalaciones estaban preparadas para ser efectivas ante la Dirección General de Industria, pues fueron elaboradas por el Ingeniero Técnico Industrial x. No hallando que ninguna de las aseveraciones en contra del proyecto, o sus partes, vaya avalada por ningún técnico competente, ya que x. es Director de la Empresa Constructora, pero carece de ninguna competencia técnica sobre los extremos que critica.*

*10º.- Que ninguna de las especificaciones del Código Técnico de la Edificación son de aplicación a este proyecto, que fue redactado y supervisado en Diciembre de 2005, cuando aún no estaba ni planteada formalmente dicha normativa.*

*Por todo lo anteriormente expuesto, ante el Excmo. Ayto. de Lorquí y la Empresa adjudicataria, mantengo la idoneidad del Proyecto, dictaminando como Director de Obra que las razones que presenta la Constructora carecen de fundamento suficiente para cuestionar dicho documento, y que la paralización que han realizado de facto en la obra obedece a criterios meramente económicos, derivados de la propia baja que hizo la Empresa”.*

**UNDÉCIMO.-** El 10 de agosto de 2007, la contratista presenta un escrito en el que, frente a lo expresado en el Acuerdo plenario de iniciación del procedimiento de resolución contractual, manifiesta que había comunicado en “*numerosas ocasiones*”, tanto verbalmente como por escrito, los problemas técnicos del proyecto (si bien la empresa sólo se refiere seguidamente a su escrito de 31 de junio pasado, presentado el 2 de agosto de 2007, reseñado en el Antecedente Noveno). Asimismo, frente al informe emitido por el Director de obra previamente a la incoación del mencionado procedimiento (esto es, el informe de 18 de julio de 2007 reseñado en el Antecedente Tercero), alega que el incumplimiento de los plazos parciales se debe a los referidos problemas del proyecto, no estando de acuerdo con la previsión de imposibilidad de cumplimiento del plazo final; también expresa que la falta de disposición de los medios auxiliares y casetas de obra se debe a que ello no tiene sentido hasta que se solucionen los citados problemas, y que la no presentación del preceptivo plan de control de ensayos está ligado también a dichos problemas, pues previamente deben definirse concretamente en el proyecto la cimentación y la estructura de los edificios. Por todo ello, se opone a la resolución del contrato, solicitando el archivo del procedimiento incoado a este efecto.

**DUODÉCIMO.-** Solicitado por el Ayuntamiento a este Consejo Jurídico el 30 de agosto de 2007 la emisión de su preceptivo Dictamen, mediante Acuerdo 16/2007, de 12 de septiembre, este órgano consultivo requirió al Ayuntamiento para que completase el expediente con determinados documentos del de contratación, la preceptiva propuesta de resolución del procedimiento objeto de Dictamen y el índice y extracto reglamentarios del expediente remitido.

**DECIMOTERCERO.-** Mediante escrito registrado el 11 de octubre de 2007, el Ayuntamiento remite la documentación interesada, incluyendo además, en el nuevo expediente, los siguientes documentos:

— Escrito presentado el 13 de septiembre de 2007 por la contratista reiterando lo solicitado en su escrito presentado el 10 de agosto anterior.

— Informe de 18 de septiembre de 2007 del Director de las obras, emitido a la vista del escrito de la contratista de 10 de agosto anterior, en el que viene a reiterar lo expresado en sus informes precedentes.

— Propuesta de resolución, de 18 de septiembre de 2007, formulada por la Alcaldesa, a elevar al Pleno, para declarar resuelto el contrato por incumplimiento culpable del contratista, con incautación de la garantía definitiva prestada por éste (f. 467 y 468 del expediente).

En dicha propuesta, entre otras consideraciones, se expresa lo siguiente:

*“Con fecha 13 de septiembre de 2007, la mercantil --, S.L., presenta nuevo escrito en el que se opone de nuevo al inicio del expediente de resolución del contrato, solicitando una reunión con esta Corporación para dilucidar los problemas técnicos alegados.*

*Sin embargo, ya se han mantenido diversas reuniones con la citada mercantil en las que sólo se ha puesto de manifiesto la imposibilidad de ejecutar las obras con arreglo al proyecto por el precio ofertado en su día, ya que ello les ocasionaría grandes pérdidas, justificando que la oferta realizada en la licitación, según palabras textuales del Gerente de la empresa, se formuló por la relación de confianza existente con el equipo de Gobierno anterior, y con la intención de llevar a cabo, una vez iniciadas las obras, una modificación*

*del contrato, modificación que por parte, tanto del Director de Obra como de los Técnicos municipales, se considera no procedente e injustificada.*

*De hecho, en las reuniones mantenidas la mercantil aportó un estudio de los costes que le supondría la ejecución de la obra con arreglo al proyecto, costes que no coinciden con los del estudio económico aportado en su día en la oferta, y cuya contradicción fue puesta de manifiesto en el Informe de fecha 30 de julio de 2007 realizado por el Ingeniero de caminos, canales y puertos, x., quien en la licitación informó favorablemente la justificación de la baja temeraria realizada por la citada empresa”.*

— Certificación de la Secretaria del Ayuntamiento, expedida el 20 de septiembre de 2007, en la que se hace constar que el documento que adjunta a la misma constituye el estudio de costes presentado por la contratista en las reuniones posteriores a la adjudicación del contrato (f. 285 y siguientes del expediente).

**DECIMOCUARTO.-** En el Dictamen 152/2007, de 5 de noviembre de 2007, este Consejo Jurídico concluyó que procedía retrotraer el procedimiento para acordar un nuevo trámite de audiencia y vista a los interesados, para evitar la indefensión que se produciría de adoptarse la resolución del procedimiento con base en diversos informes técnicos emitidos por el Director de las obras (singularmente, el informe de 9 de agosto de 2007) y en una certificación municipal, la reseñada en el Antecedente Decimotercero, que los interesados no tuvieron a la vista cuando se cumplimentó el trámite de audiencia otorgado en su día. Además, se ponía de manifiesto la irregularidad de la notificación practicada en su día a la entidad avalista.

**DECIMOQUINTO.-** Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 8 de enero de 2008, la Alcaldesa del Ayuntamiento de Lorquí solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando los siguientes documentos:

— Notificación al contratista y a la entidad avalista del otorgamiento de un nuevo trámite de audiencia y vista del expediente.

— Certificación en la que se hace constar que la entidad avalista no presentó alegaciones en el plazo concedido al efecto.

— Escrito de alegaciones presentado por el contratista el 26 de noviembre de 2007, en el que reitera lo manifestado en sus escritos precedentes y, además, añade lo siguiente:

*“El informe que ha sido trasladado a esta parte (el de 9 de agosto de 2007, reseñado en el Antecedente Decimocuarto) no entra a analizar ninguno de los problemas técnicos concretos que esta parte ha encontrado en el proyecto y que repetidamente han sido puestos en conocimiento de ese Excmo. Ayuntamiento en diversas ocasiones, y especialmente en el escrito que fue presentado por mi representada el pasado 31 de julio de 2007.*

*Por consiguiente, el informe, técnicamente no aporta ninguna argumentación que pueda desvirtuar nuestras alegaciones planteando los problemas técnicos del proyecto. El informe simplemente realiza meras alegaciones que, por tener un carácter claramente subjetivo, y no estar amparadas en criterios técnicos concretos no debieran ser tenidas en cuenta para fundamentar una decisión tan grave como es una resolución de un contrato administrativo, máxime cuando son puestas de manifiesto por la persona sobre la que recae la responsabilidad del proyecto, que esta parte estima adolece de la problemática repetidamente señalada.”*

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento en el que se pretende resolver un contrato administrativo, habiéndose formulado oposición a ello por el contratista, concurriendo de este modo el supuesto previsto en los artículos 59.3, a) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), y 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.- Procedimiento.**

Una vez realizadas las actuaciones indicadas en el nuestro previo Dictamen 152/2007, no hay obstáculo para entrar en el fondo de las cuestiones planteadas en el procedimiento de referencia, que se entiende ajustado a lo establecido en el TRLCAP, su reglamento de desarrollo y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), aplicable supletoriamente en materia de contratos administrativos.

Al no haberse formulado una nueva propuesta de resolución con posterioridad a las actuaciones complementariamente practicadas, debe entenderse que el consultante se ratifica tácitamente en la formulada el 18 de septiembre de 2007 por la Alcaldesa (Antecedente Decimotercero). Ello es suficiente para concretar el acto sobre el que versa el presente Dictamen, si bien con posterioridad al mismo deberá formularse una nueva propuesta de resolución, en la que se haga referencia a las actuaciones practicadas tras la formulación de la primera, incluyendo además la preceptiva referencia al Dictamen de este Consejo Jurídico.

#### **TERCERA.- La resolución del contrato por incumplimiento culpable del contratista. Procedencia y efectos.**

I. La propuesta de resolución objeto de Dictamen pretende la resolución del contrato de referencia por haber incurrido el contratista en el incumplimiento culpable de las siguientes obligaciones:

- *“Que no se han cumplido las previsiones del Programa de Trabajo del Proyecto en cuanto a ritmo y cuantía de Certificaciones Mensuales de la Obra, incumpliendo, por tanto, lo establecido en la cláusula sexta del Pliego, siendo razonablemente previsible que se incumpla el plazo total del contrato fijado en OCHO MESES, ya que a 27 de julio de 2007 habían transcurrido más de DOS MESES sin ejecución real de trabajos en la obra.*
- *Que en la obra no se han dispuesto los medios auxiliares y casetas de obra aprobadas en el Plan de Seguridad y Salud.*
- *Que no se ha presentado Plan de Control de Ensayos por Laboratorio Homologado en la Región de Murcia”.*

Sin perjuicio de tales circunstancias, de los escritos presentados por el contratista en este procedimiento se desprende su abandono total de las obras y su negativa a cumplir el contrato en los términos en que fueron objeto del acuerdo de adjudicación; es decir, no sólo existe un incumplimiento de plazos parciales que hace razonablemente estimar el incumplimiento del plazo final (art. 95.5 TRLCAP), sino que se incumple la obligación más esencial de todo contrato, que es la de ejecutar la prestación debida. A este respecto, no es discutido que, de las prestaciones contratadas, el contratista sólo ha ejecutado la relativa al derribo de la parte aérea del módulo desalojado (Antecedente Sexto), restando por ejecutar todo lo demás, en especial, la construcción de las nuevas edificaciones.

De este modo, si dicho incumplimiento hubiera de ser imputado al contratista (y no a la Administración, como éste pretende), concurriría la causa de resolución prevista en el artículo 95.6 en relación con el 111,g) TRLCAP, y así debería hacerse constar en la nueva propuesta de resolución que, según lo dicho en la precedente Consideración, habrá de formularse.

II. Frente a la pretensión de la empresa de no ejecutar el contrato si no se modifica en los términos pretendidos en el escrito reseñado en el Antecedente Noveno, debe recordarse que la normativa de contratos de las Administraciones Públicas no otorga al contratista derecho alguno a obtener una modificación del contrato. El TRLCAP sólo confiere tal potestad (“*ius variandi*”) a la Administración Pública (art. 59), que ha de ejercerla, además, con sujeción a los requisitos establecidos en el artículo 101 de dicho texto legal. Como contrapartida, la ley confiere al contratista el derecho a ser compensado en el precio, cuando la Administración hubiera ejercido tal potestad ocasionando un incremento del coste de la prestación que, tras la modificación contractual, esté obligado a ejecutar. Ello tiene como excepción los supuestos, tasados en la ley, en los que se prevé que, ante tales modificaciones, el contratista puede instar la resolución del contrato, como el recogido en el artículo 149, e) TRLCAP. En dicho artículo se prevé también que éste tiene derecho a resolver el contrato si el proyecto o presupuesto del contrato elaborado por la Administración contiene errores materiales que afecten al presupuesto de la obra al menos en un 20 por 100 (art. 149.d). Pero se insiste, no existe un derecho del contratista a la modificación de la prestación (en nuestro caso, de la obra) objeto de adjudicación, pues ello sólo compete a la Administración por razones de interés público, en los términos y con los límites señalados en el citado artículo 101 TRLCAP.

Aplicado lo anterior al supuesto que nos ocupa, resulta que la Administración no ha ejercido su potestad de modificar el contrato, ni se ha acreditado que el proyecto o el presupuesto del contrato de referencia contenga errores de carácter material en la magnitud prevista en el artículo 149,d) antes citado. Debe tenerse en cuenta que, como señala la doctrina, con la referencia a los errores “*materiales*” (y no, en general, a cualesquiera de carácter técnico), se está aludiendo a meros errores aritméticos o de cálculo, es decir, se emplea el concepto de error material de forma análoga al utilizado en el artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En este sentido, el Dictamen del Consejo de Estado de 3 de octubre de 2002 (exp. nº 2.517/2002), expresa que “*han de tratarse de errores materiales, de una realidad independiente de toda opinión, criterio particular o calificación, dejando fuera apreciaciones o valoraciones de prueba o interpretación o calificaciones jurídicas. Por ello, ha sido interpretado de forma muy estricta este supuesto por la incidencia negativa que puede tener su aplicación en la efectividad de los principios esenciales de la contratación administrativa,*



como la concurrencia de los licitadores o el principio de riesgo y ventura que preside la ejecución del contrato de obras, puesto que el adjudicatario del contrato ha de conocer y aceptar el proyecto y presupuesto de contratación y las cláusulas administrativas al aceptar la adjudicación a su favor; habiéndose negado reiteradamente la jurisprudencia a que se espere a un momento posterior a la perfección del contrato para discutir los precios establecidos en él (SSTS 6 de noviembre de 1997 y 30 de junio de 1997). Es doctrina reiterada de nuestro Tribunal Supremo que el contrato de obras se realiza a riesgo y ventura del contratista, que puede obtener una ganancia mayor o menor o incluso perder cuando sus cálculos estén mal hechos (STS 30 de abril de 1999). Finalmente, se impone una interpretación estricta del precepto para evitar que el contratista pueda desvincularse del contrato evitando las consecuencias perjudiciales de un incumplimiento contractual sólo a él imputable". En la misma línea, vid. Dictamen nº 138/2007, de 15 de octubre, de este Consejo Jurídico, relativo a otro procedimiento de resolución contractual seguido con la misma empresa.

Quiere ello decir que el artículo 149, d) TRLCAP no contempla supuestos de posibles errores conceptuales del proyecto tales como los motivados por la elección de una u otra solución constructiva; errores como los que resultarían ser, en mera hipótesis (más adelante se abordará esta cuestión), las deficiencias del proyecto alegadas por el contratista. Quiere decirse, pues, que los errores materiales no pueden fundamentarse en juicios valorativos sobre la técnica constructiva acogida por el proyecto, o en las valoraciones económicas de su presupuesto.

Siendo ello así, el contratista debe limitarse a ejecutar la obra con sujeción a las estipulaciones contenidas en el proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que, en interpretación técnica del mismo, le dé el director de las obras, como señala el artículo 143.1 TRLCAP. Es precisamente por tal motivo por lo que el artículo 97.2 de dicha norma exime al contratista de toda responsabilidad por los daños que cause a terceros la ejecución del contrato si es a causa de vicios del proyecto elaborado por la Administración, o en cumplimiento de órdenes emanadas de ésta, en los términos expresados en dicho precepto.

En el caso que nos ocupa, ya se ha apuntado que las modificaciones propuestas por el contratista en su escrito de 2 de agosto de 2007 (Antecedente Noveno) no se refieren a errores materiales del proyecto, en los términos antes indicados, ni tampoco se acredita que el proyecto objeto de adjudicación sea de imposible ejecución desde el punto de vista técnico. En tales circunstancias, el contratista estaba obligado a ejecutarlo en los términos indicados, sin perjuicio de las puntuales correcciones que hubiera sido necesario realizar durante el curso de la ejecución (como los aspectos a que se refiere el director de la obra en el apartado 9º de su informe reseñado en el Antecedente Décimo), pero no tiene el derecho a la reformulación del mismo en los términos que pretende, como tampoco será responsable de los posibles daños o deficiencias que deriven de la correcta ejecución del proyecto aprobado por la Administración.

III. Por otra parte, y aun cuando ello no resulte necesario para concluir en la improcedencia de las pretensiones del contratista y, en consecuencia, para imputarle el incumplimiento del contrato, debe añadirse que tampoco resulta acreditado que el proyecto adolezca de los vicios que alega aquél, pues el informe técnico aportado a tal efecto no sólo es de parte interesada y fue realizado sin intervención del director de la obra (es significativo en este punto que no se le avisara de las calicatas realizadas por la empresa encargada, como

señala tal director en su informe de 9 de agosto de 2007, Antecedente Décimo), sino que, además, es contradicho motivadamente por este último en dicho informe, del que el contratista, una vez se le dio el oportuno traslado, se limita a manifestar que no desvirtúa lo argumentado por él, lo que resulta manifiestamente insuficiente a los efectos pretendidos por la empresa.

Si a ello se une que el contratista presentó en su momento, una vez conseguida la adjudicación, un estudio económico que contenía unos costes de ejecución de obra distintos de los que presentó en su oferta (así se le hizo constar en el trámite oportuno, sin alegación por su parte, vid. Antecedente Séptimo y su escrito final de alegaciones), puede entenderse que la causa del incumplimiento del contrato reside más bien en la inconveniencia que, para los intereses económicos de la empresa, le supondría cumplirlo en los términos que resultan de la adjudicación.

IV. Por todo ello, y con base en los artículos 95.6 y 111,g) TRLCAP, procede declarar la resolución del contrato de referencia, por culpa del contratista, con incautación y pérdida de la fianza prestada, de conformidad con lo establecido en el artículo 113.4 TRLCAP, sin perjuicio de la ulterior indemnización de daños y perjuicios que, en su caso, pudiera determinarse. Asimismo, procederá la notificación de la resolución del presente procedimiento a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, a los efectos previstos en los artículos 20, c) y 21.4 TRLCAP.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Procede declarar la resolución del contrato de referencia, por incumplimiento culpable del contratista, con incautación y pérdida de la fianza prestada, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

**SEGUNDA.-** A tal efecto, deberá formularse una nueva propuesta de resolución en la que se recojan los Antecedentes expresados en el presente Dictamen que no están incluidos en la propuesta de resolución remitida en su día a este Consejo Jurídico, e incluir en la motivación de dicha nueva propuesta, siquiera en síntesis, lo razonado en la Consideración Tercera del mismo.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 21/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.****Consultante: Consejera de Sanidad (2004)****Fecha: 12/02/08****Extracto de Doctrina**

1. *Reiteradamente ha declarado la jurisprudencia que la interrupción del plazo de prescripción de un año se produce no sólo por la iniciación de un proceso penal que verse sobre la posible comisión de hechos delictivos a los que pueda estar ligada la apreciación de responsabilidad civil dimanante de la infracción penal, sino incluso por la pendency de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada (sentencia de 26 de mayo de 1998, que invoca la doctrina de la sentencia de 4 de julio de 1980, ambas citada por la de 23 de julio de 2002).*

2. *La mera titularidad del servicio supone imputabilidad de los daños por él causados, ya que la actividad debe garantizar el correcto funcionamiento de las instalaciones, con el fin de que no origine riesgos para la salud pública.*

3. *Las posibilidades de actuación de la Administración regional frente al riesgo de que se produzca un brote de legionella no se agotan con las que derivan de su condición de titular de la instalación, sino que se extienden también a las que resultan de sus competencias como administración titular de la competencia ejecutiva recogida en el artículo 11.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU), como a continuación se expone.*

*La competencia del artículo 11.1 EAMU comprende en su ámbito material la salud de la colectividad, es decir, el conjunto de medidas, básicamente de carácter preventivo, que es necesario adoptar para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud recogido por el artículo 43 CE, titularidad autonómica que quedó corroborada por el Real Decreto 466/1980, de 29 de febrero, que transfiere a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia un conjunto de medios relativos a competencias sobre "acción pública sanitaria".*

4. *La doctrina del Tribunal Constitucional declara que los órganos jurisdiccionales son soberanos para valorar el conjunto de las pruebas practicadas ante ellos, sin que estén obligados a aceptar el relato fáctico de una sentencia penal, ya que los mismos hechos pueden ser enjuiciados desde ópticas diferentes (Sentencias 171/1994, 30/1996, 59/1996 y 89/1997), conclusión extensible al enjuiciamiento de hechos en vía administrativa, ya que la Administración no ve menoscabada su plena capacidad para determinar los hechos en virtud de los cuales deba resolver.*

5. *El TS tiene declarado (por todas S de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 11 mayo 1999) que, aun cuando la jurisprudencia ha venido refiriéndose de modo general a un carácter directo, inmediato y exclusivo para particularizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, no queda excluido que la expresada relación causal —especialmente en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos— pueda aparecer bajo formas*

*mediatas, indirectas y concurrentes, circunstancia que puede dar lugar, o no, a una moderación de la responsabilidad (Sentencias de 8 de enero de 1967, 23 de mayo de 1984, 11 de abril de 1986, 22 de julio de 1988, 25 de enero de 1997 y 26 de abril de 1997),*

6. En los casos, como el presente, en los que se puede producir un cruce entre los títulos de imputación de la Administración y del contratista, al margen de las obligaciones de éste, se mantiene inalterable la titularidad administrativa del servicio y, por tanto, la obligación de responder de su gestión en toda su amplitud, quedando la responsabilidad del contratista conducida, en ésta vía administrativa, no de manera directa ante el ciudadano, sino ante la Administración, puesto que nace de la relación contractual, y la interposición de esa relación jurídica convencional no puede privar al perjudicado de su garantía de que la Administración responda ante él de forma directa, ya que de no ser así quebraría el principio garantista de la institución.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El interesado presentó su escrito de reclamación ante el Servicio Murciano de Salud el 7 de marzo de 2003, exponiendo que había contraído una infección por *legionella* a causa de la cual fue internado en el Hospital General Universitario Morales Meseguer (HMM), de Murcia, entre los días 9 a 13 de julio de 2001, fecha esta última en la que fue dado de alta. Según tal escrito y la documentación aportada, es notorio que en esas mismas fechas tuvo lugar en la ciudad de Murcia el brote más importante de *legionella* conocido en el mundo, que tuvo su origen en las torres de refrigeración del HMM. Indica el reclamante que ejercitó las acciones penales correspondientes, archivadas mediante auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de Murcia capital, de 13 de mayo de 2002 (Diligencias Previa 2565/01 E), confirmado por otro de la Audiencia Provincial de 4 de abril de 2003 (nº 14/2003, recaído en el rollo de apelación penal 32/03). Considera que la relación de causalidad es palmaria, y que la neumonía padecida se ha debido en buena medida a un mal funcionamiento del servicio público, no concurriendo fuerza mayor porque existían medios a disposición de la Administración para haber evitado o paliado, en buena medida, el resultado dañoso.

Finaliza el escrito solicitando que se declare la existencia de responsabilidad de la Administración y que se le indemnice en la cantidad resultante de la práctica de la prueba, que se determinará en el trámite de audiencia.

Igual escrito tuvo entrada en el Registro de la Consejería de Sanidad el 14 de julio de 2004.

**SEGUNDO.-** La reclamación fue admitida mediante resolución de 20 de noviembre de 2003, notificada al interesado, a la correduría de seguros del Servicio Murciano de Salud y a la empresa de mantenimiento de las torres de refrigeración del HMM, la Unión Temporal de Empresas (--, S.A. y --, S.L.); también se recabó de dicho hospital la historia clínica del reclamante. El 27 de enero de 2004 se personó en calidad de interesada la compañía de seguros x., aseguradora del Servicio Murciano de Salud, y solicitó que se incorporase al expediente la documentación que consideró de interés.

**TERCERO.-** A lo largo de la instrucción se ha unido al expediente la siguiente documentación:

A) Sobre la salud del reclamante. Consta su historia clínica e informe del Jefe de Sección de Neumología del HMM, según el cual el paciente ingresó en el Hospital el día 9 de julio de 2001 por neumonía, presentando antígeno para *legionella*, siendo dado de alta el 13 de julio de 2001. Controles posteriores en consulta acreditaron la desaparición total de la lesión radiológica inicial (folio 38). El daño se valoró por la división Médico Sanitaria de x, a instancias del Servicio Murciano de Salud, en 1.135,20 euros, por 5 días de hospitalización y 21 de incapacidad improductiva (folio 420).

B) Sobre el brote de legionella.

1) Informe del Servicio de Sanidad Ambiental (Consejería de Sanidad), de 2 de marzo de 2004, que manifiesta, entre otros aspectos, la inexistencia de un censo de torres de refrigeración en Murcia anterior al brote de legionella, y las acciones que tuvieron que ser desarrolladas para elaborarlo (folio 379 y ss.).

2) Comunicación interior del Servicio de Epidemiología (Consejería de Sanidad), de 5 de marzo de 2002 (folio 360).

3) Dos informes de 5 de marzo de 2002, del Servicio de Salud Pública, sobre la red de abastecimiento de agua potable, de riego y fuentes ornamentales de la ciudad de Murcia, en el que se indica que existe un plan municipal de control de *legionella*, y que a lo largo de 2001 todas las muestras procesadas han resultado negativas, así como las obtenidas en hoteles e instalaciones deportivas e, incluso, las muestras del aire.

4) Informe del Jefe del Servicio de Salud Pública del Ayuntamiento de Murcia (20 de febrero de 2002), exponiendo que, una vez recibida la alerta epidemiológica el 7 de julio de 2001, se activaron el Plan de Control de Legionella y el Programa de Control de la red de agua potable, y que, de los análisis realizados, puede descartarse que la red de abastecimiento fuera el origen de la epidemia (folio 488).

5) Copia de todas las actuaciones desarrolladas por el Servicio de Sanidad Ambiental.

6) Acta de la reunión celebrada por el Comité Técnico y el Grupo Asesor Externo en la investigación del brote, fechada el 22 de febrero de 2002, que dice lo siguiente:

*El día 22 de febrero de 2002 tuvo lugar una reunión en la Consejería de Sanidad y Consumo sobre el Brote comunitario de Legionelosis ocurrido en Murcia en Julio de 2001. En el transcurso de la misma, el Comité Técnico que estudió el brote presentó los resultados de la investigación sobre el origen del mismo a una Comisión Asesora Externa compuesta por expertos reconocidos en el campo de la salud pública, la epidemiología, las enfermedades infecciosas y el estudio de la Legionelosis.*

*La epidemia estuvo causada por Legionella pneumophila SG 1 pontiac Philadelphia, cuya cepa fue identificada en el Laboratorio de Referencia de Legionella del Instituto de Salud Carlos III empleando los métodos moleculares más válidos que se utilizan en la actualidad.*

*La Comisión Asesora señaló que los estudios epidemiológicos realizados (estudio epidemiológico descriptivo, estudio de casos y controles) eran muy exhaustivos y científicamente muy sólidos. El estudio descriptivo identificó la zona norte de la ciudad como el lugar en el que se produjo el aerosol que originó el brote, compatible con una fuente de contaminación común a todos los pacientes. En el estudio de casos y controles se encuentra una clara asociación entre enfermar de Legionelosis durante la epidemia y haber permanecido o pasado*

*por la zona en la que se ubica el Hospital Morales Meseguer (HMM) durante el periodo de incubación de la enfermedad. Estos hallazgos son consistentes con los resultados de la investigación microbiológica y ambiental, pues, a pesar de que se encontraron cepas de Legionella en varias torres de refrigeración de otros edificios de la ciudad, todas fueron diferentes a la aislada en los pacientes excepto una de las cepas recuperadas de las torres de refrigeración del mencionado hospital. Ambas cepas, la aislada de los pacientes y la recuperada de las torres de refrigeración del HMM resultan genéticamente indistinguibles con las tres técnicas moleculares aplicadas. Existen, complementariamente, otras evidencias que corroboran estos hallazgos: 1) brote nosocomial simultáneo 2) torres de refrigeración del HMM con deficiente mantenimiento y funcionamiento, ubicación en la zona de riesgo y gran tamaño, 3) condiciones meteorológicas compatibles. Además, ninguna otra, de las posibles hipótesis alternativas se ha podido fundamentar científicamente.*

*En función de las evidencias presentadas en la reunión, el Grupo Asesor Externo encuentra científicamente razonable que la epidemia de Legionelosis estuviera causada por la emisión masiva de aerosol contaminado con legionella procedente de una o varias de las torres de refrigeración del Hospital Morales Meseguer.*

7) Informe del brote comunitario de legionelosis ocurrido en Murcia en julio de 2001, de fecha 5 de marzo de 2002, elaborado por la Dirección General de Salud Pública y que recoge la posición de la Consejería de Sanidad a los efectos de los procesos contencioso-administrativos.

C) Sobre el mantenimiento de las torres de refrigeración del Hospital Morales Meseguer.

1) Pliegos de Cláusulas Administrativas y de Prescripciones Técnicas para la contratación del servicio de mantenimiento integral de las instalaciones y equipos electromédicos del Hospital Morales Meseguer, que comprende las torres de refrigeración y los climatizadores (4.1, puntos 3º y 4º del de técnicas).

a) Según el de Administrativas, apartado 16.2, será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato; igualmente, el contratista será responsable de la calidad técnica de los servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración contratante o para terceros de las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato (apartado 16.4); el órgano de contratación tiene la facultad de inspeccionar, de establecer sistemas de control de calidad, dictando cuantas disposiciones estime oportunas para el estricto cumplimiento de lo convenido (apartado 16.6); el contratista responderá de todos los daños y perjuicios causados a terceros y a la Administración dentro del proceso contractual, cantidades que serán exigibles por la vía de apremio administrativo (apartado 22).

b) Según el de Técnicas, la relación de las tareas a realizar para la prestación del servicio es enunciativa, no limitativa; la adjudicataria cumplirá toda la legislación y normas en vigor (apartado 5).

2) Informe del Ingeniero Técnico del Servicio de Mantenimiento del HMM, de 15 de mayo de 2006, sobre el desarrollo del citado contrato.

3) Dossier sobre valoración del estado de instalaciones y mantenimiento de equipos, de 30 de enero de 2001, elaborado por x. en cumplimiento del contrato suscrito con el HMM.

4) Certificado de la desinfección de las torres de refrigeración del HMM, realizada el 18 de mayo de 2001 por la empresa x, subcontratista de x. (folio 233).

5) Relación de trabajos realizados en las torres de refrigeración por --, S.A., a fecha 28 de febrero de 2001, con el fin de conseguir un mejor rendimiento de las mismas (folio 232).

6) Fotocopias del libro de mantenimiento y desinfección de las torres de refrigeración del HMM (folios 298 a 332).

7) Actas de Inspección levantadas por el Servicio de Salud Pública en la comprobación de las torres de refrigeración del HMM entre los días 14 de marzo de 2001 y 28 de enero de 2002 (folios 236 a 296).

8) Informe de x., de 24 de septiembre de 2001, sobre tratamientos y actuaciones realizados en las torres de refrigeración del HMM (folio 337).

9) Informe de la Dirección General de Salud Pública (Sección de calidad Ambiental), sobre la situación de las instalaciones de refrigeración del HMM a 28 de enero de 2001, describiendo también su estado durante la epidemia.

D) Resoluciones Judiciales.

1) Auto del Juzgado de Instrucción nº 1 de Murcia capital, de 13 de mayo de 2002 (Diligencias Previa 2565/01 E), según el cual “de los informes aportados al procedimiento se puede inferir que el origen de la epidemia de Legionelosis se encuentra en las torres de refrigeración del Hospital Morales Meseguer, ubicado en la parte noroeste de Murcia y de las mismas se extendió a diferentes torres de refrigeración, teniendo una mayor incidencia en los barrios de Santa María de Gracia, San Antón, y San Miguel, apareciendo los primeros casos el día 26 de junio del año 2001 y los últimos el 19 de julio siguiente. Considera que la conducta de las personas responsables carece de entidad criminal dada la levedad de la imprudencia, al no ser racionalmente previsible la producción del resultado dañoso; y también por la inexistencia de una normativa de policía sanitaria adecuada en el momento en que se produjeron los hechos.

2) Auto de la Audiencia Provincial de 4 de abril de 2003 (nº 14/2003, recaído en el rollo de apelación penal 32/03); al confirmar el auto anterior señala que, aunque puede darse por acreditado que las instalaciones de refrigeración presentaban un mantenimiento deficiente, sin embargo no existen elementos para inferir que el resultado acontecido era previsible para los encargados del mantenimiento de las torres de refrigeración, debiendo valorarse también el hecho de que, aunque las instalaciones no estuvieran adecuadamente mantenidas, ello no es determinante de manera indefectible del brote epidemiológico de la *legionella*, pues en la causación y propagación pudieron influir otros condicionantes, como pueden ser los climatológicos.

**CUARTO.-** Por acuerdo de la instructora comunicado a x. el 14 de febrero de 2006, se declara innecesaria parte de la prueba por ella solicitada sobre información de otros organismos e instituciones y sobre emplazamiento a la aseguradora y a la subcontratista de x, al tiempo que se le comunica la apertura del trámite de audiencia (folio 501). Igual audiencia se dio a la contratista x. y al reclamante.

X., mediante escrito de 6 de marzo de 2006, renunció a ampliar la documentación cuya unión al expediente había interesado en escritos anteriores, y renunció también a la formula-

ción de más alegaciones argumentado que el expediente se completaría en la vía contencioso-administrativa ya iniciada, en la cual se practicaría también la oportuna prueba pericial. De forma provisional sostiene que el brote no parece que se originase en el HMM.

X. presentó su escrito de alegaciones el 8 de marzo de 2006. Expone que en las fechas en que el reclamante estuvo enfermo (9 a 13 de julio de 2001), en las torres de refrigeración del HMM no se detectó evidencia de *legionella*, como prueba mediante los resultados de análisis de las muestras según tabla elaborada por la Consejería (folio 596); trata de delimitar el alcance de los servicios de mantenimiento que debía desarrollar la empresa en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, exponiendo las gestiones realizadas ante los responsables del HMM solicitando la adopción de medidas de reparación de las torres antes de tomar posesión de las instalaciones, e incluso la remisión de un requerimiento al HMM para que se corrigiesen las anomalías advertidas, que no fueron plenamente reparadas; aporta un escrito de la empresa especializada --, S.A. que acredita, según ellos, la corrección de la labor de mantenimiento realizada. Sostiene, también, que la reclamación no debe ser admitida por ausencia de *petitum* y que, en todo caso, el derecho habría prescrito, porque las actuaciones penales carecen de efecto interruptivo al no estar implicados en ellas ni la Administración ni su personal. Niega que existiera un deficiente mantenimiento de las torres de refrigeración del HMM —sostiene la corrección de su actividad en tal sentido- y niega también que la afirmación del juez penal sobre el origen del brote en dicho Hospital vincule en el presente procedimiento administrativo, añadiendo que no es posible que el brote de *legionella* se originase en el HMM. De entre los diversos documentos que adjunta destaca un extenso estudio sobre el estado de las instalaciones del HMM.

**QUINTO.-** A la vista de tales alegaciones la instrucción solicitó informes, siendo emitidos los siguientes:

— Del servicio de mantenimiento del HMM, a través del Ingeniero Técnico responsable, de fecha 5 de mayo de 2006 (folio 1028).

— Del Servicio del Laboratorio Regional de Salud Pública (2 de mayo de 2006), con aclaraciones sobre las muestras analizadas.

— De la Sección de Sanidad Ambiental, sobre el estado de las instalaciones del HMM a 28 de enero de 2002, rectificado posteriormente (folio 1103).

— Del Servicio de Epidemiología (folio 1045 bis), según el cual existen muchos errores en las alegaciones que invalidan las conclusiones a las que llega sobre el origen de la epidemia, las cuales están correctamente explicadas en el informe de ese Servicio emitido el 5 de marzo de 2002. Así, la conclusión del alegante sobre que el origen del brote en el HMM se fundamenta en los análisis microbiológicos no es exacta, ya que se fundamenta en el estudio epidemiológico, reforzado por otras evidencias; sí hay una muestra ambiental tomada en la torre de refrigeración número 3 del HMM que resulta indistinguible de la de los enfermos.

**SEXTO.-** Se concedió nuevo trámite de audiencia a los interesados x, y, z., formulándose las alegaciones siguientes:

— Con entrada en la Consejería consultante el 20 de julio de 2006 (folio 1190 y ss.), las de x. son para reiterar que de los diversos informes no se extrae la conclusión de que el brote se originase en las torres del HMM, basándose para negarlo en la distancia temporal entre tal brote y las muestras extraídas de dichas torres en las que se identificó la *legione-*



lla; no existen, en su criterio, evidencias científicas de que la cepa de *legionella* hallada el 30 de octubre en las torres del HMM estuviese allí desde el mes de julio, sino sólo meras suposiciones.

— X. aportó un informe pericial elaborado por el gabinete del x., según el cual no hay datos científicos ni pruebas ciertas que demuestren que el foco de la epidemia se localiza en el HMM (folio 1202 y ss.). Como anexos al informe presenta unas notas sobre el informe del Servicio de Epidemiología de 5 de marzo de 2002.

**SÉPTIMO.-** El órgano instructor formuló propuesta de resolución que concluye en estimar la reclamación al considerar que se dan los elementos determinantes de la misma, si bien aprecia que existe una imprudencia profesional del contratista a la que es imputable un 60 por ciento del daño, correspondiendo el 40 por ciento restante a la Administración regional por el incumplimiento de sus deberes como inspectora de la actividad del contratista y como titular de una instalación que, con independencia de la actuación del contratista, presentaba deficiencias que no fueron corregidas una vez advertidas. Considera que la responsabilidad de la Administración es subsidiaria de la de la contratista.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

De acuerdo con el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictámenes e emite con carácter preceptivo.

#### **SEGUNDA.-** Sobre el procedimiento.

Los artículos 142 y 143 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LPAC), desarrollados por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP), configuran un procedimiento general para la exigencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración cuyos trámites se han sustanciado suficientemente.

#### **TERCERA.-** Sobre la admisibilidad de la acción. Inexistencia de prescripción.

El artículo 142.5 LPAC, que establece el plazo anual para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, ha sido interpretado de manera flexible por los tribunales permitiendo adecuar el cómputo a cada supuesto según las posibilidades de determinación del daño o, en su caso, de la aparición de las secuelas; es decir, a partir del momento en que era una realidad la posibilidad del ejercicio de la acción. El principio general de la actio nata significa que el cómputo del plazo para ejercer la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible, y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad, dice la STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 4 de abril de 1998. Los fundamentos de tan difundida postura son no sólo el principio pro actione, que obliga a ser flexible en cuanto al rigor en la estimación de los defectos procesales o formales, sino también el reflejo del artículo 24 CE y la necesidad de evitar que se produzcan situaciones de desamparo.

El artículo 146 LPAC, por su parte, dispone que la responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del

delito, se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente, añadiendo además que *“la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”*

Reiteradamente ha declarado la jurisprudencia que la interrupción del plazo de prescripción de un año se produce no sólo por la iniciación de un proceso penal que verse sobre la posible comisión de hechos delictivos a los que pueda estar ligada la apreciación de responsabilidad civil dimanante de la infracción penal, sino incluso por la pendencia de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada (sentencia de 26 de mayo de 1998, que invoca la doctrina de la sentencia de 4 de julio de 1980, ambas citada por la de 23 de julio de 2002).

De esta jurisprudencia se deduce que la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación, salvo que manifiestamente aparezca como no idónea o improcedente en cuanto al objetivo de lograr el resarcimiento del daño o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad del accionante de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello. En concreto, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 16 mayo 2002, reconoció que la jurisprudencia de dicha Sala (por todas sentencias de 23 de enero de 2001) afirma la eficacia interruptiva del plazo anual de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa, ello en aplicación de la doctrina sentada por la jurisprudencia consistente en que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos (sentencias de la Sala tercera de 19 de septiembre 1989, de 4 de julio 1990 y de 21 de enero 1991). Así, la pendencia de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración, comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 142.5 LPAC.

Por tanto, añade la Sentencia anteriormente citada, la interrupción de la prescripción por iniciación del proceso penal se produce en todos aquellos casos en los cuales dicho proceso penal versa sobre hechos susceptibles de ser fijados en el mismo que tengan trascendencia, al menos aparentemente, para la concreción de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues otra interpretación colocaría al ciudadano en una situación de inseguridad jurídica derivada de la incertidumbre sobre el futuro desenlace del proceso penal iniciado.

Por ello, continúa la repetida sentencia, parece imponerse la interpretación de que, cuando no se ha renunciado en el proceso penal al ejercicio de la acción de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, la pendencia de dicho proceso penal abre un interrogante sobre el alcance de la responsabilidad susceptible de condicionar la reclamación ante la Administración y, consiguientemente, de interrumpir la prescripción con arreglo a una interpretación extensiva del precepto legal.

En el caso sometido a Dictamen se aprecia que el reclamante estuvo personado en las diligencias previas incoadas por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Murcia capital (Diligencias Previas 2565/01 E), las cuales, si bien no se formaron a causa de la actuación del personal de la Administración, sí arrojaron como resultado hasta entonces desconocido que las instalaciones del HMM eran el origen del brote, lo cual determinó que, junto al sobreseimiento

y archivo de las actuaciones, el auto dispusiese a favor de los perjudicados la reserva de los derechos y acciones que les pudieran corresponder “en la vía civil o administrativa”. La fijación de hechos que se efectuó en el proceso penal fue trascendente para concretar a quien debía exigirse la responsabilidad y determinar, en consecuencia, la procedencia del ejercicio de la acción en vía administrativa.

Habida cuenta de que el auto de archivo fue confirmado por la Audiencia Provincial el 4 de abril de 2003 y que la reclamación se había interpuesto el 7 de marzo de ese año, resulta justificada su admisibilidad, por estar dentro de plazo y ser interpuesta por persona legitimada.

#### **CUARTA.- Sobre la imputación del daño a la Administración.**

I. El funcionamiento anormal de la Administración al que se alude en la reclamación ofrece aspectos diferentes que han de ser considerados. Hay que partir de que el primer criterio que permite imputar el daño a la Administración es la titularidad de las instalaciones, ubicadas éstas en el HMM, hoy incorporado al Servicio Murciano de Salud y en la fecha de producción del daño adscrito al Instituto Nacional de la Salud, alteración organizativa que carece de trascendencia a estos efectos, dada la subrogación de la Administración regional en la posición jurídica del Estado derivada de las transferencias de funciones y servicios relativos a la asistencia sanitaria. Sí importa destacar que la mera titularidad del servicio supone imputabilidad de los daños por él causados, ya que la actividad debe garantizar el correcto funcionamiento de las instalaciones, con el fin de que no origine riesgos para la salud pública.

La objetividad de la imputación resulta aquí patente por cuanto, en aplicación de la doctrina de la creación de riesgo, cuando éste se crea con una instalación peligrosa que da lugar a un resultado dañoso, es indiferente para dar lugar a la imputación cual sea la causa de tal efecto; con independencia del origen, la consecuencia fue la enfermedad de una persona porque algo falló en el funcionamiento de una instalación peligrosa, lo que determina la responsabilidad de su titular.

Además, la imputación deriva de un funcionamiento anormal del servicio de inspección, inmanente al contrato suscrito con la empresa encargada del mantenimiento de las instalaciones, ya que su titular, la Administración, no puede legalmente desentenderse de la marcha de una actividad que pertenece a su ámbito de obligaciones, porque el contrato no implica renuncia a dicha titularidad, sino simplemente una colaboración privada en el ejercicio de las funciones propias. Esta potestad de inspección de la actividad del contratista, adecuadamente ejercitada, podría haber detectado los defectos de seguridad que se manifestaron en el funcionamiento de las torres de refrigeración.

II. Las potestades planificadoras e inspectoras de la Administración sanitaria regional para la protección de la salud pública.

Las posibilidades de actuación de la Administración regional frente al riesgo de que se produzca un brote de *legionella* no se agotan con las que derivan de su condición de titular de la instalación, sino que se extienden también a las que resultan de sus competencias como administración titular de la competencia ejecutiva recogida en el artículo 11.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU), como a continuación se expone.

La competencia del artículo 11.1 EAMU comprende en su ámbito material la salud de la colectividad, es decir, el conjunto de medidas, básicamente de carácter preventivo, que

es necesario adoptar para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud recogido por el artículo 43 CE, titularidad autonómica que quedó corroborada por el Real Decreto 466/1980, de 29 de febrero, que transfiere a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia un conjunto de medios relativos a competencias sobre “acción pública sanitaria”.

De la Ley de Salud de la Región de Murcia (Ley 4/1994, de 26 de julio) se infiere que la planificación es un principio general de la actuación administrativa al respecto, ya que el plan de salud constituirá la expresión de la política de salud a desarrollar por las Administraciones públicas en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (art. 9), siendo responsabilidad de las Áreas de Salud hacer efectivos los programas de salud pública de carácter regional (art. 13.2, b). La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, establece en su artículo 6.3 que las actuaciones de las Administraciones Públicas Sanitarias estarán orientadas a garantizar que cuantas acciones sanitarias se desarrollen estén dirigidas a la prevención de las enfermedades, quedando obligadas las Administraciones públicas, también, a la vigilancia sanitaria y adecuación a la salud del medio ambiente en todos los ámbitos de la vida (art.18.6), debiendo la sanidad ambiental ser objeto de especial atención en los programas de salud (art. 19).

A pesar de ello, es destacable que no consta en el expediente la existencia y consiguiente aplicación de un plan de prevención sobre tal riesgo, y que las medidas adoptadas por la Consejería se iniciaron cuando se declaró el brote, teniendo en ese mismo momento que establecerse el censo de torres de refrigeración que pudieran ser fuente de la infección, separándose la Administración del estándar de seguridad que era esperable. Según la diversa información técnica que se cita en el expediente, se sabe que las instalaciones que con más frecuencia se encuentran contaminadas con *legionella* son los equipos de enfriamiento de agua, tales como las torres de refrigeración, tanto en centros sanitarios como en toda clase de edificios (también lo expresa la Exposición de Motivos del Real Decreto 909/2001, de 27 de julio, por el que se establecen los criterios higiénico sanitarios para la prevención y control de la legionelosis). Parece que el principio de actuación exigible de la actuación de las Administraciones públicas requeriría la existencia de una mínima planificación preventiva frente a los efectos potencialmente peligrosos del fenómeno. La existencia de un registro de torres de refrigeración a nivel autonómico es una de las recomendaciones del Ministerio de Sanidad para la prevención y control de la legionelosis.

Partiendo de que la seguridad exigible de la entidad competente demandaba la existencia de un plan de prevención ajustado al cumplimiento de los estándares técnicos (STS, Sala 1ª, de 19 de febrero de 2007), es necesario determinar si, de haber existido tal plan, pudiera haberse realizado alguna actuación que contribuyese a eliminar o mitigar la situación de riesgo para las personas que suponía el estado de conservación de las torres de refrigeración existentes en la ciudad, determinando la denominada “*virtualidad causal*” de la conducta omisiva. A partir de lo instruido no parece dudoso que de haber existido tal plan en el que se hubiera contado con el censo de torres de refrigeración y se hubiera realizado un control inmediato y directo sobre ellas, las posibilidades de evitar o mitigar el daño ocasionado por la contaminación masiva se hubieran incrementado y, en consecuencia, esta omisión es título de imputación y ofrece la suficiente virtualidad causal para ser ponderada.

#### **QUINTA.- Sobre la integración fáctica de la reclamación y el nexa de causalidad.**

Lo primero que se plantea a la hora de considerar la correspondiente relación de causalidad es una cuestión puramente fáctica, cual es tratar de dilucidar si el enfermo reclamante verdaderamente sufrió el contagio de la enfermedad como consecuencia del anormal

funcionamiento de las instalaciones de refrigeración del HMM o si, por el contrario, fue infectado por una causa ajena a dichas instalaciones.

La doctrina del Tribunal Constitucional declara que los órganos jurisdiccionales son soberanos para valorar el conjunto de las pruebas practicadas ante ellos, sin que estén obligados a aceptar el relato fáctico de una sentencia penal, ya que los mismos hechos pueden ser enjuiciados desde ópticas diferentes (Sentencias 171/1994, 30/1996, 59/1996 y 89/1997), conclusión extensible al enjuiciamiento de hechos en vía administrativa, ya que la Administración no ve menoscabada su plena capacidad para determinar los hechos en virtud de los cuales deba resolver. No obstante, a los efectos de este procedimiento la Administración regional ha de estar al relato de hechos probados en vía penal, que han de tenerse por probados porque unos mismos hechos no pueden ser, o dejar de ser tales, según el orden jurisdiccional o administrativo al que se traigan, sin perjuicio de que esta vinculación no llegue ni alcance, en este caso, a la apreciación de la responsabilidad administrativa y sus posibles derivaciones, que se efectúa en el presente procedimiento a los efectos del artículo 139 LPAC y desde una perspectiva diferente a la del juzgador penal (en ese sentido se pronuncia la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de diciembre de 1997).

Conforme a ello, hemos de considerar acreditado que la epidemia de *legionella* sufrida por la ciudad de Murcia en el mes de julio de 2001 tuvo su origen en las torres de refrigeración del HMM, tal como queda reflejado en el auto de archivo de las diligencias penales mencionado en Antecedentes, y tal como afirman, igualmente, los técnicos y expertos de la Consejería de Sanidad integrantes del Comité Técnico y del Grupo Asesor Externo, en el informe sobre la investigación del brote emitido el 22 de febrero de 2002 y cuyas conclusiones tienen el valor de la pericia científica, además de ser de notable claridad.

También queda suficientemente acreditado que el reclamante había contraído una infección por *legionella* a causa de la cual fue internado en el HMM entre los días 9 a 13 de julio de 2001, soportando 5 días de hospitalización y 21 de incapacidad impositiva (folio 420), fechas aquéllas que se encuentran en el arco comprendido entre el 26 de junio y el 19 de julio de 2001, señaladas por la instrucción penal como principio y final del brote.

Lo que no queda directamente acreditado es que la neumonía comunitaria o extrahospitalaria fuera la causa determinante del daño sufrido por el reclamante, ya que, como se deduce de los informes aportados al expediente, no se ha determinado si el ADN de la bacteria aislada en él coincide con la procedente del HMM. Ahora bien, de lo expuesto en el informe de la Comisión de Expertos y del Grupo Asesor Externo, que es, además, la postura de la Consejería de Sanidad, cabe afirmar que, con un alto grado de probabilidad, la fuente del contagio fueron las torres de refrigeración del HMM, ya que las mismas dieron lugar a una *emisión masiva de aerosol contaminado*.

Es cierto que el TS tiene declarado (por todas S de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 11 mayo 1999) que, aun cuando la jurisprudencia ha venido refiriéndose de modo general a un carácter directo, inmediato y exclusivo para particularizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, no queda excluido que la expresada relación causal —especialmente en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos— pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, circunstancia que puede dar lugar, o no, a una moderación de la responsabilidad (Sentencias de 8 de enero de 1967, 23 de mayo de 1984, 11 de abril de 1986, 22 de julio de 1988, 25 de enero de 1997 y 26 de abril de

1997), y que entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél (Sentencia de 25 de enero de 1997), por lo que no son admisibles, en consecuencia, concepciones restrictivas que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (Sentencia de 5 de junio de 1997 ).

No obstante, dice la indicada STS de 11 de mayo de 1999, la jurisprudencia ha declarado también que el concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, y se reduce a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final como presupuesto o “conditio sine qua non”, esto es, como acto o hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del precedente, aunque es necesario además que resulte normalmente idóneo para determinar el concreto evento o resultado, teniendo en consideración todas las circunstancias del caso (Sentencia de 5 de diciembre de 1995).

Desde cualquiera de estas perspectivas puede sostenerse la existencia de nexo causal en el supuesto sometido a Dictamen. En primer lugar, aun considerando una posible equivalencia de condiciones porque existieran otras causas también productoras de daño, la contaminación expandida desde las torres de refrigeración del HMM fue causa de la epidemia, y la concurrencia de esos otros posibles factores originadores o propagadores de la misma no excluye el nexo causal apreciado. Desde el punto de vista de la causalidad adecuada, según se deduce del informe de la Comisión de Expertos y del Grupo Asesor Externo, sin la concurrencia del efecto propagador de dichas torres de refrigeración el resultado dañoso, muy probablemente, no se hubiera producido, conclusión corroborada por la afirmación de que el sistema de abastecimiento de agua de la ciudad, así como sus fuentes ornamentales, no fue causa del brote, y de que la *legionella* detectada en otras torres de refrigeración de la ciudad no coincidió en ADN con la aislada al grupo de enfermos; es decir, se abona la tesis de que, también muy probablemente, no existe otro agente productor de los efectos.

Ahora bien, también hay que considerar acreditado que en la causación o propagación del brote epidémico pudieron influir otros condicionantes (como los climatológicos, según el Auto AP 12/2003, ya citado), que dieron lugar a que en la ciudad de Murcia, durante esas fechas, existiese un verdadero problema de salud pública a causa de la *legionella*, siendo signo evidente de ello que la *legionella* se había detectado hasta en 13 instalaciones de refrigeración, en 12 depósitos de agua e, incluso, en los grifos de otras instalaciones públicas municipales (folios 598 a 611), habiéndose incoado las actuaciones penales precedentes a la acción de responsabilidad aquí dictaminada por una denuncia del Seprona referente a las instalaciones de refrigeración de un centro comercial.

En cualquier caso, la relación de causalidad que se infiere de los hechos descritos en el informe de la Comisión de Expertos y del Grupo Asesor Externo tiene un carácter especial desde el punto de vista probatorio, ya que la convicción procede de una evidencia científica que se configura con aspectos de probabilidad, y que no se expresa en términos de irrefutabilidad. No obstante, tales declaraciones tienen el valor de declarar una causalidad natural mediante una conclusión científicamente posible tras un exhaustivo proceso de investigación y contraste de datos que implicó a la entidad de referencia en el ámbito nacional, como es el Instituto de Salud Carlos III. La probabilidad que expresa es preponderante, cualificada y verosímil, determinando que, conforme a reglas de racionalidad,

pueda afirmarse un enlace suficiente entre la actuación administrativa y la producción del daño; es decir, entre el incorrecto mantenimiento de las torres de refrigeración del HMM y la enfermedad del reclamante, datos de carácter objetivo que sirven de base para formular tal juicio de probabilidad.

**SEXTA.- Sobre la responsabilidad directa de la Administración y la responsabilidad del contratista.**

I. El artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRL-CAP), establece lo siguiente:

*1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.*

*2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.*

*3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.*

*4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.*

Dentro de esta norma distributiva de la responsabilidad de la Administración y de los contratistas para el caso de que los daños se produzcan en el curso de la ejecución del contrato, la regla general es que la responsabilidad será del contratista, salvo que el daño causado sea consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración, dándose al perjudicado la facultad de que pueda utilizar el trámite del párrafo 3 de este artículo para dilucidar ante quien debe hacer efectiva la acción.

Sin perjuicio de ello, como ya tuvo ocasión de indicar este Consejo Jurídico en sus Dictámenes números 2/2000, 9, 20, 31 y 32, todos de 2002, y 177/2006, la interpretación sistemática del actual artículo 97 TRLCAP nos lleva a concluir que, ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta debe resolver respondiendo directamente de los daños causados por el concesionario o contratista, sin perjuicio de la acción de regreso que debe ejercitar contra aquéllos a fin de determinar el grado de responsabilidad que les pueda alcanzar por los hechos. A este respecto el Consejo de Estado ha declarado que los particulares no tienen el deber de soportar la incertidumbre jurídica de la última imputación del daño (Dictámenes de 18 de junio de 1970, 21 de julio de 1994 y 28 de enero de 1999). En este mismo sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo al afirmar que la naturaleza netamente objetiva de la responsabilidad de la Administración impide a ésta desplazar la misma al contratista, sin perjuicio de la acción de repetición de aquélla contra éste (entre otras, sentencias de 19 de mayo de 1987 y de 23 de febrero de 1995), a lo que habría de añadirse, sin perjuicio también de que el contratista, tras la resolución administrativa, satisficiera voluntaria y directamente el pago al perjudicado, que sería lo lógico en aras de la economía de trámites (Dictamen 2/2000).

En los casos, como el presente, en los que se puede producir un cruce entre los títulos de imputación de la Administración y del contratista, al margen de las obligaciones de éste, se mantiene inalterable la titularidad administrativa del servicio y, por tanto, la obligación de responder de su gestión en toda su amplitud, quedando la responsabilidad del contratista conducida, en ésta vía administrativa, no de manera directa ante el ciudadano, sino ante la Administración, puesto que nace de la relación contractual, y la interposición de esa relación jurídica convencional no puede privar al perjudicado de su garantía de que la Administración responda ante él de forma directa, ya que de no ser así quebraría el principio garantista de la institución.

Por otra parte, los contratistas responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “*todos*” los daños y perjuicios que causen como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución (Dictamen 2/2002). La relación jurídica contractual de la que nace esa responsabilidad del contratista es de derecho público, puesto que tiene su origen en el ejercicio de potestades administrativas y, por tanto, la determinación de la misma corresponde a la Administración en cuanto contratante, sin perjuicio de la garantía que supone la revisión ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

II. El estándar normativo exigible para el funcionamiento y conservación de las torres de refrigeración del HMM y los incumplimientos del contratista.

A) Se dice en la propuesta de resolución que las pautas a seguir para el correcto mantenimiento de las torres de refrigeración, desde el punto de vista de la prevención de legionelosis, son las recomendaciones del Ministerio de Sanidad; éstas establecen que las acciones preventivas van encaminadas a evitar las condiciones que favorezcan la colonización, multiplicación y dispersión de la *legionella*, como son las temperaturas adecuadas para su crecimiento, el estancamiento del agua y la acumulación de substratos; dicen también tales recomendaciones que será necesario tener en consideración el Real Decreto 1951/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en los Edificios (RITE) y sus Instrucciones Técnicas Complementarias (ITE), que determinan las condiciones que deben cumplir tales instalaciones de los edificios, las cuales, a su vez, comprenden la norma UNE 100-030-94, sobre climatización, denominada “*Guía para la prevención de la legionella en instalaciones*”. También existe la Nota Técnica de Prevención del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (NTP) 538, sobre medidas de prevención y control de la legionelosis en instalaciones de suministro de agua.

B) Basándose en la documentación que obra en el expediente, considera la propuesta de resolución que las labores de mantenimiento ordinario que correspondían al contratista se incumplieron al poner en funcionamiento las torres 1 y 2, el 18 de mayo de 2001, con sólo un tratamiento de desinfección, pero sin limpieza, y que la torre 3, en la que se detectó la *legionella* coincidente con la de los afectados, se puso en marcha en el mes de abril de 2001, después de una larga temporada parada, sin tratamiento alguno de limpieza y desinfección previo a su reapertura, indicación ésta recogida en las normas técnicas anteriormente citadas y reproducida por el Anexo IV del Real Decreto 909/2001, de 27 de julio, norma que estableció por primera vez con alcance estatal los criterios higiénico-sanitarios para la prevención y control de la legionelosis. Tales consideraciones se encuentran recogidas en el informe de la Sección de Sanidad Ambiental de 28 de enero de 2002.



III. La propuesta de resolución, considerando el conjunto de las actuaciones practicadas, estima que la mayor contribución al daño ha procedido de la falta de diligencia del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, valorable en 3 quintas partes del total, correspondiendo las 2 quintas partes restantes a la participación de la Comunidad Autónoma, ya que ésta, en cuanto titular de la instalación, no evaluó el peligro potencial que encerraba el estado de la misma en el momento de su entrega a la contratista, expresado por ésta en la Memoria elaborada a raíz del inicio de la ejecución del contrato, en la que se significaba la necesidad de realizar un tratamiento de desincrustación de las paredes interiores de las torres y de sustitución de sus rellenos; además, por su falta de intensidad en las labores inspectoras de la actividad de la contratista.

Se aprecia un considerable esfuerzo de ponderación en el reparto realizado que, sustancialmente, es compartido por el Consejo Jurídico. No obstante, ha de tenerse en cuenta que la obligación incumplida por el contratista es de las que pueden considerarse como esenciales, dado el sentido de las normas técnicas anteriormente citadas, concretado en el Anexo 4 B) del Real Decreto 909/2001, según el cual “una desinfección no será efectiva si no va acompañada de una limpieza exhaustiva”, lo que viene a significar que el incumplimiento de la obligación de desinfectar se extendió a las 3 torres, factor éste de directa incidencia en el origen de su contaminación.

Proporcionalmente sería más ajustado, desde este punto de vista, el mantenimiento de la responsabilidad del contratista en 3 quintas partes, considerando a la par que la porción de responsabilidad así atribuida a la Administración regional —2 quintas partes— comprendería la derivada de la inexistencia de un plan específico de prevención y control de la legionelosis (una quinta parte) y de la falta de diligencia en el control del contratista (una quinta parte también).

En cualquier caso, la responsabilidad de la Administración frente al reclamante es directa, como ya se ha indicado, y debe satisfacer el importe total de la indemnización que se reconozca, sin perjuicio también de que el contratista, tras la resolución administrativa, satisficiera voluntaria y directamente el pago al perjudicado, que sería lo lógico en aras de la economía de trámites (Dictamen 2/2000); en caso contrario, la Administración regional debe ejercitar la acción de repetición.

#### **SÉPTIMA.- Sobre la valoración del daño.**

Corresponde indemnizar al reclamante en la cantidad de 1.135,20 euros, por 5 días de hospitalización y 21 de incapacidad improductiva, a razón de 51,452 euros cada uno de los primeros y de 41, 806 euros los segundos, de acuerdo con la valoración que obra al folio 420 del expediente, realizada con las cuantías señaladas en la Resolución de 30 de enero de 2001, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, correspondientes al sistema de valoración de daños causados a las personas en accidentes de circulación (BOE de 9 de febrero de 2001); debe aplicarse la actualización.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Existe relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público regional, por lo que debe reconocerse la responsabilidad patrimonial

instada, en la que la participación del contratista se aprecia en 3 quintas partes del total, y la de la Administración en 2 quintas partes.

**SEGUNDA.-** El daño se valora en la cantidad de 1.135,20 euros, a la que deberá aplicarse la correspondiente actualización.

No obstante, V.E. resolverá.

## **DICTAMEN 22/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante:** Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)

**Fecha:** 12/02/08

### **Extracto de Doctrina**

*Lo que se exige al servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras es que realice las actuaciones de conservación y señalización que sean consideradas como necesarias dentro de un determinado estándar o nivel de prestación del servicio público, sin que la mera titularidad pública de la vía implique que todo accidente acaecido en ella sea de su responsabilidad. Ello en modo alguno supone que se configure en todo caso la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa como de índole culpabilística, pues la aplicación del criterio del estándar en la prestación de servicios públicos implica que, cuando no sea exigible el funcionamiento del servicio público, resultará, vista la cuestión desde el punto de vista de la relación de causalidad, que la actividad o inactividad administrativa no habrá sido un factor eficiente en la producción del daño, en cuanto no podrá considerarse que haya existido una omisión pública generadora del mismo.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 16 de abril de 2004 tuvo entrada en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes una reclamación formulada por x. contra dicha Consejería, en la que exponía lo siguiente:

*“PRIMERO: Que el día 2 de marzo de 2004, aproximadamente a las cuatro treinta horas de la tarde, cuando me encontraba circulando con mi vehículo BMW, matrícula “—”, a la altura del km. 2,80, de la carretera D-11, carretera autonómica 3º Nivel, en dirección a Lorca, debido a la estrechez de la misma, y a la total ausencia de arcenes, como consecuencia de una maniobra realizada por causa de fuerza mayor para evitar un accidente, el vehículo que conducía salió de la calzada por la parte derecha de la misma, y como digo, ante la total ausencia de arcenes el vehículo metió la rueda delantera derecha en el canalillo de desagüe que se aprecia en las fotografías que adjunto, impactando contra el paso de aguas que se levanta peligrosamente sobre el nivel de la calzada y que igualmente se observa en la misma fotografía.*

*Como consecuencia del siniestro se produjeron daños materiales de consideración en el vehículo, que justifico tanto con la fotografía adjunta, como con el presupuesto de reparación emitido por taller de mecánica --, SAL, ascendiendo el importe del presupuesto a la cantidad total de 6.242,71 euros.*

*Además, se me produjeron daños personales de los que tardé quince días en obtener la sanación completa.*

*SEGUNDO: Que tales obras en tal carretera autonómica han sido realizadas hace muy poco tiempo por esa Administración, y consistieron en suprimir y sustituir por canalillos de desagüe el escaso arcén que hasta ese momento tenía la calzada, y construir peligrosamente pasos de agua elevándolos por encima del nivel de la misma.*

*TERCERO: Que entiendo que los daños que me han sido causados, hubieran podido ser evitados con una diligencia mínima de esa Administración, pues en sus labores de adecuación de la calzada, no respetó siquiera un mínimo de arcén, a pesar de ser zona de huerta muy poblada por donde es habitual el paso de peatones que tienen, por fuerza, que invadir la calzada ante la ausencia de un mínimo arcén.*

*De otra parte, los pasos de agua de cemento, elevados sobre el nivel de la calzada, constituyen un riesgo tanto para las personas como para la circulación de vehículos, dada la estrechez de la calzada, pues en algunos puntos es muy difícil el paso simultáneo de un camión y un turismo, la construcción de este tipo de pasos supone un verdadero peligro causante de accidentes por el riesgo de colisión contra los mismos”.*

*Por ello, solicita que se le indemnice “con el importe de la reparación del vehículo, que asciende a la cantidad de 6.242,71 euros y además, la cantidad que según el baremo de indemnizaciones de Accidentes de Tráfico, corresponda por quince días no impeditivos”.*

A su escrito adjunta la siguiente documentación:

*“Tres fotografías en las que se aprecian las circunstancias relatadas.*

*Presupuesto de reparación del vehículo turismo BMW matrícula “\_\_”, sin que sea óbice que el presupuesto figure a nombre de x., puesto que es mi marido”.*

**SEGUNDO.-** Mediante oficio de 4 de mayo de 2004 se otorga a la reclamante un plazo de 10 días para la subsanación o mejora de la reclamación, presentando el 20 de mayo siguiente un escrito al que adjunta diversa documentación, destacando un acta notarial de manifiestaciones de dos testigos presenciales del accidente, extendida el 18 de mayo de 2004.

**TERCERO.-** Solicitado informe al Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras sobre el valor del vehículo, daños alegados y otras cuestiones de interés, fue emitido el 28 de junio de 2004, que, entre otros aspectos, señala lo siguiente:

**“2-VALOR DE LOS DAÑOS SUFRIDOS**

*El valor de los daños reclamados y que asciende a la cantidad de 6.242,71 euros por reparación de los daños materiales, tal y como se refleja en la fotocopia del presupuesto que se adjunta, se considera elevado en la partida de M.O. Chapa, y a nuestro criterio dicha partida no debe sobrepasar los 600 euros, con lo que el valor final de los daños, a nuestro entender, debería ser como máximo de 5.546,71 euros, IVA incluido.*

### 3-OTRAS CUESTIONES DE INTERÉS

*Del relato realizado por la reclamante en cuanto a la forma de ocurrencia del accidente procede a nuestro juicio plantear las siguientes cuestiones:*

*1- El tipo de carretera a que alude en su escrito, la D-11, estará catalogada por nuestra D. General y, con arreglo a dicha catalogación, tendrá marcado los límites máximos de velocidad a los que se debe circular, con independencia que el Código de Circulación indica que el conductor de un vehículo deberá adecuar la velocidad del mismo a las condiciones de la carretera por donde circule.*

*2- Dicho lo anterior, al parecer algo le hace efectuar una maniobra brusca para evitar un accidente y como consecuencia de ello se sale de la calzada, parece que lo lógico sería achacar la responsabilidad a ese “otro vehículo”, o lo que sea, de lo ocurrido y no al hecho de que la carretera sea más o menos estrecha, disponga o no de arcones y cualquier otra circunstancia que se quiera imputar, ya que no hay nada anormal en la ya citada carretera que sea causa de salirse de la misma”.*

**CUARTO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras sobre los hechos alegados en la reclamación, fue emitido el 19 de octubre de 2004, en el que se expresa lo siguiente:

*“1º.- La carretera D-11 es una carretera competencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.*

*2º.- En relación con la realidad y certeza del evento lesivo, sólo disponemos de los datos que aporta el demandante. Observo que no figura parte alguno de la Guardia Civil de Tráfico o Policía Local.*

*3º.- Consultados los archivos de partes de salidas y actuaciones de la brigada de conservación, le informo que no figura aviso, salida o actuación alguna en esta carretera el día 2 de marzo de 2004.*

*La manifestación de la interesada y de los testigos (acta de manifestaciones), en el sentido de que la carretera es muy estrecha, los testigos afirman de 4 a 5 metros de ancho, no es cierta, la carretera tiene 6 m. de anchura (dos carriles de 3 m. cada uno). Además, existe suficiente visibilidad, siendo ésta superior a la distancia de visibilidad de parada. En consecuencia, si se salió de la calzada el vehículo debió ser por despiste o negligencia de su conductor o forzado por una maniobra de otro vehículo, en caso alguno por causa de mal estado de la carretera. En relación con el “canalillo de aguas” que dice existir en el borde de la carretera, no es más que la cuneta, se trata pues de un elemento funcional de la carretera, asimismo es un elemento funcional el paso salvacunetas contra el que choca y que es absolutamente imprescindible para salvar la cuneta y permitir el acceso a la finca. Por último, alude a la falta de arcén en la carretera, y es cierto, pero no sólo en ese punto, sino en toda la carretera, por lo que no es un problema inesperado, sino propio de la tipología de la carretera, a la que debe adaptar el conductor su velocidad y comportamiento.*

*En conclusión, no existe imputabilidad ni responsabilidad atribuible a la Administración, puesto que no existe una relación entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de la carretera.*

*4º.- La carretera estaba perfectamente señalizada y a la hora que ocurre el accidente (16:30 horas), en marzo hay luz natural suficiente.*

5º.- *La única información de los daños la aporta el reclamante, que en relación con los desperfectos del vehículo sólo figura un presupuesto, no un informe pericial de los daños ni la factura de la reparación.*

6º.- *No aprecio más aspectos técnicos o cuestión que estime pueda ser de interés”.*

**QUINTO.-** Otorgado a la reclamante el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, no consta que haya comparecido o presentado alegaciones.

**SEXTO.-** El 15 de diciembre de 2006 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, y con base en lo expresado en el informe de la Dirección General de Carreteras reseñado anteriormente, por considerar que no existe la adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales de conservación de carreteras y los daños por los que se reclama.

**SÉPTIMO.-** Solicitado de este Consejo Jurídico el 9 de enero de 2007 la emisión de su preceptivo Dictamen, mediante Acuerdo nº 3/2007, de 12 de enero siguiente, se requirió a la Consejería consultante para que subsanara determinadas deficiencias advertidas en el expediente remitido, lo que cumplimentó mediante oficio de 31 de enero de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, al ser la titular del vehículo por cuyos daños solicita el correspondiente resarcimiento; daños que imputa a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y vigilancia de una vía pública de su titularidad, por lo que dicha Administración está legitimada pasivamente para resolver la reclamación.

II. Ésta ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido en la LPAC y normativa de desarrollo. No obstante, deberá corregirse lo expresado en el Antecedente de Hecho Octavo de la propuesta dictaminada, que se refiere a la formulación de alegaciones y aportación de documentos de la reclamante en el trámite de audiencia, circunstancia que no consta en el expediente remitido. El modo genérico con que se expresa tal circunstancia hace pensar en una indebida transcripción de un modelo-tipo de propuesta de resolución, en cuyo caso deberá ser eliminada dicha referencia. (En el supuesto de que tal comparecencia exista, deberá remitirse a este Consejo Jurídico para su valoración, previamente al dictado de la resolución del procedimiento).

**TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público regional de vigilancia de carreteras y los daños por los que se reclama: inexistencia.**

I. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables.

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, la reclamante imputa a la Administración el origen de los daños sufridos, en cuanto debía haber construido de otro modo el obstáculo a que se refiere la reclamación, y haber procurado, además, que la carretera tuviera arcones, pues a aquélla corresponde el deber de conservación y vigilancia de la misma; por ello, estima que no tiene el deber jurídico de soportar los daños causados por el accidente, que se debió a lo que considera una deficiencia viaria.

Antes de entrar en el análisis del caso que nos ocupa, es necesario recordar algunas consideraciones generales que este Consejo Jurídico viene realizando en relación con los deberes de conservación y señalización de las vías públicas regionales.

Así, lo que se exige al servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras es que realice las actuaciones de conservación y señalización que sean consideradas como necesarias dentro de un determinado estándar o nivel de prestación del servicio público, sin que la mera titularidad pública de la vía implique que todo accidente acaecido en ella sea de su responsabilidad. Ello en modo alguno supone que se configure en todo caso la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa como de índole culpabilística, pues la aplicación del criterio del estándar en la prestación de servicios públicos implica que, cuando no sea exigible el funcionamiento del servicio público, resultará, vista la cuestión desde el punto de vista de la relación de causalidad, que la actividad o inactividad administrativa no habrá sido un factor eficiente en la producción del daño, en cuanto no podrá considerarse que haya existido una omisión pública generadora del mismo. Y, vista desde la perspectiva del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño (artículo 141.1 LPAC), ha de decirse que cuando no hay una omisión indebida de la Administración, el ciudadano tiene el deber jurídico de soportarlo, en cuanto materialización del riesgo inherente a la utilización de las vías públicas (siempre, claro está, que no exista un tercero responsable).

II. Aplicadas las precedentes consideraciones al caso que nos ocupa, debe coincidirse con la propuesta de resolución dictaminada en que los daños alegados no pueden ser imputados a la Administración regional.

En primer lugar se destaca que, habiendo alegado la reclamante que su salida de la calzada se debió a una maniobra realizada para evitar un accidente, no se diera parte de ello a la Guardia Civil de Tráfico o a la Policía Local, lo que posiblemente hubiera permitido tener una descripción más aproximada y, en todo caso, fehaciente, de las circunstancias del ac-

cidente y de los daños causados. Resulta especialmente significativo en este punto advertir que la reclamante elude concretar el hecho que motivó la indicada maniobra, y que los testigos que manifestaron haber presenciado el accidente (testigos cuya existencia, por cierto, no se menciona en el inicial escrito de reclamación) no hacen ninguna referencia a tal maniobra (ni, por tanto, a su posible causa), limitándose a declarar en el acta notarial reseñada en el Antecedente Segundo que “aproximadamente a los cien o ciento veinte metros de donde se encontraban, vieron como el vehículo citado (el de la reclamante) chocaba contra un paso de aguas elevado que se encontraba en la parte derecha y pegado a la calzada según la marcha del vehículo” (punto 2º del acta), personándose en el lugar del accidente para prestar ayuda y observando que era x., “que trabaja de cocinera en el restaurante” (punto 3º), en cuya puerta se encontraban situados y de donde salió el vehículo de la reclamante (punto 1º). No obstante la total omisión de las circunstancias en que se produjo el citado choque, los testigos sí se pronuncian sobre la estrechez de la calzada, señalando que tiene cuatro o cinco metros (cuando el informe de la Dirección General de Carreteras indica que tiene seis, tres para cada carril), así como otras manifestaciones sobre la ausencia de arcenes y la existencia de canales de desagüe y pasos elevados para salvar éstos.

Frente a ello, el reseñado informe de la Dirección General de Carreteras explica con claridad las características de la carretera y justifica la existencia de los pasos elevados, siendo ello, junto a las dimensiones de la calzada, una característica general de la vía, y no una situación excepcional en la misma que hubiera que señalar, por lo que el conductor debe adecuar su conducción a las específicas características viarias, debiendo extremar su diligencia en aquellas carreteras que, como la del caso, pueden representar un especial riesgo para la circulación, por lo demás no infrecuente en redes viarias como de la que se trata.

A este respecto debe tenerse en cuenta que, tratándose de una carretera calificada de tercer nivel dentro de la red regional de carreteras (así lo manifiesta la reclamante y no lo niega el citado informe), no se ha acreditado que exista norma, instrucción técnica o, en general, un instrumento jurídico público que determine que tales vías deban ajustarse a unas determinadas características constructivas, debiéndose tal calificación simplemente a su capacidad para estructurar las comunicaciones entre núcleos de población, según lo establecido en el artículo 3 de la Ley 3/1990, de 27 de agosto, de Carreteras y Caminos de la Región de Murcia.

Conforme con lo anterior, y considerando, además, que la reclamante era perfecta conocedora de las características de la vía, al trabajar en el restaurante situado en sus inmediaciones, debió haber ajustado su conducción a las especiales características de la misma; y si lo hizo y la maniobra que, según afirma, tuvo que realizar (aun sin ser corroborado por nadie), no se debió a un descuido por su parte, sino a la acción imprudente de un tercero, es claro que la responsabilidad de los daños por los que reclama habrán de ser imputados a éste, o a ambos vehículos si en la producción del siniestro concurrió la actuación imprudente de sus dos conductores.

En consecuencia, y no procediendo imputar el daño causado a la actuación de la Administración regional, procede desestimar la reclamación objeto de Dictamen.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** No resulta acreditada la necesaria relación de causalidad entre los daños por los que se solicita indemnización y el funcionamiento de los servicios públicos regionales. En consecuencia, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa favorablemente, sin perjuicio de lo indicado en la Consideración Segunda, III.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 23/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 12/02/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Conviene aquí señalar, como hace el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes (por todos, el 3.569/2003), que el deber de la Administración de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada no obliga, sin embargo, en supuestos como el que es objeto de Dictamen, en el que el nexa causal entre el daño alegado y la actuación administrativa acusa una interferencia concretada en la irrupción en la calzada de un animal: “La presencia incontrolada de animales en carreteras —dice el alto Órgano Consultivo— no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, ya que su acceso a la vía puede resultar inevitable, atendiendo a las diferentes formas en que pueden irrumpir en la calzada”.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 4 de agosto de 2005, x., en nombre y representación de la mercantil --, S.L., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, por los daños materiales sufridos por el vehículo de su propiedad (Opel Combo, matrícula “\_\_”), cuando circulaba el 26 de agosto de 2004 por la carretera que une las localidades de San Javier y Murcia, y a la altura del km. 23 un perro invadió la calzada, sin que le fuese posible maniobrar para evitar su atropello, colisionando con una valla quitamiedos.

Manifiesta que tras el accidente intervino la Guardia Civil, que levantó Atestado y trató de averiguar la titularidad del animal al parecer sin éxito, pues carecía de dueño.



Simultáneamente presenta también reclamación ante la misma Consejería x., en su condición de conductor del vehículo accidentado, reclamando la indemnización por los daños personales sufridos.

Ambos reclamantes proponen que se recabe de la Guardia Civil de Tráfico el Atestado del accidente de tráfico y por peritos competentes se dictamine el importe de los daños sufridos.

**SEGUNDO.-** Previa propuesta del órgano instructor, por Orden de 29 de septiembre de 2005, suscrita por el titular de la Secretaría General por delegación, se acuerda acumular ambas reclamaciones de responsabilidad patrimonial en un expediente único, puesto que en las mismas concurre identidad sustancial e íntima conexión.

**TERCERO.-** Mediante comunicación interior de 29 de septiembre de 2005, se recaba el informe de la Dirección General de Carreteras; al día siguiente se solicita de los interesados la mejora o subsanación de sus escritos de reclamación, lo que es cumplimentado por x., en la representación ya indicada, el 11 de noviembre de 2005 (fecha de certificación en la Oficina de Correos) en el sentido que figura en los folios 41 a 95 del expediente, insistiendo en que el órgano administrativo solicite el Atestado de la Guardia Civil de Tráfico. Asimismo, el 28 de noviembre de 2005, x., representado por el letrado x., presenta también documentación relativa al tratamiento médico, reiterando que se solicite el citado Atestado.

**CUARTO.-** Consta el informe de la Dirección General de Carreteras (folios 27 y 28) en el que se indica:

*“La carretera a la que se refiere el reclamante es competencia de esta Dirección General.*

*No existe constancia ni conocimiento en este Servicio de la realidad y certeza del evento lesivo en ese día y en ese P.K.*

*De acuerdo con el informe emitido por el Inspector de Carreteras afecto a esta vía, se observa en el PK 23,285 la existencia de una entrada hacia la citada vía desdoblada, el resto de la zona se encuentra protegido por alambrada en buen estado y el tramo se encuentra debidamente señalado, careciendo esta zona de iluminación artificial”.*

**QUINTO.-** El 4 de mayo de 2006 la instructora solicita el Atestado de la Comandancia de la Guardia Civil de Tráfico de Murcia, sin que haya sido cumplimentada dicha petición.

**SEXTO.-** Tras solicitar a los reclamantes la aclaración y aportación de determinada documentación, se recaba el informe sobre la valoración de daños del vehículo siniestrado al Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, que lo emite el 9 de octubre de 2007.

**SÉPTIMO.-** Otorgado trámite de audiencia al letrado que representa a los reclamantes, que da por reproducidas sus alegaciones, se formula propuesta de resolución desestimatoria por no constar acreditada la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.

**OCTAVO.-** Con fecha 11 de enero de 2008, se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del dictamen**

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

La reclamación ha sido interpuesta por quien goza de legitimación activa para ello, es decir, la mercantil propietaria del vehículo y su conductor, al haber sufrido los daños materiales y personales que se reclaman, respectivamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, en su condición de titular de la vía donde se produjo el accidente (C-3319), como se desprende de la documentación incorporada al expediente.

En lo que a la temporaneidad de la acción se refiere cabe afirmar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que se señala como fecha de ocurrencia de los hechos el 26 de agosto de 2004 y la reclamación se interpuso el 10 de agosto de 2005 y, por lo tanto, antes de que transcurriera un año entre ambas fechas.

El procedimiento seguido respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP), habiendo solicitado la instructora el Atestado de la Guardia Civil de Tráfico, sin que haya sido remitido por este cuerpo, continuando con el procedimiento de responsabilidad patrimonial, a lo que la parte reclamante no se ha opuesto en la contestación al trámite de audiencia otorgado.

Por último, la resolución que finalmente se adopte deberá contener en la parte dispositiva la referencia a las dos reclamaciones que se desestiman, tras su acumulación, pues en la propuesta de resolución elevada únicamente figura la relativa a x., en representación de la mercantil propietaria del vehículo, sin citarse la interpuesta por x., representados ambos reclamantes por el letrado x., si bien no consta acreditada la representación de este último en relación con el conductor del vehículo, pese a que fue requerido para ello por la instructora.

### **TERCERO.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.

- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

En relación con las reclamaciones por responsabilidad patrimonial, la doctrina del Consejo de Estado pone de manifiesto que “*la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante, de acuerdo con los viejos aforismos “necessitas probandi incumbit ei qui agit” y “onus probandi incumbit actori”* y con el art. 217 de la LEC (entre otros muchos se pueden citar los dictámenes números 968/2002, 62/2003 y 2396/2003).

También este Consejo Jurídico ha venido destacando que la carga probatoria incumbe a los reclamantes respecto a la acreditación de estas circunstancias (entre otros, Dictámenes números 107/2003 —citado en la propuesta de resolución—, 28/2004 y 85/2004).

La Administración ha practicado las pruebas que estaban a su alcance, solicitando el Atestado de la Guardia Civil y el informe técnico de la Dirección General de Carreteras. De este último informe se desprende que la vía donde ocurrieron los hechos, cuya naturaleza de autovía, vía rápida o carretera convencional no es aclarada en el expediente a efectos de la obligatoriedad o no de vallado conforme a la normativa de tráfico, en contra de lo que sostiene la instructora, se encuentra protegida por una alambrada en buen estado, y precisamente en el p.k. 23,265, próximo al lugar del accidente, existe una entrada hacia la vía desdoblada, por donde pudo haber accedido el animal que irrumpió en la calzada.

De otra parte tampoco los reclamantes imputan a la Administración regional ningún defecto u omisión del deber de conservación de la carretera, que permita inferir el imprescindible nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado. Adviértase que el choque del vehículo no se produjo con un elemento propio del servicio público de carreteras (señales, vallas), o con un obstáculo derivado de la falta de prevención (caída de piedras laterales), o de la falta de conservación, como sería el caso de un elemento que permaneciera en la calzada sin que los servicios correspondientes lo retiraran, obstaculizando la circulación, sino que en el presente supuesto el choque se produjo con un animal doméstico que irrumpió inopinadamente en la carretera, accediendo presumiblemente por un acceso próximo a dicha vía.

Conviene aquí señalar, como hace el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes (por todos, el 3.569/2003), que el deber de la Administración de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada no obliga, sin embargo, en supuestos como el que es objeto de Dictamen, en el que el nexo causal entre el daño alegado y la actuación administrativa acusa una interferencia concretada en la irrupción en la calzada de un animal: “*La presencia incontrolada de animales en carreteras —dice el alto Órgano Consultivo— no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, ya que su acceso a la vía puede resultar inevitable, atendiendo a las diferentes formas en que pueden irrumpir en la calzada*”.

Si bien la Administración Regional, en su condición de titular de la carretera, debe mantenerla en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación, según reza el artículo 57 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por R.D. Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, en el expediente objeto de Dictamen, con independencia de la caracterización de la vía, se ha acreditado que la valla se encontraba en el lugar del atropello en perfectas condiciones, concurriendo además la circunstancia de que en dicho punto existe un acceso por donde, probablemente, accedió el perro a la vía, como se ha indicado anteriormente.

De otra parte, los conductores están obligados a adecuar su velocidad, de manera que siempre puedan detener el vehículo dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse (artículo 19.1 del citado Texto Articulado).

Por tanto, sin cuestionar la realidad del suceso pese a no disponer del Atestado de la Guardia Civil, lo que, en ningún caso, es imputable a los reclamantes, sin embargo no se ha probado por éstos, a quienes incumbe, el nexo de causalidad entre la obligación de conservación de la carretera y la irrupción de un animal en la calzada, llevando al Consejo Jurídico a compartir el criterio de la instructora y estimar que no puede apreciarse la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 139 LPAC para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial. La misma conclusión alcanzó el Consejo Jurídico en sus Dictámenes números 40/2005 y 8/2006 acerca de la irrupción de animales en las autopistas, tal como ha expuesto también el Consejo de Estado, entre otros, en el Dictamen de 30 de octubre de 2003 (expediente 3.184/2003) cuya doctrina es aplicable al asunto aquí consultado:

*“En el caso examinado, no cabe duda de que la lesión se ha producido a consecuencia de la utilización por el reclamante de un servicio público. La Administración tiene el deber de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada. Excede, sin embargo, ese límite un caso como el sometido a consulta. Y es que el Consejo de Estado ha señalado ya en numerosas ocasiones que la presencia incontrolada de animales en las carreteras no genera la obligación de indemnizar, habida cuenta que no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público viario, sino como un factor ajeno a las exigencias de seguridad viaria, que enerva la relación de causalidad exigible a los efectos del reconocimiento de la eventual responsabilidad administrativa, si se tiene presente que su acceso a las vías públicas puede resultar inevitable. Tal doctrina, generalmente aplicada con relación a colisiones con animales ocurridas en autopistas, resulta con mayor motivo de aplicación al caso de que ahora se trata, en que no tratándose de autopista, sino de autovía, no es obligada la privación, sino la mera limitación, de accesos a las propiedades colindantes”.*

Además, en el presente caso, sostener la atribución de la responsabilidad del accidente a la Administración entrañaría una interpretación exageradamente providencialista, al convertirla en una suerte de aseguradora universal (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de marzo de 2007), sin que se logre adivinar de qué manera la Administración podría haber evitado la colisión con un animal en la carretera, que presumiblemente accedió por un acceso a dicha vía existente en el p.k. donde se produjo el accidente, como se ha indicado.

Por último, respecto a los daños personales alegados por el conductor, el parte de urgencias de atención primaria de Lorca que aporta, correspondiente al día siguiente del accidente, se limita a señalar que el paciente tiene una contusión (folio 2). De otra parte

las únicas cantidades que reclama son las de un traumatólogo y las sesiones de rehabilitación (un total de 240 euros), sin que se documente en el expediente que dicha asistencia particular, aunque próxima en el tiempo de producirse el accidente, esté relacionada con el accidente ocurrido.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima las reclamaciones de responsabilidad patrimonial interpuestas por x., en nombre y representación de la mercantil \_\_, S.L., y por x., al no concurrir los requisitos que determinan su existencia, debiendo corregirse la propuesta de resolución en el sentido indicado en la Consideración Segunda.

No obstante, V.E. resolverá.

### **DICTAMEN 24/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 18/02/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Aunque consolidada doctrina jurisprudencial viene manteniendo que no son admisibles concepciones restrictivas del nexo causal que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, ello no significa que la reclamante no deba aportar prueba suficiente que permita afirmar que el daño sufrido es imputable a una actuación administrativa.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 2 de agosto de 2005, x., Abogada del Ilte. Colegio de Abogados de Cartagena (Murcia), en nombre y representación de x., presenta en el Registro General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia escrito dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS), mediante el que formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos el día 26 de marzo de 2004, cuando, acompañada de x., Directora de la Asociación en la que trabajaba, llevaban a un paciente al Servicio de Urgencias del Hospital Santa María del Rosell (HSMR) de Cartagena (Murcia). Según la reclamante, una vez dentro del recinto procedió a aparcar su vehículo, tras lo cual se dirigió a reunirse con x. que estaba efectuando el ingreso del paciente, pero debido al mal estado de la acera y de las alcantarillas sufrió una caída de la que tuvo que ser asistida en principio en el Servicio

de Urgencias del HSMR y, posteriormente, en Ibermutuamur, por tratarse de un accidente laboral.

**SEGUNDO.-** Como entre la fecha en la que ocurrieron los hechos y la de la interposición de la reclamación había transcurrido más de un año, el SMS dirige escrito a la representante de la interesada con el fin de que acreditase la no prescripción de la acción. Requerimiento que es cumplimentado mediante la aportación de informe médico de Ibermutuamur en el que se indica que el alta médica de la reclamante se produjo el día 3 de agosto de 2004.

**TERCERO.-** De la reclamación se infiere que x. es enfermera, pero, sin embargo, no queda claro si prestaba o no sus servicios en el HSMR en el momento de ocurrir los hechos. Para aclarar esta circunstancia se oficia a la Subdirección de Recursos Humanos del SMS, la que responde que, si bien la citada profesional formó parte del personal sanitario de la Gerencia de Atención Primaria de Cartagena, en la fecha del accidente no existía relación laboral alguna con el SMS.

**CUARTO.-** La instructora dirige escrito al Director Gerente del HSMR al que adjunta copia de la reclamación y solicita el envío de la siguiente documentación:

- a) Copia compulsada y foliada de la historia clínica de la reclamante.
- b) Informes de los técnicos correspondientes, relativos a los hechos descritos en la reclamación.

El requerimiento fue cumplimentado mediante escrito del Director Gerente de Atención Especializada del HSMR, fechado el 23 de febrero de 2006, al que se une la siguiente documentación:

- Hoja de la asistencia prestada en el Servicio de Urgencias el día del accidente.
- Informe médico del x., del Servicio de Urgencias, del siguiente tenor:

*“Enferma vista por torcedura tobillo derecho, presentando dolor e inflamación en zona del maleolo peroneo, con radiología normal, que se le diagnóstica de esguince de ligamento peroneo astragalito anterior. Se le inmoviliza y se remite a traumatólogo de zona”.*

Añade el Director Gerente que en el Servicio de Obras y Mantenimiento del Hospital no hay constancia de que el accidente sufrido por la reclamante guardara relación con obras en curso en dicho hospital.

**QUINTO.-** Con fecha 21 de marzo de 2006 se requiere a la reclamante para que relate los hechos con mayor exactitud, y proponga las pruebas que a su derecho estime pertinentes.

Atendiendo a lo solicitado la representante de la x. presenta escrito fechado el día 11 de abril de 2006, en el que precisa que los hechos ocurrieron del siguiente modo:

*“Cuando intento cruzar la acera para protegerme bajo la techumbre de una de las dependencias que existen en el centro hospitalario, fue cuando el pie se le quedó atrapado en el enrejado de la alcantarilla, y al doblarse se dio contra el bordillo que circunda ésta. En un primer momento, y debido a las circunstancias del temporal, no se pudo apreciar exactamente cual había sido la causa de mi caída, además de que por intenso dolor fue asistida rápidamente por la Directora de su trabajo, que la trasladó al Centro Hospitalario donde fue atendida”.*

La reclamante aporta, a efectos de prueba, diversas fotografías de las alcantarillas del Hospital, comentando al respecto que el enrejado no está en las condiciones adecuadas por presentar un desnivel en relación con la calzada. Asimismo requiere a la instructora para que solicite del Instituto de Meteorología de Madrid la aportación de un informe sobre el estado del tiempo en Cartagena el día en el que ocurrieron los hechos. Propone también la práctica de prueba testifical consistente en declaración de la propia reclamante y de x.

**SEXTO.-** Mediante escrito fechado el día 24 de abril de 2006, la instructora requiere al Director Gerente del HSMR para que por el Servicio de Obras y Mantenimiento del citado Hospital se emita informe en relación con los hechos descritos en la reclamación, pronunciándose sobre la adecuación o no a la normativa técnica del lugar en el que se señala que ocurrió la caída. El requerimiento es cumplimentado por el Jefe del Servicio de Mantenimiento, que afirma lo siguiente:

*“Como se describe en el párrafo primero de esta reclamación la misma interesada dice “no se pudo apreciar exactamente la causa de mi caída” y además aporta fotos de distintas rejillas por lo que no podemos determinar exactamente la zona ni el defecto existente en ese momento, también puede ser que esta persona metiera el tacón del zapato por la rejilla, que se resbalara al correr por efecto de la lluvia, etc.”.*

**SÉPTIMO.-** Con fecha 11 de diciembre de 2006 se dictó Resolución del Director Gerente del SMS admitiendo a trámite la reclamación, lo que se notificó a la interesada.

Seguidamente la instructora notifica a los interesados la apertura del período de prueba, practicándose la testifical propuesta por la reclamante consistente en declaración de x., con el siguiente resultado:

*“Pregunta.- ¿Qué relación le une con la reclamante?”*

*Respuesta.- Que anteriormente, en el momento de los hechos, era su jefa.*

*Pregunta.- ¿Cuál es su profesión?”*

*Respuesta.- Trabajadora Social y Directora del Centro de emergencia social y x. era enfermera de dicho centro.*

*Había una paciente que teníamos que ingresar en el centro de urgencias y fuimos con el coche de x. quien nos dejó en la puerta de urgencias y fue a aparcar. Yo esperaba en la puerta de urgencias tras el ingreso del paciente, ese día llovía mucho y la calzada no se veía. Vi como x. se caía y acudí a ayudarla. Enseguida se le inflamó la pierna y le atendieron en urgencias.*

*Pregunta.- ¿En el momento que ella se cayó vio la causa exacta de la caída?”*

*Respuesta.- En ese momento no porque llovía mucho y no se veía nada. Pero después de salir de urgencias paré el coche y x. me enseñó el sitio donde se había caído.*

*Pregunta.- ¿Cuál cree que fue la causa de la caída?”*

*Respuesta.- Creo que fue que se le enganchó el zapato en la rejilla, cayó de rodillas y se dio con el borde del cemento que engancha la rejilla.*

*Pregunta.- ¿Identifica en las fotos del expediente cual fue donde se cayó x.?”*

*Respuesta.- La núm. 10 vista de lejos y la núm. 8 de cerca. Las otras fotos no corresponden a la rejilla donde se cayó.*

*Pregunta.- ¿En que fecha se tomaron las fotos?*

*Respuesta.- No lo sé”.*

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia a la interesada y a la compañía de seguros, esta última no comparece en tanto que la primera formula las siguientes alegaciones:

1ª. Que se ratifica en el contenido de su reclamación inicial.

2ª. Que la causa de la caída ha quedado acreditada mediante la prueba documental y testifical practicada, y no ha sido otra que el desnivel existente entre el enrejado de la alcantarilla y la calzada.

3ª. Que cuantifica la reclamación del siguiente modo:

- a) 129,20 euros, por gastos de desplazamiento y factura de asistencia médica, según documentos que aportó al expediente en su momento.
- b) 98 días de baja impeditiva con necesidad de asistencia de tercera persona.
- c) Secuela consistente en una artrosis postraumática que valora en 5 puntos.

**NOVENO.-** Por la instructora se formula, con fecha 3 de abril de 2007, propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud por considerar que no concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

En tal estado de tramitación, V.E. dispuso la remisión del Expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 20 de abril de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.**

La reclamante ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 del Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP). En cuanto a la actuación mediante Letrado el artículo 32 LPAC establece que los interesados podrán actuar por medio de representante, exigiendo este precepto para los supuestos en los que se pretenda formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos, que dicha representación quede acreditada por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Precepto que se cumplimenta en este caso, mediante la rúbrica de la interesada que aparece en el escrito de interposición de la reclamación.



En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Sanidad competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional sanitario en el que se integra el Hospital en que se produjo el accidente.

Finalmente, la reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP, ya que, si bien es cierto que los hechos se produjeron el 26 de marzo de 2004, la interesada no fue dada de alta médica hasta el día 3 de agosto de 2004, por lo tanto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 *in fine* LPAC, el plazo finalizaría el día 3 de agosto de 2005; por lo tanto la acción, formulada el día 2 de ese mes y año, ha de entenderse deducida en plazo.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC (Título X, Capítulo I) y del RRP. No obstante, se advierte que, en contra de lo que es habitual en los expedientes tramitados en materia de responsabilidad patrimonial por la Consejería consultante, la resolución de admisión de la reclamación y designación de instructor —trámite que, a tenor de lo prevenido en el artículo 6.2 RRP, se ha de anteponer a cualquier otro acto o trámite— no se dicta hasta bien avanzada la tramitación del expediente.

**TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa,
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

Veamos la aplicación de estos principios al supuesto cuyo análisis nos ocupa:

En lo que se refiere a la existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, este Órgano Consultivo considera que ha quedado acreditado que la reclamante sufrió el día 26 de marzo de 2004 un esguince de ligamento peroneo astragalito anterior en el tobillo derecho, del que tardó en recuperarse 130 días, de los cuales 98 fueron improductivos para la realización de sus tareas habituales. Sin embargo, de la realidad de tal hecho no puede colegirse automáticamente que la lesión traiga causa directa de un funcionamiento, normal o anormal, imputable al HSMR.

En efecto, aunque consolidada doctrina jurisprudencial viene manteniendo que no son admisibles concepciones restrictivas del nexo causal que irían en contra del carácter obje-

tivo de la responsabilidad patrimonial, ello no significa que la reclamante no deba aportar prueba suficiente que permita afirmar que el daño sufrido es imputable a una actuación administrativa. En este sentido el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de junio de 1988, señala que “...*toda reclamación de daños y consiguiente indemnización de perjuicios que se pudiera causar por aquellos daños, requiere como elemento indispensable y necesario, el acreditar la realidad de ambos y la necesaria relación de causa a efecto entre el acto o actividad de que se trate y el resultado dañoso, incumbiendo la prueba de todo ello al que reclama*”. Añadiendo en su sentencia de 11 de septiembre de 1995 que “*esa responsabilidad se configura por la efectividad de un daño evaluado económicamente e individualizado, la relación directa, inmediata y exclusiva de causalidad entre el daño y el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, y la inexistencia de fuerza mayor. La prueba de las dos primeras condiciones corresponde al actor; mientras que la de la última, excluyente de esa responsabilidad, corresponde a la Administración*”.

Abunda en esta línea el Consejo de Estado, cuya doctrina en relación con las reclamaciones por responsabilidad patrimonial pone de manifiesto que “*la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante de acuerdo con los viejos aforismos “necessitas probandi incumbit ei qui agit” y “onus probandi incumbit actori” y con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*” (entre otros muchos se pueden citar los Dictámenes números 908/2001, 87/2002 y 98/2002).

También este Consejo Jurídico ha venido destacando la carga probatoria que incumbe a los reclamantes en la acreditación de estas circunstancias (entre otros, Dictámenes números 107/2003 y 28/2004).

En el presente caso, la interesada se limita a manifestar que la caída tuvo lugar dentro del recinto del HSMR, al pisar una rejilla de desagüe que se encontraba en mal estado, pero esta circunstancia no ha quedado indubitadamente acreditada en el expediente, puesto que la única prueba desplegada al efecto ha sido la declaración de la Directora de la empresa para la que prestaba servicio la reclamante, quien afirma que en el momento de ocurrir los hechos no vio exactamente cual fue la causa de la caída, y cuando expresamente se le interroga al respecto contesta: “*creo que fue que se le enganchó el zapato en la rejilla...*” (folio 63); es decir, que en ningún momento afirma categóricamente que la causa de la caída fuera la que aduce la reclamante. Por otro lado aparecen en el expediente documentos firmados por la Sra. Hernández en los que se contiene otra versión de los hechos. Así, al folio 34, consta la declaración de accidente en el que éste se describe del siguiente modo: “*al ir a llevar a un usuario de la empresa x. a Urgencias del Rosell, ya lo había dejado y fue a aparcar el coche y al volver para urgencias, un poco antes, había barro y agua y metió el pie en un agujero y se cayó, haciéndose daño en el tobillo*”; añadiendo al reverso como lugar del accidente “*cerca del Rosell*”. De ambas versiones se desprende que la reclamante cruzó, por lugar no habilitado para ello, una calzada (que no queda claro si se encontraba o no dentro del recinto del HSMR), y que el agua de lluvia y el barro le impidió ver “*un agujero*” en el que metió el pie, perdiendo el equilibrio, cayendo y produciéndose las lesiones antes descritas. En cualquier caso, aun admitiendo que la torcedura de tobillo y el correspondiente esguince se haya producido en el recinto hospitalario, no puede olvidarse que para que el instituto de la responsabilidad patrimonial despliegue sus efectos, resulta imprescindible la existencia de un nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, ya que, tal como ha señalado el Tribunal Supremo, entre otras en su sentencia de 5 de junio de 1998, “*la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses*

*generales, no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento por el mero hecho de que se produzca dentro de sus instalaciones cuando ni éstas constituyen un riesgo en sí mismas ni sus características arquitectónicas implican la creación de tal situación de riesgo”.*

En este orden de cosas resulta altamente relevante el informe técnico del Jefe de Servicio de Mantenimiento del centro sanitario, al afirmar que ante el único elemento que se somete a su juicio (fotografías de varias rejillas) no se puede determinar ni la zona ni el defecto existente en el momento de ocurrir los hechos, ni la causa exacta de la caída. Esta afirmación no ha sido enervada por la reclamante con prueba eficiente para ello, ya que el contenido de sus alegaciones no se halla refrendado por informe técnico alguno y, por tanto, sólo cabe darles el carácter de meras afirmaciones de parte provistas de un matiz subjetivista o presuntivo, careciendo, por lo tanto, de la rigurosidad y objetividad que han de acompañar a cualquier medio de prueba.

Ante la falta de acreditación de relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento del servicio público sanitario, este Consejo comparte las argumentaciones de la propuesta de resolución, considerando, en consecuencia, improcedente acceder a lo solicitado por la reclamante.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 25/08.- Revisión de oficio de actos nulos solicitada por x, contra liquidación complementaria en concepto de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.**

**Consultante: Consejera de Economía y Hacienda (2008)**

**Fecha: 18/02/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Mediante el ejercicio de la acción de nulidad de pleno derecho ejercitada al amparo de lo dispuesto en el artículo 217 LGT, sólo son invocables las causas de nulidad previstas en dicho precepto. En el caso dictaminado no concurre la del número 1, letra a), porque la hipotética falta de notificación del acto impugnado no lesiona el contenido esencial de un derecho susceptible del amparo constitucional, más en concreto, del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución. Y ello porque la extensión de tal derecho al ámbito administrativo sólo es admitida por el Tribunal Constitucional*

*para el caso de que se esté ante procedimientos sancionadores, como destacó este Consejo Jurídico en los Dictámenes 19 y 20 de 1999.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Procedente de la Delegación del Gobierno en Murcia, el 3 de agosto de 2006 tuvo entrada en la Dirección General de Tributos (entonces en la Consejería de Economía y Hacienda, hoy en la de Hacienda y Administración Pública) un escrito por el que la representación de --, S.L., insta la nulidad del procedimiento de gestión tributaria —comprobación de valores— por el concepto compraventa de inmuebles, relativo a la operación consignada en la escritura pública de 1 de marzo de 2003 (número de protocolo 316/2002 de la Notaria del Colegio de Valencia con residencia en Orihuela x.), por la que la interesada adquirió de la entidad Caja Rural Central, Sociedad Cooperativa de Crédito, dos trozos de tierra, con sendas viviendas unifamiliares, por la cantidad total de 84.141, 69 euros; en dicho procedimiento fue dictada una providencia de apremio el 25 de mayo de 2006 (expediente 2006/967 de la Agencia Regional de Recaudación), notificada y recibida por la interesada, a diferencia de las resoluciones dictadas en el expediente de comprobación de valores y posterior liquidación, que declara no haber recibido.

**SEGUNDO.-** En la copia del citado expediente de gestión consta que la Oficina Liquidadora de Molina de Segura inició expediente de comprobación de valores, acto que se notificó a la interesada con fecha 16 de mayo de 2005 (folio 40), con resultado infructuoso, comunicándole el 22 de junio, por correo ordinario, la próxima notificación edictal a los efectos del artículo 112 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT), que se materializó en el BORM del siguiente 5 de agosto. Aprobada la liquidación se intentó la notificación expresa, también con resultado infructuoso, cursándose igual comunicación y notificación edictal que en el caso anterior (BORM de 5 de diciembre de 2005).

**TERCERO.-** En informe de 23 de abril de 2007 la Dirección General de Tributos sostiene que, con arreglo a los artículos 109, 110 y 112 LGT la notificación se realizó correctamente, estos es, se procedió a la publicación y citación edictal tras haberse practicado los dos intentos de notificación en el mismo domicilio fiscal. Añade que el alcance constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva en los procedimientos administrativos sólo se admite para los sancionadores, citando el Dictamen 20/1999 del Consejo Jurídico.

**CUARTO.-** En el trámite de audiencia, la interesada formuló alegaciones (9 de abril de 2007) insistiendo en que en el procedimiento de liquidación tributaria cuya revisión solicita se le había causado indefensión, al no haberse respetado el reglamento de correos en cuanto a la práctica de las notificaciones; reitera, por tanto, que se debe anular la liquidación impugnada, ordenando la retroacción del expediente de comprobación de valores al momento procedimental de la primera notificación.

**QUINTO.-** El 6 de junio de 2007 se formuló informe-propuesta por el Servicio Jurídico de la Consejería consultante. Con cita expresa de los Dictámenes 19 y 20 de 1999 de este Consejo Jurídico concluye que no se ha lesionado derecho alguno susceptible de amparo constitucional, no concurriendo por tanto la causa de nulidad alegada por la interesada (art. 217.1.a) LGT), por lo que procede desestimar lo solicitado.

La Dirección de los Servicios Jurídicos emitió informe favorable el 22 de junio de 2007, haciendo suyas las consideraciones del informe que había emitido anteriormente el Servicio Jurídico de la Secretaría General.

En tal estado, formalizado el expediente con el extracto de secretaría y el índice de documentos, fue formulada la consulta, que tuvo entrada en el registro del Consejo Jurídico el día 9 de julio de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

A la vista de lo que dispone el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 217.4, segundo párrafo, LGT, el presente dictamen se emite con carácter preceptivo.

#### **SEGUNDA.- Procedimiento.**

Con carácter previo quiere este Consejo Jurídico indicar que, de encontrarse dentro de los plazos señalados por el artículo 223 LGT, el escrito de la interesada puede calificarse como recurso de reposición, debiendo entonces darle la tramitación que le es propia, atendiendo de manera particular a la declaración contenida en la alegación cuarta, aclarando que no simultanea esta solicitud con la reclamación económico-administrativa (art. 222.2 LGT), y atendiendo también a la causa prevista en el artículo 167.3.c) de la indicada LGT.

Ésta regula en el Título V la revisión en vía administrativa y, en concreto, el artículo 217 prevé la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria. En desarrollo de dicha ley se aprobó el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que regula la revisión de actos nulos de pleno derecho en los artículos 4 y siguientes.

El órgano competente para resolver el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos es la Consejera de Hacienda y Administración Pública, de acuerdo con el artículo 217.5 LGT; con la Disposición Adicional Primera del Decreto 32/2006, de 21 de abril, por el que se aprobó la estructura orgánica de la Consejería de Economía y Hacienda, en relación con el artículo 51.1 b) de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por el que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía; y, finalmente, de conformidad con lo que dispone el artículo 16.1g) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración regional.

Aceptada la legitimación de la instante, encontrándonos en presencia de actos firmes, invocada una posible causa de nulidad y, a la vista de que tal acción es imprescriptible, procede entrar a conocer el fondo del asunto.

#### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

De acuerdo con lo sostenido en la propuesta de resolución dictaminada, cuyo sentido comparte el Consejo Jurídico en lo que a la relevancia constitucional del derecho invocado se refiere, no puede accederse a la pretensión de la interesada.

Como es sabido, mediante el ejercicio de la acción de nulidad de pleno derecho ejercitada al amparo de lo dispuesto en el artículo 217 LGT, sólo son invocables las causas de nulidad previstas en dicho precepto. En el caso dictaminado no concurre la del número 1, letra a), porque la hipotética falta de notificación del acto impugnado no lesiona el conte-

nido esencial de un derecho susceptible del amparo constitucional, más en concreto, del derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 de la Constitución. Y ello porque la extensión de tal derecho al ámbito administrativo sólo es admitida por el Tribunal Constitucional para el caso de que se esté ante procedimientos sancionadores, como destacó este Consejo Jurídico en los Dictámenes 19 y 20 de 1999. Desde su Sentencia de 8 de junio de 1981, el Alto Tribunal ha sostenido que las garantías consagradas en el artículo 24 de la Constitución sólo resultan aplicables en los procesos judiciales y en los procedimientos administrativos de carácter sancionador, consecuencia de la identidad de naturaleza de los mismos. Al ser ambas manifestaciones del poder punitivo del Estado, los dos deben inspirarse en los mismos principios, tanto materiales (art. 25 CE) como formales (art. 24 CE).

Al reconocer el Tribunal que el derecho de defensa dimanante del artículo 24 no resulta de aplicación al procedimiento administrativo, con la excepción señalada relativa al sancionador, no está afirmando que los administrados carezcan del mismo, sino únicamente que este derecho de defensa no es el del artículo 24 y, por tanto, no tiene rango de derecho fundamental.

Así lo ha ratificado en numerosas ocasiones: Sentencias 42/89, de 16 de febrero, 181/90, de 15 de noviembre, 97/93, de 22 de marzo, y, específicamente en el ámbito tributario, en las 164/95, 198/95 y 94/96.

En el presente caso, por tanto, los posibles defectos de notificación del acto objeto de revisión no tienen transcendencia a los efectos del artículo 24 de la Norma Fundamental y, en consecuencia, no pueden ser constitutivos de la causa de nulidad de pleno derecho prevista en el apartado a) del artículo 217.1 LGT.

Por todo ello, procede desestimar la solicitud de revisión de oficio presentada por la interesada.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Procede desestimar la solicitud de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho objeto de Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 26/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.****Consultante: Consejera de Sanidad (2004)****Fecha: 18/02/08****Extracto de Doctrina**

*El Tribunal Supremo, en Sentencias de 4 de abril y 3 de octubre de 2000, manifiesta que no se puede pretender una información excesiva al paciente que dificultaría el propio ejercicio de la función médica; sólo para aquellos casos en los que la información hubiera sido verbal se produce la inversión de la carga de la prueba y compete a la Administración acreditar que el paciente tuvo conocimiento del tipo de intervención que le iba a practicar y de sus posibles consecuencias. Esta doctrina jurisprudencial ha sido asumida por este Consejo Jurídico en Dictámenes 28/2006 y 50/2006, si bien con la matización, en ambos casos, de que la historia clínica mostrara indicios de que se había desarrollado de manera efectiva la relación dialogística entre médico y paciente, lo que ofrece un cierto sustento fáctico a su declaración formal de que se le había dado información acerca de su enfermedad, intervención a practicar o tratamiento a instaurar. En otros supuestos, sin embargo, como el contemplado en el Dictamen 191/2006, ha considerado que no resultaba de aplicación porque de la documentación incorporada al expediente no se desprendía que tal información se hubiese facilitado.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 12 de septiembre de 2005 tiene entrada en el registro del Servicio Murciano de Salud (SMS) un escrito dirigido a dicho organismo suscrito por x., en solicitud de indemnización fundamentada en la responsabilidad patrimonial que a la Administración incumbe según los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC), por los daños sufridos por la reclamante a consecuencia de la defectuosa asistencia sanitaria recibida. Los hechos, según la interesada, se produjeron del siguiente modo:

- El día 9 de noviembre de 2004 (en la reclamación, por evidente error, se indica el año 2005), la paciente acude a consulta de ginecología en el Centro de Especialidades x., de Murcia, donde, ante la sospecha de que padeciera un fibroadenoma, se le practicó una punción en la mama izquierda.
- Al salir de la consulta sintió un dolor fuerte, sobre todo al inspirar, dolor que se extendía al tórax, cuello y espalda, acompañado de temblor, malestar y gran sensación de opresión, sobre todo en el pecho, que le impedía respirar, por lo que volvió a la consulta, donde le relató a la doctora lo mal que se sentía y ésta, sin realizarle ningún tipo de exploración, le dijo que tendría ansiedad, que no le había tocado el pulmón y que se tomara un gelocatil. Además, a su pregunta sobre si dicho estado de malestar era normal tras la punción, la facultativa le dijo que sí.
- Como el dolor continuó, dos días después, es decir, el 11 de noviembre de 2004, acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca

(HUVA), en donde le diagnosticaron un neumotórax iatrogénico, por lo que tuvo que ser intervenida quirúrgicamente (drenaje pleural).

Añade la interesada que por estos hechos ha presentado varias denuncias ante el Secretario Sectorial de Atención al Ciudadano y ante la propia Consejera de Sanidad, en solicitud de que se tomaran las medidas oportunas contra la doctora que le realizó la punción, por su negligente actuación, sin que, hasta el momento, haya recibido contestación alguna.

Acompaña a la reclamación copia de diversa documentación médica relativa a la asistencia que recibió en el HUVA y a las denuncias que interpuso en su momento.

Finaliza su escrito solicitando, por los daños morales padecidos, indemnización por importe de 1 euro.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del SMS, se encomienda su instrucción al Servicio Jurídico del Ente.

**TERCERO.-** Comunicada la resolución a los interesados, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la Compañía Aseguradora, la instructora solicita la historia clínica de la paciente al HUVA y al Centro de Especialidades x., así como informes de los facultativos que la atendieron.

**CUARTO.-** Con fecha 13 diciembre de 2005, el Director Gerente del HUVA remitió copia de la historia clínica de la x.; informe de la Dra. x. (Ginecóloga que asistió a la reclamante en el Centro de Especialidades x.); resultado de los interrogatorios realizados por la Inspección Médica, a la Dra. x. y a la enfermera x., obrantes en el expediente instruido en la Secretaría Autonómica de Atención al Ciudadano, Ordenación Sanitaria y Drogodependencias como consecuencia de la denuncia de la paciente.

— De la documentación que conforma la historia clínica conviene destacar aquí el informe clínico de alta de la paciente en el que se contienen los siguientes datos:

Enfermedad actual: El día 9 de noviembre de 2004, tras punción de fibroadenoma mama izquierda, comienza con dolor en hemotórax izquierdo, cuadro vegetativo y disnea postural.

Diagnóstico principal: Neumotórax iatrogénico izquierdo.

Intervención quirúrgica: Drenaje pleural.

— En su informe, la Dra. x., manifiesta lo siguiente:

*“No se solicitó consentimiento informado para punción mamaria a la paciente por no estar protocolizado su empleo para realizar dicha técnica diagnóstica. La misma se realizó a instancia de la x. al solicitar más datos para confirmar el diagnóstico de fibroadenoma mamario. No es mi proceder, como profesional sanitario, inflingir al paciente un trato personal carente de cortesía y educación. Es cierto, que un neumotórax puede ser una consecuencia no buscada de un PAFF mamario. Pero, en ningún modo es un acto directo que un profesional médico quiera producir. X. debe recordar que posteriormente a su accidente estuvo en la consulta numero 35 de Ginecología en San Andrés, donde, de mi parte, se la escuchó, atendió y facilitó la información y explicaciones que demandaba. De igual modo se aceptaron, sin darle respuesta, numerosos improperios que sobre mi persona y quehacer profesional emitió x.”.*



— Del interrogatorio que la Inspección Médica realizó a la Dra. x., destacan, a los efectos que nos ocupa, las siguientes respuestas de la facultativa:

1ª. Que la punción se practicó para conocer las características anatómo-patológicas del fibroma de mama que se le había diagnosticado, y se hizo a petición de la interesada.

2ª. Que la paciente, después de abandonar la consulta, volvió momentos después y desde la puerta le dijo que le dolía el pecho y ella, sin efectuar ningún reconocimiento, le prescribió, verbalmente, que tomase gelocatil. De estos hechos fue testigo la enfermera que le prestaba ayuda en la consulta ese día.

3ª. Preguntada si el neumotórax pudo deberse a la punción, afirma que *“si se hubiese producido el neumotórax en ese momento, no podría haber esperado 48 horas hasta que acudió al Servicio de Urgencias. Por otra parte, existe la posibilidad de que se produjese un neumotórax espontáneo posteriormente, y así está descrito en bibliografía, tras la realización de una punción de mama”*.

— Del interrogatorio al que se sometió a la enfermera x., que prestaba su asistencia a la Dra. x. cuando la reclamante visitó, por segunda ocasión a la citada Dra., resalta lo siguiente:

1º. Que la reclamante estuvo en la consulta y dirigió contra la Dra. descalificativos personales y profesionales en relación con la punción que le había realizado días antes.

2º. Que ante dichos insultos la doctora mantuvo siempre una actitud respetuosa.

También figura entre la documentación recibida escrito de la reclamante dirigido al Secretario Autonómico de Atención al Ciudadano, en el que muestra su desacuerdo con las conclusiones a las que se había llegado desde el Servicio de Inspección Médica y solicita que se pida declaración a las enfermeras que acompañaban a la Dra. x. en el momento de la punción, así como a las demás pacientes que esperaban en la puerta de la consulta.

**QUINTO.-** A requerimiento de la instructora el 4 de enero de 2007 fue emitido informe por la Inspección de Servicios Sanitarios, en el que se recoge el resultado de la entrevista mantenida entre la Inspectora y x., auxiliar que prestaba sus servicios en la consulta de la Dra. x. el día en el que se practicó la punción, y sobre la que la Inspectora indica lo siguiente: *La punción se llevó a cabo en presencia de la auxiliar x., “que nos verifica lo declarado por la paciente, tras la realización de la punción la enferma volvió a la consulta manifestando que se encontraba mal y con dolor en hemitórax izquierdo, ante lo cual la Dra. le mandó que se tomase Gelocatil, según la doctora y la auxiliar el requerimiento fue desde la puerta de la consulta, en lo que coinciden tanto la reclamante como la Dra. y la auxiliar es en el hecho de que no la exploró”*.

Seguidamente, tras el análisis de una serie de cuestiones médicas, la Inspección Médica concluye del siguiente modo:

1. *Se le produjo un efecto adverso a x., tras la punción de mama realizada el día 9.11.04, consistente en un neumotórax, que precisó de dos días de ingreso.*
2. *El neumotórax es una complicación posible tras las punciones de mama, y así está documentado en la bibliografía médica.*
3. *No hay evidencias de que la técnica no se desarrollara de forma correcta por lo que no puede considerarse como una consecuencia de un acto negligente.*

4. *No se firmó el consentimiento informado, aunque hay constancia de que anteriormente se le habían realizado dos PAFF, una de ellas en junio del año anterior, de la misma mama, por el mismo motivo y sí firmó el C.I.*
5. *La x., cuando volvió la paciente a la consulta se limitó a prescribir verbalmente un analgésico, sin explorarla lo que ocasionó un retraso en el diagnóstico.*
6. *El retraso en el diagnóstico no supuso un cambio en el tratamiento pues al ser un neumotórax completo de pulmón izquierdo (Pág. 26) se tenía que colocar un drenaje torácico, sí que ocasionó retraso de dos días en el tratamiento”.*

**SEXO.-** Conferido con fecha 27 de febrero de 2007 trámite de audiencia a la interesada, ésta comparece mediante escrito en el que se ratifica en sus anteriores manifestaciones, reiterando la falta de consentimiento informado, sin que, a su juicio, constituya dispensa para la obligación de prestarlo el hecho de que lo hubiese hecho con anterioridad para otra intervención similar. También destaca que no se haya tenido en cuenta su petición de la práctica de prueba testifical de los pacientes presentes en la sala de espera el día en el que se le hizo la punción.

En relación con esta última cuestión la instructora dirige escrito a la interesada en el que se le indica lo siguiente:

*“...a pesar de que dicha prueba no se propuso durante la tramitación de este expediente, sino del iniciado ante la Secretaría Autonómica de Atención al Ciudadano, Ordenación y Drogodependencia, la mencionada prueba no se practicó por esta instrucción por entender que era innecesaria, ya que los hechos, acerca de los cuales se iba a declarar, se habían puesto de manifiesto a lo largo del procedimiento y no se discutía su veracidad”.*

**SÉPTIMO.-** Seguidamente la instructora formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar que concurren los requisitos exigidos para determinar la existencia de responsabilidad patrimonial, dado que, efectivamente, sufrió un retraso de dos días en la aplicación del tratamiento lo que le ocasionó a la interesada un dolor que no tenía la obligación de sufrir.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, según preceptúa el artículo 12.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación fue interpuesta por la propia paciente, es decir por quien sufrió el daño que imputa al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la LPAC.

En cuanto a la legitimación pasiva, no suscita duda que la actuación a la que la reclamante imputa el daño que dice haber sufrido acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional, siendo competente para resolver la titular de la Consejería de Sanidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16. 2, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

La acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, pues la actuación a la que se imputa el daño sufrido tuvo lugar el día 9 de noviembre de 2004, y la acción ha de entenderse deducida el día 12 de septiembre de 2005, fecha de presentación de la reclamación en el Registro General del SMS.

Por último, el procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodoado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 de la Constitución Española: “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que particulariza en su artículo 10 los derechos de los usuarios respecto a las distintas Administraciones Públicas.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

- 1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.
- 2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.
- 3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.
- 4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, cuando las reclamaciones de los particulares se refieren a la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por la prestación de servicios sanitarios, el requisito de que la actuación médica se haya ajustado o no a

la *lex artis ad hoc* adquiere un singular relieve, debido a que si la actuación de los facultativos se acomodó y desarrolló con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia médica, si así queda probado en la instrucción del procedimiento, los resultados lesivos no podrán atribuirse a la Administración sanitaria, bien porque no pueda afirmarse que concorra aquel nexo causal, bien porque ni siquiera pueda determinarse la existencia de una lesión indemnizable, debido a que los resultados lesivos normalmente serán consecuencia de la evolución de las propias enfermedades del paciente, aun a pesar del correcto funcionamiento de los servicios sanitarios. Y es que, tal como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados, obligación que, según STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994, puede condensarse en los siguientes deberes: 1) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación del médico se produzca por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede esperarse y de los riesgos potenciales del mismo; 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

#### CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

A) La reclamante imputa a los servicios públicos sanitarios una actuación negligente en la realización de la punción de mama, lo que ocasionó un neumotórax iatrogénico, que se vio, además, agravado al no haberle prestado asistencia cuando, momentos después de la intervención, le comunicó a la doctora los fuertes dolores y la dificultad para respirar que tenía, lo que, a su juicio, evidencia que el servicio sanitario, en la *praxis* seguida con la paciente, no se ajustó a la *lex artis*.

Ciertamente el criterio utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativo para hacer girar sobre él la existencia de responsabilidad patrimonial es el de la "*lex artis*" (por todas, STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001), entendiéndose por tal el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado, que tiene en cuenta las técnicas contrastadas y la complejidad y trascendencia vital del paciente, todo ello encaminado a calificar el acto conforme o no al estado de la ciencia (SAN, Sección 4ª, de 27 de junio de 2001). La existencia de este criterio se basa en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo (Dictámenes del Consejo de Estado núm. 1349/2000, de 11 de mayo, y 78/2002, de 14 de febrero). Por lo tanto, como recoge la SAN, Sección 4ª, de 19 de septiembre de 2001 "*el criterio de la Lex Artis es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida*".

La reclamante, a quien incumbe probar el incumplimiento de la praxis médica en la intervención quirúrgica conforme a lo previsto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no ha probado que la intervención realizada en el Centro de Salud Doctor Quesada fuera incorrecta, habiéndose limitado a sus propias aseveraciones.

Por parte de la Administración, sin embargo, se ha aportado el preceptivo informe de la facultativa a la que se imputa la mala praxis, en el que se señala que si bien es cierto que *“un neumotórax puede ser una consecuencia no buscada de una PAFF mamario”* también lo es que el neumotórax se puede producir posteriormente, de forma espontánea, encontrándose descrita esta circunstancia en diversa bibliografía sobre punción de mama. Aparece, asimismo, incorporado al procedimiento Informe de la Inspección Médica, en el que la inspectora actuante, tras afirmar que el neumotórax constituye una complicación posible tras la punción de mama, añade que *“no hay evidencia de que la técnica no se desarrollara de forma correcta por lo que no puede considerarse (la lesión) como una consecuencia de un acto negligente*. Frente a estos juicios técnicos la interesada no ha realizado esfuerzo probatorio significativo en ese sentido (como pudiera haber sido la aportación de un informe pericial), carga probatoria que le corresponde tal como afirmábamos anteriormente.

B) Por otra parte, la reclamante atribuye a la Dra. x. una conducta negligente al omitir un reconocimiento cuando, tras la punción, se quejó de un fuerte dolor y de dificultad para respirar, lo que conllevó un retraso en el diagnóstico del neumotórax y en su curación, así como un sufrimiento innecesario de la paciente. De la prueba practicada por la Administración (informes de la Dra. x. y de la Inspección Médica) se desprende que, efectivamente, cuando la reclamante volvió a la consulta para transmitirle a la facultativa lo mal que se encontraba, ésta le prescribió verbalmente un analgésico, pero omitió explorarla, lo que tuvo como consecuencia un retraso en el diagnóstico del neumotórax, y aunque tampoco ha quedado acreditado que dicho retraso pudiera haber influido en el tratamiento a aplicar, lo que sí resulta evidente es que se ha producido un daño de tipo moral, que se concretaría en el dolor y la zozobra a los que se vio sometida la paciente hasta que, finalmente, fue correctamente diagnosticada y tratada en el HUCA.

C) Finalmente, aunque la interesada no lo hiciese constar en su reclamación inicial, en su escrito de alegaciones también imputa a los servicios sanitarios públicos que llevasen a cabo la punción sin que ella firmase el consentimiento informado, aunque reconoce que sí lo había hecho para punciones similares que se le habían practicado con anterioridad.

En relación con esta cuestión la jurisprudencia del Tribunal Supremo es variada. En alguna ocasión el Alto Tribunal ha manifestado que es a la Administración a la que corresponde probar la existencia de información y que la firma por el paciente de un papel-formulario genérico aceptando someterse a una intervención quirúrgica no basta (entre otras, Sentencia de 28 de junio de 1999). Sin embargo, en otras sentencias posteriores ha venido a declarar que *“es cierto que la fórmula que figura en el impreso —“una vez informado de los métodos, etc.”— es genérica, pero el contenido específico a que se refiere —su concreción en el caso de que se trata— ha sido implícitamente asumido por el paciente, lo que, jurídicamente, significa que la carga de probar que no es cierto que la información se haya dado o que ésta es insuficiente, se desplaza al firmante. No puede descargarse toda la responsabilidad de una actuación jurídica —para el caso la explicitación de una autorización para acto médico que debe darse al paciente— sobre los servicios sanitarios. Es el paciente —o, en su caso, el familiar o allegado que lo asiste o sustituye— quien puede y debe solicitar —si lo considera necesario— que se le dé una información más elocuente*

y que, siempre con la necesaria precisión técnica, se haga constar esa información detallada por escrito” (STS 27 de noviembre de 2000). En esta misma línea argumentativa el Tribunal Supremo, en Sentencias de 4 de abril y 3 de octubre de 2000, manifiesta que no se puede pretender una información excesiva al paciente que dificultaría el propio ejercicio de la función médica; sólo para aquellos casos en los que la información hubiera sido verbal se produce la inversión de la carga de la prueba y compete a la Administración acreditar que el paciente tuvo conocimiento del tipo de intervención que le iba a practicar y de sus posibles consecuencias.

Esta doctrina jurisprudencial ha sido asumida por este Consejo Jurídico en Dictámenes 28/2006 y 50/2006, si bien con la matización, en ambos casos, de que la historia clínica mostrara indicios de que se había desarrollado de manera efectiva la relación dialogística entre médico y paciente, lo que ofrece un cierto sustento fáctico a su declaración formal de que se le había dado información acerca de su enfermedad, intervención a practicar o tratamiento a instaurar. En otros supuestos, sin embargo, como el contemplado en el Dictamen 191/2006, ha considerado que no resultaba de aplicación porque de la documentación incorporada al expediente no se desprendía que tal información se hubiese facilitado.

Del análisis de las circunstancias concretas del caso que ahora examinamos, se desprende que esa información a la paciente existió y que, por lo tanto, el consentimiento verbal prestado hace que el daño padecido no resulte antijurídico. Los elementos de juicio que permiten esta última afirmación son los siguientes:

1º. El hecho altamente indicativo de que la interesada, en su reclamación inicial, no aduzca insuficiencia o falta de claridad de la información recibida sobre la intervención quirúrgica a la que iba a ser sometida. La cuestión la plantea una vez que conoce el informe de la Dra. x. en el que dicha facultativa afirma que *“no se solicitó consentimiento informado para punción mamaria a la paciente por no estar protocolizado su empleo para realizar dicha técnica diagnóstica”*

2º. La punción, según afirmación de la Dra. x. no rebatida por la interesada, fue propuesta por ésta (folio 39). Además, según se recoge en el Informe de la Inspección Médica, la paciente se había sometido con anterioridad a dos PAAF de la misma mama y por el mismo motivo, habiendo firmado en dichas ocasiones el correspondiente consentimiento informado (esta circunstancia es admitida por la reclamante en su escrito de alegaciones). No se puede, pues, afirmar que x. desconociera los riesgos que la punción entrañaba y si alguna duda tenía al respecto pudo recabar cuantos detalles hubiese estimado oportunos sobre la operación a la que iba a someterse. Esta posibilidad de solicitar nueva información considera la Audiencia Nacional, en su Sentencia de 7 de mayo de 2002, que tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, haciendo recaer en el paciente la obligación de acreditar que la información no fue suficiente.

En consecuencia, no cabe entender que el consentimiento verbal prestado por la interesada para ser sometida a la intervención esté viciado por la falta de información previa.

#### **QUINTA.- Valoración del daño y fijación de la indemnización.**

Admitida la concurrencia de responsabilidad patrimonial por la zozobra y dolor que la recurrente se vio obligada a soportar, al no haber atendido adecuadamente la Dra. x. sus síntomas de dolor y dificultad de respiración, se hace preciso ahora valorar este daño moral y fijar la indemnización a percibir.

Para fijar la cuantía de la reparación debida por la Administración o, lo que es lo mismo, el montante de los daños indemnizables y su valoración, hay que partir del concepto de indemnización a que se refiere el ya citado anteriormente artículo 106.2 de la Constitución. A tenor de dicho artículo *“los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor; siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. La justicia y adecuación de la valoración habrá de basarse, por tanto, en el carácter integral de la misma, es decir, que la víctima o perjudicado por el funcionamiento del servicio público resulte indemne.

A este carácter de “justa” que es predicable de la valoración del daño que ha de realizar la Administración, cabe adicionar la necesidad de que en su fijación se respete el principio de legalidad, es decir, que la cuantificación se lleve a cabo siguiendo las indicaciones que, al respecto, se recogen en el ordenamiento jurídico vigente y aplicable en la materia. Según el artículo 141.2 LPAC *“la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado”*. El artículo 13.2 del RRP afirma que *“la resolución se pronunciará, necesariamente, sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía de la indemnización, explicitando los criterios utilizados para su cálculo”*.

Cuando de daños morales se trata —supuesto que ahora nos ocupa— tanto la valoración del daño como la fijación de la correspondiente indemnización presentan una problemática peculiar. Se ha de partir del hecho incuestionable de que el instituto de la responsabilidad patrimonial requiere, de modo inexcusable, que se fije para aquellos bienes de la personalidad un valor patrimonial (*pecunia doloris*), puesto que la reparación del daño descansa en el derecho del dañado a percibir una indemnización. Pero, sentada esta premisa, la siguiente cuestión que surge se centra en determinar cuáles son los criterios que pueden utilizarse para cuantificar ese tipo de daños.

El Tribunal Supremo, en abundante jurisprudencia sobre la cuantificación del daño moral, ha puesto de manifiesto la imposibilidad de evaluar con exactitud el sufrido por el perjudicado. Así, en su Sentencia de 27 de junio de 1995, afirma que la indemnización por daño moral *“no puede ser fijada atendiendo a pautas fijas, pues lo que se pretende con la misma es compensar; económicamente, en este caso, la pérdida de una vida, el sentir de una ausencia, el vacío familiar; etc., que son sentimientos o estimaciones subjetivas de valor inestimable desde un punto de vista económico”*.

Sin embargo, en el supuesto que ahora nos ocupa la interesada reclama (de forma simbólica, obviamente) la cantidad de 1 euro. El evidente desfase entre lo reclamado y su posible valoración exige un pronunciamiento sobre cuál ha de ser la cantidad que, en concepto de indemnización por daños sufridos, haya de percibir la reclamante, lo que pasa por comprobar las posibilidades que los particulares tienen de intervenir o, incluso, de condicionar en algunos casos el resultado final. Por las razones que seguidamente se indican el Consejo considera que la cuantía que ha de hacerse efectiva a x. ha de ser coincidente con la que reclama.

En primer lugar, se alcanza esta conclusión porque al tratarse de daños morales, la pretensión reparatoria lo es, en esencia, de valor y no de cantidad. Resulta incuestionable, como antes afirmábamos, que el instituto de la responsabilidad requiere que se fije para

aquellos bienes de la personalidad un valor patrimonial, pero esta exigencia se cumple aunque la cantidad sea pequeña. Se ha resaltado antes que la principal dificultad que presenta la valoración del daño moral es, precisamente, su subjetividad y, desde este punto de vista, nadie mejor que quien lo ha sufrido para establecer la cantidad con la que entiende reparado de forma integral el perjuicio padecido.

En segundo lugar, si se concediera una indemnización más allá de lo pedido, se incurriría en incongruencia *extra petitum*, cuya interdicción ha quedado puesta de manifiesto tanto por la jurisprudencia (STS de 2 de febrero de 1980 y SAN de 13 de junio de 2007), como por el Consejo de Estado (Dictamen 2887/2002).

En tercer y último lugar, cabe entender que la interesada, al fijar la cantidad simbólica de 1 euro, está renunciando a la diferencia existente entre dicho importe y el que, con aplicación de las reglas o criterios pertinentes, pudiera fijarse. Renuncia de derecho que, al no contrariar el interés o el orden público ni perjudicar a tercero, es totalmente lícita (art. 6.2 del Código Civil).

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución ya que existió un anormal funcionamiento en los servicios sanitarios regionales, en forma de retraso en el diagnóstico de la dolencia de la reclamante, que cabe considerar producido en una omisión de exploración por parte de la Dra. x. cuando la paciente le transmitió sus síntomas de dolor y dificultad en la respiración, lo que ocasionó a aquélla un daño moral en los términos que se señalan en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

**SEGUNDA.**- Corresponde indemnizar a la interesada en la cantidad reclamada, es decir, 1 euro, de acuerdo con lo razonado la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 27/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 19/02/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Nota: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 18/2008.*



**DICTAMEN 28/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 19/02/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*NOTA: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 18/2008.*

**DICTAMEN 29/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 19/02/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*En los procedimientos de responsabilidad patrimonial por accidentes, cuando se están ejecutando obras en la calzada, es necesario emplazar a la empresa adjudicataria, cuestión que alcanza relieve fundamental, ya que esta audiencia, exigida por el artículo 97.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) viene motivada por su condición de interesada (artículo 31.1,b LPAC). A lo anterior cabe añadir también que dicha audiencia es exigida por el artículo 1.3 RRP al señalar que “en todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios” (por todos, Dictamen núm. 53/2003).*

#### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 31 de mayo de 2005, x. formula reclamación de responsabilidad patrimonial, en representación de x, y, z, contra la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes como consecuencia de los daños y perjuicios padecidos por dos accidentes de tráfico ocurridos el 31 de mayo de 2004, causados por las obras que la empresa --, S.A. llevaba a cabo en la carretera C1 (Alcantarilla-Fuente Librilla), y que estaban deficientemente señalizadas.

Se reclaman las siguientes cantidades y conceptos:

a) x., conductora del primero de los vehículos accidentados:

— 6.343,9 euros por lesiones, conforme al siguiente desglose: días de incapacidad (78 improductivos y 17 no improductivos), más secuelas (síndrome postraumático cervical, valorado

en 3 puntos, conforme al sistema de valoración de daños contenido en la legislación de seguros).

— 1.180 euros por gastos médicos (rehabilitación en clínica privada).

— 95,77 euros por gastos de grúa.

b) x., conductor del segundo de los vehículos:

— 6.423,9 euros por lesiones: días de incapacidad (50 improductivos y 59 no improductivos) y secuelas (cervicalgia por agravación de artrosis, 4 puntos)

— 1.620 euros por gastos médicos (rehabilitación en clínica privada).

c) x., esposa del anterior y titular del vehículo accidentado: 19.500 euros por los daños materiales del vehículo, declarado en estado de siniestro total, por lo que se reclama el valor venal (15.000 euros), más un 30% de valor de afección (4.500 euros).

La reclamación se acompaña de la siguiente documentación:

— Sendas escrituras de apoderamiento de representación procesal otorgadas por los reclamantes a favor de la letrada que interpone la reclamación.

— Tres declaraciones de personas que llegaron al lugar de los accidentes tras su producción y que refieren la ausencia de señalización alguna que advirtiera de las obras que se realizaban en la carretera o de la existencia de gravilla suelta.

Uno de los declarantes afirma que, con ocasión del accidente sufrido por la x., dio aviso a la Guardia Civil, uno de cuyos agentes comentó que el lugar del siniestro *“parecía tercermundista por el estado en que se encontraba el pavimento, a consecuencia de las obras que se estaban realizando”*.

— 4 fotografías del lugar del accidente.

— Sendos informes médicos de atención en urgencias que, respecto de la x., concluyen con juicio clínico de *“contractura cervical, TCE leve”* y, respecto del x., *“TCE leve. Policontusión”*

— Informes médicos de valoración de daños:

a) Respecto de la x., concluye que persiste cervicalgia con cefaleas y mareos posturales, debido a contractura muscular, afirmando que existe secuela de *“Sde. cervical postraumático por rectificación lordosis valoración 3 puntos”*.

Recibe el alta el 2 de septiembre de 2004, habiendo tardado en curar 95 días, de los cuales 78 fueron improductivos y 17 no improductivos.

b) El x., tras su alta el 16 de septiembre de 2004, presenta cervicalgia con mareos y vértigos que no ceden al tratamiento médico, concluyendo que existe una secuela de *“cervicalgia por agravación de artrosis valoración 4 puntos”*.

Ha tardado en curar 109 días, de los cuales 50 improductivos y 59 no improductivos.

— Partes médicos de baja y alta de incapacidad temporal de la x., según los cuales estuvo de baja entre el 1 de junio y el 17 de julio de 2004.

— Facturas acreditativas del importe de los tratamientos recibidos por los reclamantes en la Clínica Juan Carlos I de Murcia.

— Factura acreditativa del coste del servicio de grúa prestado a la x.

— Permiso de circulación del vehículo conducido por el x., en el que consta la x. como titular.

— Fotografías del estado en que quedó el vehículo e informe del perito de la compañía aseguradora del automóvil que tasa los daños en 30.000 euros, indicando como valor venal el de 15.000 euros, proponiendo una indemnización en cuantía igual a este último.

**SEGUNDO.-** Con fecha de 1 de agosto de 2005, se requiere a los reclamantes para que: a) subsanen el defecto de acreditación de la representación de la letrada actuante; y b) mejoren la solicitud mediante la presentación de copia compulsada de diversa documentación.

La documentación requerida es aportada los días 11 y 12 de agosto de 2005.

**TERCERO.-** Con fecha 19 de julio de 2005 se solicita informe de la Dirección General de Carreteras, que es emitido el 28 de septiembre siguiente. En él se manifiesta lo siguiente:

*“En referencia al citado expediente le informo que, efectivamente, la Ctra. C-1 en diversos tramos de la misma estaba en obras de reparación del firme en la fecha de los accidentes, objeto de las reclamaciones, siendo la empresa adjudicataria --, SA. En cuanto al planteamiento por parte de los reclamantes de no existir señalización alguna, no es cierto, ya que estaba colocada la imprescindible señalización de obra, tales como obreros trabajando, limitación de velocidad y peligro por gravilla suelta entre otras. Por otro lado es extraño que la conductora del vehículo 4327 CFC se produjera daños corporales apreciables y del vehículo no se mencionen los desperfectos ocasionados. No se aporta atestado de la Guardia Civil de Tráfico que aclarase la autoría del accidente y sus pormenores o, al menos, un informe policial sobre los hechos ocurridos y características de los mismos. Las fotografías aportadas están obtenidas dentro del tramo en obras no apareciendo señalización vertical porque ésta se coloca metros antes del inicio del tramo. En cuanto a la declaración que se acompaña de los testigos no se deduce en absoluto que la carretera fuera la culpable de los accidentes, ya que no está demostrado que estuviesen presentes en el momento de producirse y, por tanto, desconocen si la señalización existente fue respetada por los demandantes sobre todo la de limitación de velocidad. Uno de los testigos pone en boca de un agente de la Guardia Civil el aspecto tercermundista de la carretera en obras que, de ser así, lo correcto es que hubiera hecho un informe sobre la situación o hubiera ordenado al personal de la empresa constructora la colocación de señales preceptivas en el caso puntual de la inexistencia de alguna de ellas, por lo que entendemos lo sorprendente de dicha declaración. Se ha de deducir que se produjeron ambos accidentes, pero no está suficientemente fundamentado que fuesen en el tramo con maquinaria en obras ni que la carretera careciese de la señalización vertical obligatoria. No obstante de estar motivados los accidentes por los hechos que exponen los demandantes sería la empresa --, SA”, adjudicataria de las obras, la responsable en todo caso de los daños originados”.*

**CUARTO.-** Con fecha 9 de febrero de 2006, los reclamantes solicitan del órgano instructor que les informe del estado de tramitación del expediente administrativo, a lo que responde la instrucción, el 2 de mayo siguiente, comunicando la apertura del período de prueba e instando a los reclamantes a realizar una descripción más clara y detallada de los hechos.

En contestación a dicho requerimiento, con fecha 31 de mayo, los reclamantes presentan escrito en el que detallan lo sucedido, reiterando sus imputaciones al estado de la carretera y falta de señalización adecuada, proponiendo como prueba la declaración de numerosos testigos.

**QUINTO.-** Con fecha 3 de enero de 2007, se recibe escrito de los reclamantes en el que se solicita del órgano instructor se informe sobre el estado de tramitación.

**SEXTO.-** Con fecha 18 de enero, se solicita del Parque de Maquinaria que informe acerca de los daños sufridos por el vehículo y su valoración.

**SÉPTIMO.-** El mismo 18 de enero se cita al interesado y a los testigos para la práctica de prueba testifical, teniendo lugar los días 26, 27 y 28 de febrero de 2007.

El resultado de la prueba es que bien por la incomparecencia de los testigos, bien por la de los reclamantes o su representante, quien tampoco hizo llegar a la instrucción el pliego de preguntas a formular, no se llega a tomar declaración a ninguno de ellos, declarando decaídos en su derecho al trámite a los reclamantes.

**OCTAVO.-** Con fecha 31 de mayo de 2007, se confiere trámite de audiencia a los reclamantes por el órgano instructor.

El 14 de junio siguiente, los reclamantes presentan escrito de alegaciones solicitando que se proceda a efectuar un nuevo señalamiento de la prueba testifical que no pudo practicarse en su día. Por la instrucción se procede a estimar dicha solicitud y a citar a los testigos para la práctica de la prueba el día 25 de julio de 2007.

Constan en el expediente las actas con la declaración de tres testigos: x, y, z.

**NOVENO.-** Tras citar para práctica de una nueva prueba testifical, recabando la declaración del representante de la empresa de grúas que retiró uno de los vehículos accidentados, y no poderse realizar por la incomparecencia del testigo y de los interesados, con fecha 24 de septiembre de 2007 se confiere nuevo trámite de audiencia a los reclamantes, quienes no hacen uso del mismo al no presentar alegaciones ni justificaciones.

**DÉCIMO.-** Con fecha 26 de diciembre de 2007, la instrucción formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no consta acreditada en el expediente la relación de causalidad entre los daños padecidos por los interesados y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente al Consejo Jurídico, mediante escrito recibido el pasado 11 de enero de 2008.

A los anteriores Antecedentes de Hecho les son aplicables las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración Regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

Los reclamantes ostentan la condición de interesados para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 4.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/93, de 26 de marzo (RRP).

En este sentido, la x. es quien sufre los daños personales y quien abona los gastos (médicos y de recogida del vehículo) por los que reclama; el x., por su parte, sufre asimismo daños físicos y ha de subvenir a los gastos médicos de recuperación; su esposa, en fin, consta en el expediente como titular del vehículo siniestrado, lo que la legitima para reclamar su valor.

En cuanto a la legitimación pasiva, ha quedado acreditado en el expediente que la vía donde ocurrió el accidente (C-1) es de titularidad autonómica. No obstante, debe plantearse, puesto que la carretera se encontraba en obras, la legitimación pasiva de la empresa contratista --, S.A., citada en el informe del Servicio de Conservación de Carreteras y, en consecuencia, la incidencia de la falta de audiencia en el procedimiento seguido, y si es motivo para retrotraer el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Conviene recordar la doctrina del Consejo Jurídico a este respecto, recogida en su Memoria correspondiente al año 2003, y que reiteramos a la Consejería consultante: en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por accidentes, cuando se están ejecutando obras en la calzada, es necesario emplazar a la empresa adjudicataria, cuestión que alcanza relieve fundamental, ya que esta audiencia, exigida por el artículo 97.3 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) viene motivada por su condición de interesada (artículo 31.1.b LPAC). A lo anterior cabe añadir también que dicha audiencia es exigida por el artículo 1.3 RRP al señalar que *“en todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios”* (por todos, Dictamen núm. 53/2003).

En el expediente no consta el procedimiento ni la forma de adjudicación, ni si se trata de un supuesto de ejecución de obras por la propia Administración conforme al artículo 152 y ss. TRLCAP, mediante contrato de colaboración con empresarios particulares, en los que la ejecución de las mismas está a cargo del órgano gestor de la Administración. No obstante, las manifestaciones contenidas en el informe del Servicio de Conservación acerca de una posible responsabilidad del contratista, aconsejan la retroacción de las actuaciones para conferirle trámite de audiencia. Y es que no cabe considerar cumplido el trámite con los dos emplazamientos efectuados al representante de la empresa, toda vez que los mismos no se efectúan en su calidad de eventual responsable de los daños, sino para que declare como testigo propuesto por los reclamantes.

**TERCERA.- Actuaciones instructoras adicionales.**

Del análisis del expediente se advierte que no se ha dirigido oficio a la Guardia Civil para que remita el pertinente Atestado. Al margen de lo manifestado en el expediente por algún testigo acerca de que no se elaboró atestado, consta acreditado en el expediente que

agentes de la referida fuerza pública intervinieron tras el accidente, llegando uno de los testigos a atribuir a un guardia manifestaciones acerca del lamentable estado de la calzada.

Sería oportuno, por tanto, que la instrucción se dirigiera al Instituto Armado solicitando la remisión de cuanta información obre en su poder respecto de los hechos que motivan la reclamación y sobre la intervención de sus agentes.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar el Consejo Jurídico que se ha omitido un trámite esencial del procedimiento, como es el de la audiencia al contratista de las obras que se realizaban en la carretera en el momento del accidente, tal como se razona en la Consideración Segunda de este Dictamen.

**SEGUNDA.-** Procede que por la instrucción se recabe de la Guardia Civil el oportuno atestado o, en su defecto, la información que obre en su poder acerca de los hechos que motivan la reclamación y sobre la intervención de sus agentes tras el accidente.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 30/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 19/02/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Como señaló el Consejo Jurídico en su Memoria del año 1999, “el instructor debe procurar que el expediente de cada procedimiento plasme sus contenidos legales, es decir, que se desarrolle mediante los actos que permitan determinar, conocer y comprobar todos los datos en virtud de los cuales haya de dictarse resolución, tal como la LPAC (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) prescribe en su artículo 78, actos que deben ser realizados de oficio. La labor del instructor consiste, pues, en traer al expediente toda la información que, en hipótesis, pueda ser necesaria para decidir el contenido de la resolución, sin perjuicio de que, con posterioridad, fundamente su propuesta en los hechos y razonamientos jurídicos que juzgue convenientes. Y se trata de una potestad fiduciaria, que no ejerce para sí en función de la propuesta de resolución que decida elevar a la autoridad competente para resolver, sino que la ejerce, precisamente, para que dicha autoridad pueda adoptar la resolución final, siguiendo la propuesta o separándose de ella, pero contemplando la totalidad de hechos, elementos circunstancias y alegaciones que influyan o puedan influir en la bondad de su acuerdo.*

## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 3 de mayo de 2007, x. presentó, en impreso normalizado facilitado por el centro escolar, una reclamación por los daños y perjuicios sufridos por su hijo el día 23 de abril de 2007 en el colegio público “Rafael Nicolás Raya”, de Sangonera La Verde (Murcia), por los siguientes hechos: *“Al llegar al porche con el profesor y el resto de alumnos, salió corriendo tras otro compañero y resbaló y cayó al suelo, golpeándose en los dientes, produciéndose pérdida parcial de ambos incisivos superiores”*, por lo que solicitaba que se declarase la responsabilidad patrimonial de la Administración Educativa y se le indemnizase en la cantidad de 100 euros.

A su solicitud acompañaba la reclamante la siguiente documentación:

—Fotocopia compulsada del Libro de Familia.

—Informe médico y factura del odontólogo por importe de 100 euros, en concepto de honorarios por reconstrucción de dos piezas dentales.

**SEGUNDO.-** En la comunicación de accidente escolar de fecha 23 de abril de 2007 remitida por el Director del Centro, se exponía lo siguiente: *“Al llegar a la fila con los alumnos al porche, el alumno en cuestión ha abandonado el grupo y ha salido en persecución de otro compañero, momento en el cual ha patinado, ha caído y se ha golpeado con los dientes en el suelo, produciéndose los daños descritos”*.

**TERCERO.-** Con fecha 13 de junio de 2007, la Secretaria General de la Consejería de Educación y Cultura resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente, siendo notificada la resolución a la interesada con fecha 20 de junio siguiente.

**CUARTO.-** A instancia del órgano instructor, con fecha 5 de noviembre de 2007 se solicitó informe al Director del Centro Escolar sobre el acaecimiento de los hechos.

En el informe, emitido por el citado Director el 12 de noviembre de 2007, y conforme con los datos aportados por el Profesor de Educación Física presente en el momento del accidente, se manifiesta lo siguiente:

*“Al llegar los alumnos en fila al porche que ocupa el bajo del edificio del pabellón 5 de este centro, el alumno x. (sic) abandona la fila y corre persiguiendo a otro compañero. En la carrera patina y se golpea los dientes en el suelo, produciéndose rotura de parte de los incisivos superiores”*.

*“INTERVENCIÓN DE EQUIPOS: Se le atendió pero sin poder hacer nada salvo calmarle el dolor.*

### MEDIAS CORRECTORAS PARA EVITAR NUEVOS ACCIDENTES:

*Se prohíbe a los niños correr en el porche evitando resbalar en un suelo en donde es muy fácil caer”*.

**QUINTO.-** Con fecha 26 de noviembre de 2007 se dirigió oficio a la interesada mediante correo certificado con acuse de recibo (notificado el 5 de diciembre de 2007), comunicándole la apertura del trámite de audiencia, al objeto de que pudiera examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimase pertinentes, sin que conste que haya hecho uso de tal derecho.

**SEXTO.-** El 15 de enero de 2008 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por no considerar acreditada la adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos y los daños por los que se reclama.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Plazo, legitimación y procedimiento.

I. La acción indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo de un año que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

II. El hijo de la reclamante, menor de edad (actuando su madre en su representación legal), al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa, consistente en la omisión de las medidas de seguridad exigibles en las instalaciones en que se presta el servicio público de educación, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva de la titularidad pública predicable de la actividad educativa con ocasión de la cual se produce el accidente.

III. A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente remitido, debe señalarse que se ha omitido la realización de un importante acto de instrucción como es el de la solicitud de informe técnico a la Unidad Técnica de instalaciones escolares, para que dictamine, a la vista de que el informe del Director señala que en el suelo del porche en cuestión “*es muy fácil caer*”, si el mismo reúne las características técnicas adecuadas para el centro escolar de que se trata.

En este sentido, el hecho de que la reclamante no haya hecho específica mención a este extremo no es óbice para que se deba dilucidar la cuestión, pues ésta se desprende del expediente. Y ello porque, como señaló el Consejo Jurídico en su Memoria del año 1999, “*el instructor debe procurar que el expediente de cada procedimiento plasme sus contenidos legales, es decir, que se desarrolle mediante los actos que permitan determinar, conocer y comprobar todos los datos en virtud de los cuales haya de dictarse resolución, tal como la LPAC (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) prescribe en su artículo 78, actos que deben ser realizados de oficio. La labor del instructor consiste, pues, en traer al expediente*



*toda la información que, en hipótesis, pueda ser necesaria para decidir el contenido de la resolución, sin perjuicio de que, con posterioridad, fundamente su propuesta en los hechos y razonamientos jurídicos que juzgue convenientes. Y se trata de una potestad fiduciaria, que no ejerce para sí en función de la propuesta de resolución que decida elevar a la autoridad competente para resolver; sino que la ejerce, precisamente, para que dicha autoridad pueda adoptar la resolución final, siguiendo la propuesta o separándose de ella, pero contemplando la totalidad de hechos, elementos circunstancias y alegaciones que influyan o puedan influir en la bondad de su acuerdo”.*

Con posterioridad al indicado trámite instructor, deberá otorgarse nuevo trámite de audiencia a la interesada, previamente a la formulación de la nueva propuesta de resolución del procedimiento, remitiéndose lo actuado a este Consejo Jurídico para la emisión de Dictamen sobre el fondo del asunto, si procede.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### CONCLUSIÓN

**ÚNICA.-** Procede retrotraer el procedimiento a la fase de instrucción, en la que se deberá solicitar de la Unidad Técnica de instalaciones escolares el informe a que se refiere la Consideración Segunda, III, del presente Dictamen, por las razones allí indicadas. En consecuencia, la propuesta objeto de Dictamen se informa desfavorablemente, sin perjuicio del nuevo Dictamen que deba emitir este Consejo Jurídico sobre la nueva propuesta de resolución que se formule, una vez se le remita nuevamente el expediente.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 31/08.- Proyecto de Decreto por el que se desarrolla la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 25/02/08**

### **Extracto de Doctrina**

*1. El Proyecto que se somete a consulta se inserta en el ámbito de la Ley estatal 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, que fue aprobada por las Cortes Generales al amparo del artículo 149.1, competencias 1ª, 16ª, 18ª y 27ª CE, y que tiene carácter básico, según su Disposición final primera; el párrafo 2 de ésta indica que corresponde a las Comunidades Autónomas, en su respectivo ámbito territorial, aprobar las normas de desarrollo y ejecución de esta ley.*

2. *La competencia del artículo 11.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia EAMU (sanidad e higiene) comprende en su ámbito material la salud de la colectividad, es decir, el conjunto de medidas, básicamente de carácter preventivo, que es necesario adoptar para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud recogido por el artículo 43 CE, titularidad autonómica que quedó corroborada por el Real Decreto 466/1980, de 29 de febrero, que transfiere a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia un conjunto de medios relativos a competencias sobre “acción pública sanitaria.*

*De ello resulta que, tanto en los aspectos en los que la propia legislación básica estatal efectúa remisiones expresas a normas autonómicas como en aquellos ámbitos que no hayan sido regulados por el Estado y queden fuera de ese expreso común denominador que es la Ley 28/2005, la Comunidad Autónoma, que es titular de la competencia, puede elaborar las correspondientes reglas adicionales.*

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** La iniciativa normativa partió del Director General de Salud Pública el 31 de julio de 2006, que elevó a la Secretaría General de la Consejería el borrador de Decreto junto con una escueta Memoria justificativa, un informe económico y otro sobre la definición de espacio útil destinado a clientes. La primera indica que con la norma se pretende garantizar el derecho de los no fumadores a respirar aire sin humo ambiental de tabaco, en el marco de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro y la publicidad de los productos del tabaco (en adelante, Ley 28/2005); el segundo señala que del articulado del Proyecto no se desprende un mayor coste que se traduzca en compromisos presupuestarios; el tercero trata de configurar el concepto de espacio útil en arquitectura. El 31 de mayo de 2007 se emitió el informe de impacto por razón de género. Figuran también unidos al expediente el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León, de 12 de julio de 2006, y el documento titulado “gestión del humo del tabaco en establecimiento hoteleros y hosteleros”.

**SEGUNDO.-** Informó el Servicio Jurídico de la Consejería el 22 de septiembre de 2006, concluyendo en dictaminar favorablemente la propuesta, a lo que dio su conformidad el Vicesecretario en la misma fecha.

**TERCERO.-** Formularon observaciones:

— La Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Murcia (27 de octubre de 2006), a los artículos 2, 3, 6, 11, y 12.

— La Asociación de Empresarios de Hostelería y Alojamientos Turísticos de Cartagena y su Comarca (8 de noviembre de 2006), a los artículos 3, 5 y 6.

— La Federación de Empresarios de Hostelería de la Región de Murcia (26 de octubre de 2006) a los artículos 3, 4, y 15.

Fue sometido a informe de los siguientes organismos:

— Consejo Asesor de Turismo (26 de diciembre de 2006), que acordó dejar el asunto sobre la mesa sin emitir informe alguno.

— Consejo Asesor de Consumo (14 de noviembre de 2006), que informó favorablemente el Decreto, por unanimidad.

— Consejo de Salud (10 de enero de 2007), que también informó favorablemente el Decreto, por unanimidad.

**CUARTO.-** Tras ello, fue elaborado un informe por la Dirección General de Salud Pública en el que se valoran las distintas alegaciones y sugerencias reflejadas por los órganos y asociaciones consultadas, exponiendo las razones de su aceptación o rechazo, fruto de lo cual fue la elaboración de un segundo borrador sometido al Dictamen del Consejo Económico y Social, al que también se remitió un escrito conteniendo las alegaciones críticas formuladas por la Federación Murciana del Recreativo a los artículos 3 y 5 del Proyecto (2 de abril de 2007).

**QUINTO.-** El Consejo Económico y Social, en Dictamen de 4 de mayo de 2007, valora positivamente el Proyecto, aunque considera que la redacción del artículo 5, por falta de precisión, puede generar inseguridad jurídica.

**SEXTO.-** El 28 de junio de 2007 el Director de los Servicios Jurídicos trasladó su informe preceptivo a la Consejería. Tras exponer algunas cuestiones procedimentales (falta de justificación de la audiencia a determinadas entidades, insuficiencia de la memoria económica e informe del Vicesecretario), observa aspectos de legalidad a los artículos 1, 4, 5, 6, 10 y 17.

**SÉPTIMO.-** Como consecuencia de lo anterior se subsanaron las deficiencias señaladas al informe del Vicesecretario y a la Memoria económica (que en fecha 24 de julio de 2007 cifra en 910.000 euros los costes de implantación de las medidas contenidas en el Proyecto); seguidamente fue formulado el texto definitivo de la disposición (14 de septiembre de 2007), ordenada la consulta y trasladado el expediente a este Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada el 19 de septiembre siguiente.

**OCTAVO.-** El 27 de septiembre de 2007 tuvo entrada en el registro del Consejo Jurídico un telefax remitido por x. en cuanto Director General de la Asociación Empresarial del Tabaco (AET), la cual, según dice, aglutina a la práctica totalidad de las empresas fabricantes y comercializadoras de tabaco que operan en España, encontrándose entre sus funciones la representación de los fines comunes de las empresas fabricantes de cigarrillos, cigarros y otras labores del tabaco ante las Administraciones Públicas. Entiende que el “Proyecto de Decreto por el que se desarrolla la Ley 28/2005, de 27 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco”, pendiente del Dictamen preceptivo de este Consejo Jurídico (exp. 143/2007), afecta directamente a los intereses de las empresas asociadas, por lo que solicita que, de acuerdo con el artículo el 48 del Reglamento de Organización y Funcionamiento, le sea concedida audiencia a efectos de vista del expediente.

Concedida la audiencia mediante resolución del Presidente del Consejo Jurídico de 28 de septiembre de 2007, la interesada compareció mediante representante el 8 de octubre siguiente, tomando vista del expediente, expresando mediante escrito que tuvo entrada el 17 de octubre del año ya indicado, que no consideraba procedente la presentación de alegaciones.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

De conformidad con lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un Proyecto de Decreto que desarrolla legislación básica del Estado, como es la Ley 28/2005.

### **SEGUNDA.-** Procedimiento.

El expediente ha sido tramitado de forma correcta en la medida en que obran los diversos informes necesarios para cumplimentar lo establecido en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno. A la vista del contenido del Proyecto hubiera sido de provecho recabar informe del Consejo Asesor de Drogodependencias regulado por el Decreto 83/1992, de 12 de noviembre.

Obran memorias justificativa y económica, reelaborada ésta tras el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, así como informe de impacto por razón de género y del Vicesecretario de la Consejería consultante.

Debe advertirse que no consta que se haya dado audiencia a las entidades aludidas en el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, justificación que habrá de unirse al expediente.

### **TERCERA.-** Habilitación y competencia.

El Proyecto que se somete a consulta se inserta en el ámbito de la Ley estatal 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, que fue aprobada por las Cortes Generales al amparo del artículo 149.1, competencias 1ª, 16ª, 18ª y 27ª CE, y que tiene carácter básico, según su Disposición final primera; el párrafo 2 de ésta indica que *“corresponde a las Comunidades Autónomas, en su respectivo ámbito territorial, aprobar las normas de desarrollo y ejecución de esta ley”*. También contienen remisiones expresas a normas autonómicas los artículos 3.3 (características de los carteles), 4.c) (advertencia sanitaria de máquinas expendedoras), 7 (definición adicional de espacios con prohibición total de fumar), 8.1.j) (zonas habilitadas para fumar), 8.2.a) (características de la señalización de prohibición de fumar) y la Disposición adicional segunda (manera de informar). Dice la indicada Ley 28/2005, en su Exposición de Motivos, que, según los datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS), se estima que el consumo de tabaco es responsable del 90 por 100 de la mortalidad por cáncer de pulmón, del 95 por 100 de las muertes por enfermedad pulmonar obstructiva crónica, del 50 por 100 de la mortalidad cardiovascular y del 30 por 100 de las muertes que se producen por cualquier tipo de cáncer. Dice también que el consumo de tabaco constituye uno de los principales problemas para la salud pública. Por ello, los espacios sin humo son el norte y ratio que debe dirigir el estudio y aplicación de dicha Ley (Dictamen del Consejo de Estado 1592/2006, de 19 de octubre). Los bienes jurídicos de índole constitucional protegidos por la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, son el derecho a la salud (CE, art. 43.1) y el derecho a un medio ambiente sano (CE, art. 45.3).

La competencia del artículo 11.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia EAMU (sanidad e higiene) comprende en su ámbito material la salud de la colectividad, es decir, el conjunto de medidas, básicamente de carácter preventivo, que es necesario adoptar

para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud recogido por el artículo 43 CE, titularidad autonómica que quedó corroborada por el Real Decreto 466/1980, de 29 de febrero, que transfiere a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia un conjunto de medios relativos a competencias sobre “acción pública sanitaria”.

De ello resulta que, tanto en los aspectos en los que la propia legislación básica estatal efectúa remisiones expresas a normas autonómicas como en aquellos ámbitos que no hayan sido regulados por el Estado y queden fuera de ese expreso común denominador que es la Ley 28/2005, la Comunidad Autónoma, que es titular de la competencia, puede elaborar las correspondientes reglas adicionales.

El Proyecto también encuentra soporte en la Ley regional 6/1997, de 22 de octubre, sobre drogas, para la prevención, asistencia e integración social, que define al tabaco como droga en su artículo 2.1.d), en relación con el 11.b). Su finalidad básica es la organización de medidas preventivas, si bien, en cuanto al consumo de tabaco, establece el principio de que el derecho a la defensa de la salud del no fumador prevalece sobre el derecho a fumar, en la medida en que aquélla pueda verse afectada por el consumo de tabaco (art.18.3). La Disposición final primera de dicha ley autoriza al Consejo de Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para su ejecución y desarrollo.

Así pues, el Proyecto es un reglamento ejecutivo de la normativa regional y, en particular, de desarrollo de la normativa básica del Estado ya señalada, y debe respetar siempre ese común denominador constituido por la ley básica de referencia.

El conjunto del Proyecto sometido a Dictamen encuentra acomodo dentro de los límites marcados, especialmente en cuanto a la señalización de los lugares en función de que la venta y el consumo del tabaco estén prohibidos o permitidos, así como en cuanto al régimen sancionador. No obstante, desde el prisma de la que parece la más correcta interpretación de la legislación estatal (Dictamen del Consejo de Estado 1592/2006, de 19 de octubre, principalmente), deben advertirse las observaciones particulares expuestas en la siguiente Consideración, según los criterios ya expresados por la doctrina consultiva y por los Tribunales Superiores de Justicia (STSJ de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº 429/07).

#### **CUARTA.- Observaciones particulares.**

##### **1) Artículo 2. Espacios al aire libre.**

El artículo 2 considera espacios al aire libre todos aquellos que careciendo de paredes, suelo y techo reúnan una de las siguientes condiciones: que no estén cerrados, o bien que no estén cubiertos o techados, o incluso cuando lo estén, siempre que la cubierta sea móvil o practicable y permanezca abierta. Esta regla no parece aplicable a casos en los que la Ley exige un espacio que se encuentre completamente al aire libre, lo cual parece corresponderse con inexistencia de cercado y de techado (artículo 7.o. Ley 28/2005). Fuera de ese caso, y por referencia a los supuestos en los que la Ley hace simplemente mención a espacios al aire libre, podría en principio aceptarse que lo son aquellos que, aunque estén cerrados, no estén techados o viceversa. El proyecto de Reglamento da la misma importancia al cierre que al techado, cuando probablemente no tengan igual incidencia en la medida en que el humo tiende a ascender, de suerte que en espacios no cerrados pero sí techados se puede producir una situación de puesta en riesgo de la salud de las personas no muy diferente a la que se ocasionaría en espacios totalmente cerrados.

Quizá proceda por ello reconsiderar tal previsión —teniendo en cuenta además que la protección contra el humo viene en buena medida indicada por la sola aglomeración de personas—, como también la pertinencia de considerar espacios abiertos aquellos en los que existan cubiertas o cercados móviles cuando permanezcan totalmente abiertos, cosa que además han propuesto algunos informantes. Podría, además, exigirse un porcentaje mínimo de zona descubierta o abierta en proporción a la superficie del local o espacio de que se trate, pues podría darse el caso de que una pequeña abertura en el techo tratara de alegarse como justificación ficticia de que se está en un espacio al aire libre (Dictamen del Consejo de Estado 1592/2006, de 19 de octubre).

## 2) Artículo 3. Cómputo de superficies útiles destinadas a clientes.

Considera como tal el espacio del establecimiento comprendido entre muros o cerramientos, restringiéndola a las zonas dedicadas a consumo de clientes, y excluyendo las paredes u otro tipo de obstáculos de la propia edificación que puedan afectar a la dependencia, así como la zona ocupada por elementos decorativos inamovibles, aseos y zonas de exclusivo uso de los trabajadores.

El alcance de la previsión tiene trascendencia puesto que, permitiéndose en la Ley estatal el consumo de tabaco en establecimientos de hostelería que no alcancen cien metros cuadrados de superficie, la determinación sobre cómo se computa ésta resulta capital. La Ley 28/2005 se refiere a la superficie “útil destinada a clientes o visitantes” (artículo 8.1.c); por su parte, el artículo 8.2.e), aunque no se refiere estrictamente al tema, sino al cómputo separado de superficies útiles en establecimientos en los que se desarrollan dos actividades separadas en el espacio, excluye de la superficie útil las zonas comunes y de tránsito, en las que en ningún caso permite el consumo de tabaco (Dictamen del Consejo de Estado 1592/2006, de 19 de octubre).

El precepto proyectado contiene, a los efectos de esta observación, determinadas menciones prescindibles por ser de innecesaria aclaración (paredes), y otras que se oponen a las determinaciones de la Ley estatal. La referencia a “*obstáculos de la propia edificación que puedan afectar a la dependencia*”, “*elementos decorativos inamovibles*” y “*aseos*” son conceptos utilizados para posibilitar una mayor permisividad disminuyendo artificialmente la superficie útil de los locales de hostelería, y se opone a la Ley básica (STSJ de La Rioja Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº 429/07, de 26 de octubre).

## 3) Artículo 4. Centros o establecimientos con dos o más actividades de los previstos en el artículo 7 de la Ley 28/2005.

La Ley 28/2005 establece en el artículo 6 que se podrá consumir tabaco “*exclusivamente en aquellos lugares o espacios en los que no esté totalmente prohibido o en los especialmente habilitados para ello*”. A continuación distingue, en cuanto a dicho consumo, entre los lugares en los que está totalmente prohibido (artículo 7) y aquellos otros en los que, pese a esa prohibición, se permite la habilitación de zonas para el consumo de tabaco (artículo 8), zonas que podrán habilitarse siempre que reúnan los requisitos que exige el precepto. En cualquier caso, el artículo 7 contempla una prohibición absoluta para el consumo del tabaco, únicamente excepcional en los casos que contempla, e incompatible con cualquier regulación autonómica que incida sobre ello. El artículo 4 del Proyecto, al incidir sobre los supuestos de prohibición del artículo 7, podría entenderse como una ampliación de los lugares en los que la Ley permite el consumo del tabaco y, en tal sentido, conculcaría la base estatal. Si se entiende que su fin es aclarar el supuesto de concurrencia de actividades

en un mismo local para concluir que estará prohibido el consumo del tabaco si una de tales actividades está en los supuestos del artículo 7 de la Ley, es innecesario, porque tal efecto ha sido ya producido por la propia Ley al determinar que, en tales casos, “*se prohíbe totalmente fumar*”; si pretende aclarar que no pesará la prohibición de consumo del tabaco (en la parte del local no afectado por el artículo 7 de la Ley, se debe entender) si tales actividades se separan físicamente, carece también de utilidad porque es una consecuencia claramente inferible de la propia Ley y, al no especificar que los locales resultantes de tal separación física han de cumplir los restantes requisitos que para permitir el consumo de tabaco señala la Ley 28/2005, el precepto incide en el juego de los artículos 7 y 8 de la Ley, pudiéndose entender, como ha quedado dicho, que permite una nueva excepción a la prohibición general.

Debido a esa posible interpretación, que sería contraria a la Ley básica, y a la vista de que otra interpretación conduce a un resultado ya generado por la propia Ley 28/2005, el precepto carece de fundamento para formar parte del Proyecto.

#### 4) Artículo 5. Zonas habilitadas para fumar.

Este precepto dispone que las zonas habilitadas para fumar previstas en el artículo 8 de la Ley 28/2005 deberán reunir los requisitos establecidos en él, teniendo en cuenta que la separación física exigida se realizará mediante “*cualquier elemento que garantice que el humo contaminante del tabaco no afecta a la zona de no fumadores*”.

El artículo 8 de la Ley 28/2005 establece, respecto a las zonas habilitadas para fumar, que deberán estar separadas *físicamente*, y tener compartimentación *completa* y sistemas de ventilación *independientes*.

El contraste entre ambas regulaciones permite ver que la norma de desarrollo cumple tal cometido en cuanto a los sistemas de ventilación concretando el mecanismo técnico que garantiza la eliminación de humos. La referencia a lo que se entiende por separación física, sin embargo, no cumple finalidad de desarrollo, porque desde el punto de vista sustantivo no completa el sentido de la expresión legal. En cualquier caso, queda inédito en el Proyecto el requisito de la compartimentación *completa*, el cual no parece que pueda razonablemente dissociarse del de la separación *física* para determinar el sentido propio de las palabras que componen la base estatal; no es tampoco aceptable atender a interpretaciones literalistas alejadas de los objetivos que el conjunto normativo (base más desarrollo) debe pretender.

Desde este punto de vista cabe afirmar que la Ley 28/2005, al establecer el requisito conjunto de compartimentación completa y separación física, pretende que las zonas habilitadas para fumar, excepcionales dentro de la regla general de prohibición, sean lugares segregados del principal de manera clara, efectiva y total, no pudiendo atribuirse al legislador estatal intención de aplicar relajadamente los preceptos legales, dados los motivos en los que fundamenta la normativa básica. La separación de espacios en las zonas habilitadas para el consumo de tabaco ha de garantizar todos los presupuestos que de forma conjunta establece el artículo 8.2 de la Ley 28/2005, porque lo contrario sería una merma en la protección de la salud de los ciudadanos no fumadores, que no verían garantizado su derecho a no respirar aire contaminado por el humo del tabaco procedente de las áreas habilitadas, dado que no se garantiza reglamentariamente en la norma autonómica la debida compartimentación y separación de las mismas. Quizás incurre el Proyecto en el defecto de intentar la aclaración de una norma que no lo necesita, al contener los elementos necesarios para su

directa aplicación, norma plenamente vigente en esta fecha y que no precisa de desarrollo autonómico, ya que tiene sus propias reglas de entrada en vigor y transitoriedad.

Por ello, la redacción dada al precepto del Proyecto, en el sentido de que la separación *“se realizará con cualquier medio que garantice que el espacio destinado a no fumadores permanezca libre de humos”*, no cumple las exigencias legales impuestas en el artículo 8.2 letra c) de la Ley estatal.

Una redacción igual a la entrecomillada, que figuraba en el artículo 6 del Decreto 54/2006, de 15 de septiembre, de la Comunidad Autónoma de La Rioja, ha sido anulada por la STSJ de esa Comunidad Autónoma, Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº 429/07, de 26 de octubre.

5) Artículo 6. Régimen jurídico de las celebraciones privadas en los establecimientos de hostelería.

Dispone el Proyecto que, en las celebraciones privadas que se desarrollen en los establecimientos de restauración, podrá autorizarse fumar cualquiera que sea su superficie, siempre que los espacios habilitados cumplan los requisitos expresados en el artículo 8 de la Ley 28/2005 (excepto el de superficie máxima) y que al establecimiento sólo tengan acceso las personas concertadas en la reserva.

La defensa de este precepto para justificar que no contraviene los tan reiterados artículos 7 y 8 de la Ley 28/2005 se articula a partir de la idea de que el arrendamiento del local le confiere carácter de espacio privado, no afectándole entonces las prohibiciones y limitaciones de la ley básica.

La doctrina del TC sobre lo que a efectos del derecho a la intimidad puede considerarse como domicilio no permite afirmar que un establecimiento abierto al público goce de ese carácter de privacidad. Con carácter general el TC declara en la Sentencia 10/2002, de 17 de enero, que “el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho (el del artículo 18.2 CE) no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella” (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, F. 5; 137/1985, de 17 de octubre F. 2; , F. 2; 94/1999, de 31 de mayo, F. 5; 119/2001, de 24 de mayo, FF. 5 y 6).

A esta genérica definición hemos añadido -continúa la Sentencia citada- que el concepto constitucional de domicilio tiene “mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo” (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, F. 2; 94/1999, de 31 de mayo, F. 5), y no “admite concepciones reduccionistas [... como las] que lo equiparan al concepto jurídico-penal de morada habitual o habitación” (STC 94/1999, de 31 de mayo, F. 5). Aun así, la garantía constitucional de su inviolabilidad no es extensible a “aquellos lugares cerrados que, por su afectación —como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales (ATC 171/1989, F. 2)—, tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad” (STC 228/1997, de 16 de diciembre, F. 7). Igualmente, señala el TC, que “no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el art. 18.2 garantiza”, pues “la razón que impide esta extensión es que el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros” (STC 69/1999, de 26 de abril, F. 2).



En particular, el TC no ha considerado domicilio los locales destinados a almacén de mercancías (STC 228/1997, de 16 de diciembre, F. 7), un bar y un almacén (STC 283/2000, de 27 de noviembre, F. 2), unas oficinas de una empresa (ATC 171/1989, de 3 de abril), los locales abiertos al público o de negocios (ATC 58/1992, de 2 de marzo), o los restantes edificios o lugares de acceso dependientes del consentimiento de sus titulares a los que el art. 87.2 LOPJ extiende la necesidad de autorización judicial para su entrada y registro STC 76/1992, de 14 de mayo, F. 3, b).

El local de restauración está desprovisto, por tanto, de las connotaciones propias del domicilio, siendo necesario recordar, entonces, que la Ley 28/2005 establece en el artículo 6 que se podrá consumir tabaco *“exclusivamente en aquellos lugares o espacios en los que no esté totalmente prohibido o en los especialmente habilitados para ello”*. El Consejo Jurídico, aun siendo sensible al propósito de racionalidad que busca la medida proyectada, no puede compartir, sin embargo, que la misma se adecue a la Ley 28/2005, porque introduce una modificación al artículo 8.1,c), es decir, altera el mandato contenido en una base. Este último precepto prohíbe fumar en los establecimientos de restauración de 100 o más metros cuadrados de superficie por el hecho de estar abiertos al público (art. 3 del Decreto 127/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan los establecimientos de restauración de la Región de Murcia), permitiendo que se creen espacios habilitados para el consumo del tabaco con las condiciones establecidas en el apartado 2; todo ello con independencia de las modalidades de uso, que siempre tienen por raíz común el ofrecimiento al público del consumo de comidas y bebidas en el local (art. 5.2 del Decreto 127/2005, de 11 de noviembre, ya citado); podrían tales contratos calificarse, quizás, como contratos de arrendamiento de servicios, pero carecen de las notas características del contrato de arrendamiento de local de negocio y, como ha quedado expuesto, carece el local abierto al público del rasgo de privacidad. La restricción de acceso al local se explicaría por el ejercicio del derecho de admisión por parte del titular.

Un precepto de semejante redacción al proyectado fue anulado por la STSJ de La Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo, nº 429/07, de 26 de octubre.

La Ley estatal no da margen, pues, para el establecimiento de un régimen jurídico de prohibiciones o limitaciones al consumo del tabaco en los locales de restauración, según cual sea su régimen de uso.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma ostenta competencia para la aprobación del Proyecto de Decreto sometido a Dictamen.

**SEGUNDA.**- Son esenciales las observaciones realizadas a los artículos 2, 3, 4, 5 y 6.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 32/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 25/02/08**

**Extracto de Doctrina**

*De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que, para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, es necesario acreditar daños que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos, el particular no tenga el deber jurídico de soportar; habiendo precisado la jurisprudencia que, en materia sanitaria, la indicada relación de causalidad y antijuridicidad del daño se producen cuando se acredita que la actuación médica pública infringió la “lex artis ad hoc”, pues lo contrario supondría convertir a la Administración en una aseguradora universal de los riesgos y daños que puedan acontecer; señaladamente los inevitables para la salud, bien por naturaleza, bien por no poder ser remediados en el estado actual de la ciencia y la técnica sanitarias; finalidad ésta de aseguramiento a todo riesgo que no contempla la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa tal y como viene configurada por el artículo 106.2 de la Constitución, la LPAC y el resto del ordenamiento jurídico.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 25 de junio de 2003 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Sanidad y Consumo escrito suscrito por x., abogado, en nombre y representación de x, y., ambos por sí y en representación de su hijo, por la deficiente atención sanitaria prestada a x. Los reclamantes efectúan la siguiente narración de los hechos:

1. La reclamante, x, quedó embarazada en enero de 2001, por cuyo motivo acudió a la matrona que procedió a extender cartilla maternal, en la que, en el apartado de antecedentes, se hace constar: “*Cesárea anterior por hipertensión arterial. Peso del niño al nacer 4.115 grs.*”.

2. El embarazo, calificado de riesgo obstétrico, fue puntualmente controlado, detectándose, en su transcurso, las siguientes complicaciones:

a) El 19 de junio de 2001 se detectó curva de glucemia patológica, por lo que fue enviada al endocrino de zona para control.

b) El 19 de julio el endocrino informa de macrosomía fetal desde los cuatro meses de revisión. Añade: “*Diabetes gestacional; macrosomía fetal; previa cesárea por HTA, macrosomía actual.*”

c) Desde el día 3 de agosto se le practicaron a la paciente monitores de control con un intervalo de tiempo inferior a una semana, acudiendo al Hospital Rafael Méndez (HRM) los días 9, 16, 20, 23 y 28 de agosto de 2001.

d) En la visita del día 28 la reclamante fue monitorizada, se le realizó una analítica que dio un resultado de glucosa ligeramente superior al máximo. No hay, sin embargo,

constancia de que se le tomase la tensión arterial. Se le dio cita para el siguiente día 3 de septiembre, para volverle a practicar un monitor y una amnioscopia.

3. El día 2 de septiembre la paciente acudió a urgencias del HRM, ingresando a las 13:39 horas, con los siguientes síntomas: gestación de 40 semanas y 6 días, tensión arterial 155/92, cesárea anterior por gestosis. Se prescribe un monitor, pero hasta las 14:50 horas no fue llevada a la sala de dilatación. Ya allí se le practicó un monitor cuyo resultado fue patológico y se indicó cesárea por sufrimiento fetal. La intervención finalizó a las 15:20 horas, naciendo un niño de 4.025 gramos, con la piel teñida de meconio y neurológicamente deprimido.

4. El niño fue ingresado, en principio, en la Unidad de neonatología del HRM, siendo trasladado, al día siguiente, al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVVA), donde tras varios ingresos y tratamientos fue dado de alta con el diagnóstico de “Encefalopatía hipóxico-isquémica perinatal”.

5. En el embarazo que la paciente tuvo en el año 1996 se programó una cesárea electiva, ya que presentaba proteinuria, ácido úrico e hipertensión arterial. En el embarazo correspondiente al año 2001, la reclamante es diagnosticada, además, de diabetes gestacional, sin embargo en esta ocasión no se programa cesárea, al contrario, se le da cita para una semana después, lo que da lugar a una situación de embarazo prolongado, sin que, además, se mantuviese un seguimiento casi permanente de la paciente, como se había hecho en el anterior embarazo, lo que resulta inexplicable si se tiene en cuenta que, de los cuatro requisitos más importantes establecidos para practicar cesárea (distocia, cesárea anterior, riesgo fetal aumentado y presentación de nalgas), la paciente reunía tres.

6. Por otro lado, también cabe señalar que la actuación del personal facultativo que atendió a la paciente cuando ingresó en el HRM el día 2 de septiembre, tampoco fue diligente, pues se tardó en monitorizar a la paciente más de una hora, cuando las circunstancias que concurrían en el embarazo (cronológicamente prolongado, hipertensión arterial, diabetes gestacional y macrosomía fetal) aconsejaban la mayor celeridad posible en la atención obstétrica de la reclamante.

7. Las lesiones que padece el menor han dado lugar a que se le reconozca un grado de minusvalía del 75% (Resolución del ISSORM de 11 de marzo de 2003), situación que aún no ha sido calificada de definitiva, por lo que todavía cabe que sufra un agravamiento.

A juicio de los interesados existe una conexión entre la negligente actuación de los servicios sanitarios regionales y los daños que sufre el menor, lo que daría lugar al nacimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración autonómica, en virtud de la cual solicitan ser indemnizados por los siguientes conceptos y cantidades:

- 1) Para el menor, x.
  - a. Por daños morales básicos (tabla III), 65.199 euros.
  - b. Por daños morales complementarios (tabla IV) 73.325,24 euros.
  - c. Por lesiones permanentes causantes de incapacidad permanente absoluta, 144.650,49 euros.
  - d. Por gran invalidez con necesidad de ayuda de tercera persona, 293.300, 99 euros.
  - e. Por adecuación de vivienda, 73.325,24 euros.

Para atender los gastos que ocasionaría la necesidad de ser atendido por tres personas titulares y una suplente para caso de enfermedad o imposibilidad de cualquiera de las tres, o período vacacional, en turno de ocho horas diarias cada persona, comprendiendo sueldo y seguridad social, 1.200 euros por persona, lo que daría un total mensual de 4.800 euros, para cuyo pago habrá de constituirse a favor de la víctima una renta vitalicia revalorizable conforme al IPC.

2) Para sus padres.

Perjuicios morales familiares (Tabla IV), 109.987,87 euros, para cada progenitor.

Acompañan a su escrito diversa documentación médica que, a su juicio, acreditan la veracidad de las afirmaciones que se contienen en la reclamación.

Acaban proponiendo como medios de prueba las historias clínicas de la x. (las correspondientes a sus dos embarazos), del menor y originales de los monitores practicados a la paciente.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designado órgano instructor, fue reclamada al HRM la siguiente documentación:

— Historia clínica de la reclamante, en la que se contengan los datos relativos a los dos partos que tuvo (años 1996 y 2001).

— Copia de los monitores que se le efectuaron los días 28 de agosto y 2 de septiembre de 2001.

— Copia de la historia clínica del menor x.

— Informes de los profesionales que asistieron a la x. y a su hijo, en relación con los hechos que se contienen en el escrito de reclamación.

Asimismo se solicitó del HUVA copia de la historia clínica de x. e informes de los profesionales que le asistieron.

**TERCERO.-** Mediante escrito fechado el 27 de octubre de 2003 el Director Gerente del HRM remite la siguiente documentación:

— Informe del Dr. x., facultativo especialista en Obstetricia y Ginecología de dicho Hospital, en el que se señala lo siguiente:

*“Paciente secundigesta con antecedentes de cesárea anterior por preeclampsia que se presentó en Admisión de Urgencias el día 02-09-03, a las 13:39 horas, en la semana 40 + 6 de amenorrea con molestias abdominales.*

*En torno a las 14:00 horas, hallándome yo de guardia ese día, la veo por primera vez y me dispongo a valorar las constantes vitales comprobando una TA: 155/92, a realizar una monitorización fetal para valorar el grado de bienestar del feto y a una exploración obstétrica que nos informa sobre la dilatación cervical y la capacidad de la pelvis. La paciente no se mostró en absoluto colaboradora impidiéndonos en todo momento la realización del tacto vaginal, motivo por el que se pierde una información importante a la hora de decidir la vía del parto y obliga a prolongar la monitorización.*

*Cuando se obtuvo un registro fetal suficiente se apreciaron signos de riesgo de pérdida del bienestar fetal, motivo por el cuál se indico en ese momento (14:50) una cesárea, a*

las 15:20 nació un varón de 4025 g, apgar 4/4/8 con líquido meconial y una circular de cordón en el cuello”.

— Historia clínica de la reclamante comprensiva de ambos partos (el acaecido en el año 1996, y el que es objeto de la presente reclamación, que tuvo lugar el día 2 de septiembre de 2001).

— Historia clínica del menor, x., entre cuya documentación figura el informe clínico de alta, en el que se hace constar, entre otros extremos, lo siguiente:

Motivo de ingreso: RM microsoma que ingresa tras reanimación profunda por LA en puré de guisante y anoxia moderada-grave.

Gestación:

Duración: 40S + 6 días

Embarazo controlado, en tratamiento toda la gestación por HTA.

Parto:

Cesárea urgente por monitor patológico. LA en puré de guisantes. Apgar: 3-4-8.

Exploración ingreso:

Peso: 4025 grs.

Talla: 55 cm.

P. Craneal: 35,5 cm.

RN varón, término, microsoma con estado general conservado.

Diagnósticos:

LA meconial

Anoxia moderada-severa

Síndrome aspiración meconial

Hipoglucemia transitoria

RNT GEG

Depresión neurológica

**CUARTO.-** Tras serle reiterado en diversas ocasiones el envío de la documentación que se le había solicitado, el Director Gerente del HUYA remite la historia clínica de x. e informes facultativos, de entre los que transcribimos el emitido por el Dr. x., en el que se resume el informe clínico del menor del siguiente modo:

*“Neonato de 24 horas de vida que ingresa en nuestra unidad procedente del Hospital Rafael Méndez de Lorca con los diagnósticos de anoxia moderada-severa, depresión neurológica y distres respiratorio.*

*En los antecedentes personales resaltar el nacimiento tras una cesárea urgente por monitor patológico en una gestación término, un líquido teñido en ‘puré de guisantes’ y un APGAR 3/4/8, todo ello indicativo de probable sufrimiento fetal agudo.*

*A su llegada a nuestra unidad destaca un mal estado general con situación de preshock, hipertonia generalizada con movimientos de equivalente convulsivo, y fracaso respiratorio con tendencia a la hipoxia y acidosis respiratoria.*

*En el aspecto evolutivo destacan los siguientes aspectos:*

— *Fracaso multiorgánico y preshocok probablemente secundario a la anoxia perinatal con: insuficiencia renal aguda transitoria, coagulopatía y trombopenias (precisó transfusiones de hemoderivados), y fracaso respiratorio (precisó asistencia respiratoria).*

— *Mala situación neurológica por: presencia de convulsiones desde su ingreso controladas con anticonvulsivos, EEG repetidos con patrón anómalo de paroxismo supresión y ecografía cerebral con la presencia de hiperecogenicidad difusa por edema/hipoxia.*

*La situación fue de coma profundo durante los primeros 7 días y al alta la exploración neurológica fue francamente anómala por falta de tono muscular, reflejo de succión mordiente (no succión eficaz), mirada inexpresiva y tendencia a la mioclonias tras estímulo.*

*Tras valoración de los exámenes complementarios y la exploración neurológica se dio de alta de nuestra unidad con sospecha de encefalopatía hipóxico-isquémica con gran déficit neurológico”.*

**QUINTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica, es emitido el 29 de octubre de 2004, con las siguientes conclusiones:

*“1. Los antecedentes de la x. la sitúan según el índice de valoración del riesgo obstétrico anteparto (Cóndor): Cesárea previa (40), Diabetes Gestacional (70) por si solos en la consideración de ‘alto riesgo’, además presentaba HTA durante todo el embarazo incluso en la revisión del 28 de agosto a pesar del tratamiento y Macrosomía. Corroboró esto la Clasificación de Riesgo Obstétrico de la Conselleria de la Generalitat de Catalunya. Los autores consultados coinciden en que la detección precoz de la enfermedad exige una estrecha observación ante partum.*

*2. Los registros de la monitorización correspondiente al 28 de agosto y al 2 de septiembre del 2001, no constan en el expediente, y sería el documento que podría probar, desde qué momento se presentaron las alteraciones.*

*3. No consta que se tuvieron en cuenta los antecedentes de la x. el día 28 de agosto, no hay informes de los profesionales que la atendieron ese día y que considero son determinantes en la decisión de valorar la indicación de cesárea electiva o por el contrario mantener un seguimiento casi permanente de la paciente, en cualquier caso no se hizo ni una cosa ni otra.*

*4. En la indicación para la realización de cesárea electiva, la cesárea se practica al final de la gestación, cuando el feto ha terminado su maduración y la terminación del embarazo significa un beneficio para él, en este caso concurría: cesárea previa, hipertensión, diabetes Gestacional y el día 28 de agosto ya podía ser considerado un embarazo a término. El hecho de que los monitores fueran normales no cambia el hecho de la indicación de la cesárea. Si se puede comprobar que efectivamente había alteraciones menos indecisión.*

*5. El 2 de septiembre cuando ingresa consta en la hoja de dilatación que a las 14:50 ya se indica la Cesárea por sufrimiento fetal, así lo afirma también el Dr. x., por lo que no se tardó mas de una hora en realizar los monitores.*

*6. No se puede establecer claramente la etiología de la anoxia neonatal sufrida por el RN, no existen evidencias clínicas para rebatir la hipótesis presentada, el no haber indicado la cesárea el día 28, o el prolongar la monitorización del día 2 de septiembre tampoco se puede asegurar al 100% que sea la causa, pero dado que esto entra dentro*

*de lo posible y a la vista del daño desproporcionado ocasionado, se propone llegar a un acuerdo indemnizatorio”.*

**SEXTO.-** Requerida para ello por la instructora, la compañía aseguradora x. aporta dictamen realizado colegiadamente por los doctores x, y., ambos especialistas en Obstetricia y Ginecología, en el que, tras unas amplias consideraciones médicas, se alcanzan las siguientes conclusiones:

*“1. El control de la gestación fue correcto y adecuado a los actuales protocolos asistenciales.*

*2. La decisión de prolongar la gestación por encima de las 37 semanas, a pesar de estar diagnosticada de una diabetes gestacional bien controlada y una posible hipertensión leve, es correcta y adecuada a los actuales protocolos asistenciales.*

*3. El control fetal desde la semana 37 fue correcto, realizándose las exploraciones pertinentes y con la periodicidad recomendada.*

*4. En modo alguno estaba justificada la realización de una cesárea programada en la semana 37.*

*5. Ninguno de los métodos disponibles de control fetal intraparto, tiene la suficiente sensibilidad para poder diagnosticar todas las situaciones de hipoxia con posible daño neurológico secundario.*

*6. Los patrones de la frecuencia cardiaca fetal durante los 50 minutos de registro, aunque no son normales, no corresponden a un patrón característico de hipoxia intraparto con posible lesión neurológica.*

*7. La decisión de realizar la cesárea ante un patrón dudoso con un cuello muy inmaduro es correcta. Si el parto hubiera estado más adelantado, lo correcto hubiera sido complementar la información de dicho monitor con otra prueba (toma de pH).*

*8. Al desconocer el valor del pH al nacimiento, y si se han realizado estudios destinados a detectar otras causas de parálisis cerebral, no podemos afirmar que se cumplan todos los criterios consensuados para sospechar un fenómeno hipóxico agudo intraparto como causante de la encefalopatía postnatal.*

*9. Es posible no detectar situaciones de hipoxia intraparto, a pesar de un control riguroso del mismo; esto se explica por la baja sensibilidad de los métodos disponibles hasta ahora.*

*10. A pesar de los indudables avances en medicina perinatal, la incidencia de parálisis cerebral sigue siendo la misma que hace 20 años.*

*11. Los profesionales intervinientes actuaron conforme a la lex artis ad hoc, no existiendo indicios de mala praxis”.*

**SÉPTIMO.-** Del anterior dictamen se da traslado a la Inspección Médica, solicitando informe complementario acerca de las conclusiones alcanzadas por los peritos de la aseguradora. Informe que, emitido con fecha 31 de mayo de 2005, contiene las siguientes afirmaciones:

*“Insistir en que el seguimiento del embarazo de x. fue correcto. A partir de la semana 36+4 los controles fueron en periodos menores de una semana. La SEGÓ en el protocolo 02, recomienda ‘de la 37 a la 41 sem: cada 1 a 3 sem.’.*

*En la valoración del riesgo obstétrico se tienen en cuenta múltiples factores clínicos (sociodemográficos, antecedentes reproductivos y médicos y factores del embarazo actual) enumerados en el protocolo antes mencionado. Entre ellos figuran la obesidad, el Nivel socioeconómico bajo, el antecedente de cirugía uterina, la Hipertensión arterial inducida por el embarazo y la diabetes Gestacional.*

*Estamos obligados a realizar un análisis de las causas o, antecedentes que pueden condicionar un riesgo obstétrico y tomar las medidas que estén a nuestro alcance para reducirlo, actuando sobre factores clínicos en los cuales podemos influir, como son: el embarazo prolongado, la diabetes, la obesidad, HTA etc.; en cada caso se debe establecer su pronóstico para elegir la vía del parto más adecuada. Considero que analizados los factores clínicos que concurrían en x., se tomaron las medidas para reducir el riesgo obstétrico, por lo que re-considero que la opción del día 28 de agosto ante un monitor normal de no realizar el parto por cesárea es una estrategia adecuada a la situación particular de la paciente.*

*El 2 de septiembre cuando ingresa consta en la hoja de dilatación que a las 14:50 ya se indica la Cesárea por sufrimiento fetal, así lo afirma también el Dr. x., por lo que no se tardó más de una hora en realizar los monitores.*

*No se puede establecer claramente la etiología de la anoxia neonatal sufrida por el RN y su relación con las lesiones neurológicas”.*

**OCTAVO.-** Con fecha 9 de noviembre de 2005 se notifica a la aseguradora y a los reclamantes la apertura del trámite de audiencia, compareciendo el representante de estos últimos quien, mediante escrito que tuvo entrada en el registro del SMS el día 5 de febrero de 2007, formula las siguientes alegaciones:

1ª. En la consulta del día 28 de agosto de 2001 (fecha probable de parto según anotación que consta en la cartilla de embarazo —folio 16 del expediente—), no consta que se le tomase la tensión arterial.

2ª. En la hoja de urgencias que obra al folio 89 del expediente, se hace constar que la paciente ingresa a las 13:39 y que se realiza un monitor, sin embargo nada se dice sobre el resultado de la monitorización, y no es hasta 14:50 horas cuando se la lleva a la sala de dilatación y este traslado no se debe a que se encontrase en fase de parto activo, sino “*porque alguien advirtió, a destiempo, que el registro cardiotocográfico (folios 29 y 30 del expediente) era claramente patológico, indicativo de sufrimiento fetal*”, circunstancia que, en su opinión, era ya detectable en la marca 83, es decir, a los 15 minutos de iniciarse el monitor, por lo que resulta incompresible que el monitor se alargase hasta el minuto 50.

3ª. Como consecuencia de las negligencias médicas que se cometieron en relación con el parto de la x., su hijo, el menor x., padece graves lesiones neurológicas derivadas de la hipoxia sufrida durante el parto.

4ª. Que según informe pericial elaborado a instancia de parte y del que se adjunta copia, se cometieron las siguientes negligencias médicas en relación con el embarazo y parto de la reclamante:

a) El embarazo de la x. era de alto riesgo, sin que tal circunstancia se tuviese en cuenta.

b) Los riesgos que concurrían en el embarazo aconsejaban practicar una cesárea electiva.



c) Los controles obstétricos realizados a la paciente después de la semana 37 no se hicieron correctamente. No se realizaron pruebas para detectar proteínas en orina, no se llevó a cabo monitorización fetal no estresante, ni se efectuó una ecografía Doppler.

d) Una vez que la paciente ingresó por dolor abdominal, el día 2 de septiembre de 2001, se debió realizar una cesárea con mayor rapidez, una vez comprobado que el registro cardiotocográfico era patológico; sin embargo, se mantuvo la monitorización durante 50 minutos antes de realizar la cesárea.

5ª. En relación con la afirmación vertida por el Dr. x., facultativo que atendió a la interesada el día 2 de septiembre de 2001, en el sentido de que la falta de colaboración de la paciente a dejarse explorar obligó a prolongar la monitorización, la representación letrada de los reclamantes indica lo siguiente:

a) No consta que el citado Dr. advirtiese a la paciente de las consecuencias negativas a dejarse explorar. En cualquier caso, al folio 84 consta que en la sala de dilataciones fue explorada sin problema alguno.

b) La exploración por tacto vaginal no tiene por finalidad comprobar el estado del feto, sino las condiciones obstétricas de la parturienta. No cabe, pues, ligar ambas actuaciones.

c) La única causa que justifica la prolongación de una monitorización es la de que las indicaciones que muestre no sean claras. Sin embargo, en este supuesto, a los cinco minutos de su inicio ya resultaba evidente el sufrimiento fetal, aunque éste no se advirtiera hasta veinte minutos después de su finalización.

Termina su escrito reiterando la existencia de nexo causal entre las actuación sanitaria regional y las lesiones sufridas por el hijo de sus mandantes, solicitando una indemnización de 937.116,8 euros para el menor y de 112.847 euros para cada uno de los progenitores, por los conceptos que concreta, a lo que habría que adicionar una renta vitalicia a favor del menor de 4.800 euros mensuales, para atender los gastos de las personas que tendrían que atenderlo durante toda su vida.

**NOVENO.-** En el dictamen pericial que se acompaña al escrito de alegaciones, el Dr. x., especialista en Obstetricia y Ginecología, tras analizar la documentación médica que obra en el expediente y realizar las consideraciones que estima oportunas, alcanza las siguientes conclusiones:

*“1. X. quedó embarazada por segunda vez en el año 2001.*

*2. Como antecedente muy importante tenía un embarazo anterior en el año 1996 con hipertensión arterial, finalizado mediante cesárea electiva en la semana 37 de gestación.*

*3. En el segundo embarazo x. presentaba más factores de riesgo que en el primero (cesárea anterior, diabetes gestacional, hipertensión arterial, feto anterior macrosómico).*

*4. No consta que se realizara una valoración del riesgo del embarazo a pesar de tratarse de un embarazo de alto riesgo, no se finalizó la gestación en la semana 37 de forma electiva, tal y como hubiera sido necesario en lugar de ello, se decidió continuar con el embarazo, llegando la gestación hasta la semana 41*

*5. En los controles realizados a partir de la semana 37 no se realizaron las pruebas complementarias necesarias para el seguimiento de una paciente de alto riesgo (con cesárea anterior, diabetes gestacional, hipertensión arterial, feto anterior macrosómico).*

6. La paciente ingresó el día 2 de septiembre de 2001 por dolor abdominal en el registro cardiotocográfico realizado tras su ingreso se aprecian signos claros de pérdida del bienestar fetal (sufrimiento fetal) desde el principio.

7. A pesar de los antecedentes de la paciente, y el registro cardiotocográfico patológico, no se realiza la cesárea hasta las 15:20 horas.

8. Cuando finalmente se realiza la cesárea, nace un niño gravemente deprimido que precisa reanimación neonatal intensiva.

9. Como consecuencia de la hipoxia sufrida durante el parto, el niño sufrió graves lesiones cerebrales (encefalopatía hipóxico isquémica).

10. El niño mostró signos neurológicos indicativos de daño cerebral inmediatamente después del nacimiento, y en todas las exploraciones neurológicas realizadas posteriormente.

11. Dichas lesiones neurológicas han sido demostradas mediante técnicas de diagnóstico complementario (electroencefalograma, ecografía, TAC).

12. Como consecuencia de las lesiones cerebrales sufrida durante el parto, el niño x. padece crisis convulsivas y retraso psicomotor.

13. Como consecuencia de las mencionadas lesiones neurológicas que padece el niño x., se reconoció una minusvalía del 75 % el día de septiembre 2003 (sic).

14. Que existe un nexo causal entre la pérdida del bienestar fetal, la encefalopatía hipóxico-isquémica y las lesiones neurológicas que padece el niño x.

15. Que era previsible la aparición de una complicación de estas características en una paciente en la que concurrían las circunstancias del segundo embarazo de x.

16. Que las lesiones neurológicas hubieran sido evitables si se hubiera realizado una cesárea electiva en la semana 37 de embarazo.

17. Por otra parte, es posible que se hubiera evitado el daño cerebral también si se hubiera realizado la cesárea con mayor rapidez el día 2 de septiembre de 2001”.

**DÉCIMO.-** La instructora remite el informe pericial del Dr. x. a la Inspección Médica, con el ruego de que, a la vista de su contenido, se emita nuevo informe complementario que es evacuado por la Inspectora, Dra. x., en los siguientes términos:

“Primero: La existencia de factores de riesgo en el embarazo de la x. como la presencia de Hipertensión crónica (se diagnosticó antes de la semana 20) y de Diabetes gestacional requirieron valoraciones adicionales (16 visitas prenatales (pag 16-18) cuando lo habitual son 7-9. Se realizaron 9 Ecografías cuando lo normal son 3 y consultas con otros especialistas como el endocrino (p.21). A partir de la semana 36+4 los controles fueron en periodos menores de una semana (se recomienda ‘de la 37 a la 41 sem: cada 1 a 3 sem’). Estas recomendaciones siguen el Protocolo 02 de la SEGÓ.

Segundo: Respecto a la finalización del embarazo:

En este caso la paciente presenta una Hipertensión crónica leve 115/90 detectada en la 9 semana (definida la Hipertensión leve-moderada entre 140-160 y 90-120 mm de Hg) que es controlada durante todo el embarazo con tratamiento a muy bajas dosis, Adomet ®

250 c/12h (hasta 500 c/8 h), por lo que la recomendación es evolución hasta el final del embarazo y parto espontáneo, (protocolo 16, de la SEGÓ). No se trata de una Hipertensión Inducida por el embarazo como la Preemclamsia (HTA, Proteinuria y ac. Úrico ↑) que se le diagnosticó en el primer embarazo pag 103).

En la diabetes gestacional con buen control metabólico (los controles de glucemia eran adecuados) en líneas generales, el momento y el tipo de parto deberían ser independientes de la diabetes (protocolo 15, de la SEGÓ). La vía de parto de elección es la vaginal.

En cuanto a la macrosomía, es sabido por una parte que los métodos de diagnóstico durante el embarazo no son muy específicos, ya que en ocasiones los marcadores clínicos y la ecografía están sujetos a errores (en este caso la referencia en la historia a macrosomía (pag 21) se hace en base a la ECO de 16/07/01 donde los valores de LF y DBP están dentro del Percentil 50) y por otra parte que en una diabetes gestacional controlada como era este caso se reduce el riesgo de macrosomía. El niño pesó al nacimiento 4025 grs (admitiendo como macrosomía peso de 4500 en pacientes diabéticas).

Respecto a los antecedentes de cesárea previa, se ha comprobado que en este caso en la cesárea anterior se practicó una incisión transversal baja y no constan contraindicaciones absolutas para intentar el parto vaginal como: complicaciones quirúrgicas en cesáreas previas, cirugía uterina transfundica, cirugía uterina previa con acceso a cavidad, estrechez pélvica, rotura uterina ni imposibilidad de realizar una cesárea urgente”.

Tercero:

El 2 de septiembre ingreso a las 13:39, en la hoja de observaciones del curso clínico (pag 79) consta junto con la TA 155/92 (leve), T° 36.3 y la indicación de monitor, que no podía explorarla y a las 14:15 se le puso intramuscular valium 10 mg.

A las 14:50 en la hoja de dilatación figura presentación cefálica, en plano sobre estrecho superior; con un dedo amplio y un registro cardiotográfico patológico, por lo que se indica cesárea.

El monitor realizado este día ha sido analizado por el Dr. x., Jefe de Servicio de Ginecología y Obstetricia en la entrevista realizada el día 11/04/07 en el Hospital General Universitario Reina Sofía que nos puntualiza:

- La línea de base indica una frecuencia de aproximadamente 140 l/m, en todo caso normal.
- Hay una disminución de la variabilidad, no ausencia de ella como indica el Dr. x. en su informe.
- Hay ausencia de respuestas aceleratorias fetales, pero si bien su presencia es un buen signo, su ausencia no es sinónimo de pérdida de bienestar fetal.
- Hay presencia de Deceleraciones variables y después de la 10 primeros minutos 4 son profundas.

En conjunto considera que el monitor presenta signos de pérdida de bienestar fetal y que para su valoración es normal que se precise tramo de trazado para confirmar los datos. En su experiencia ha visto trazados similares en partos con recién nacidos sanos, lo que confirma la poca sensibilidad de los monitores. La actuación de los profesionales le parece

*correcta al realizar cesárea, ante la presentación cefálica, sobre estrecho superior; un dedo amplio de dilatación y con el monitor descrito.*

*Cuarto:*

*Me ratifico en la conclusión de los anteriores informes respecto a la etiología de la anoxia neonatal, no se puede establecer claramente su etiología y su relación con las lesiones neurológicas en base a la revisión de los criterios para definir un episodio hipoxico agudo intraparto que elaboró la Comisión de Parálisis Cerebral y Encefalopatía Neonatal de Colegio de Obstetricia y Ginecología Americano y Academia Americana de Pediatría, criterios que se deben cumplir todos antes de emitir un diagnóstico de asfixia neonatal y que también recomienda la SEGO, entre esos criterios se requiere la evidencia de acidosis metabólica en la arteria umbilical fetal obtenida inmediatamente después del parto ( $\text{pH} \leq 7.0$  y  $\text{pH} \leq 7.0$  y déficit de bases  $\leq 12 \text{ mmol/l}$ ), evidencia que no tenemos, ni sabemos si se han desarrollado pruebas para descartar otras causas de encefalopatía.*

*El informe anteriormente mencionado señala unos criterios no específicos que colectivamente, sugieren un comienzo intraparto de la encefalopatía, pero que no es específico de un insulto hipoxico:*

- 1. Un signo centinela que ocurre inmediatamente antes o durante el parto (desprendimiento de placenta, rotura uterina). No existe en este caso.*
- 2. Una bradicardia súbita y mantenida o ausencia de variabilidad en el registro cardiotrográfico fetal junto con deceleraciones tardías, variables o persistentes, cuando el patrón previo era normal, (en este caso únicamente existen deceleraciones variables y no son persistentes).*
- 3. Puntuación del Test de Apgar de 0-3 a los 5 minutos, (fue de 4 a los 5').*
- 4. Comienzo de afectación multisistémica en las 72 horas después del nacimiento. (Se cumple plenamente).*
- 5. Estudios de imagen que muestran precozmente evidencia de anormalidad cerebral aguda no focalizada (también se cumple).*

### **CONCLUSIONES**

- 1. El seguimiento del embarazo fue correcto, fueron detectados los factores de riesgo, revisando a la paciente en mayor número de lo normal queda explícito que se tomaron las medidas para reducir el riesgo obstétrico.*
- 2. Los factores de riesgo diagnosticados ni por separado, ni en conjunto son indicación absoluta de cesárea electiva.*
- 3. El día 28 de agosto ante un monitor normal y la ausencia de dinámica la decisión de dejar evolucionar el parto fue una estrategia adecuada a la situación particular de la paciente y ajustada a las recomendaciones de los protocolos revisados.*
- 4. El día 9 (sic) de septiembre ante las condiciones poco favorables (presentación superior al estrecho superior; dilatación de un dedo), ante un monitor que sugiere pérdida de bienestar fetal, la decisión de realizar cesárea se ajusta a la normopraxis.*

5. *Podemos asegurar que no se cumplen los criterios admitidos para poder hablar de una causa intraparto como causante de la encefalopatía”.*

**UNDÉCIMO.-** Con fecha 9 de mayo de 2007 se notifica a la aseguradora y a los reclamantes la apertura de un nuevo trámite de audiencia, sin que conste que hiciesen uso de él al no comparecer ni formular alegación alguna.

**DUODÉCIMO.-** Obra en el expediente diversa documentación relativa al recurso contencioso-administrativo interpuesto por los reclamantes, como consecuencia del cual se sigue Procedimiento Ordinario núm. 671/2004 ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

**DECIMOTERCERO.-** La instructora formula, el día 28 de julio de 2007, propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no queda acreditado en el expediente la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños sufridos por el menor.

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 12 de septiembre de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo.

**DECIMOQUINTO.-** Mediante escrito fechado el día 9 de noviembre de 2007 el Secretario General de la Consejería consultante, por delegación de Consejera, remite a este Órgano Consultivo escrito presentado ante el SMS por el representante de los reclamantes, al que acompaña la siguiente documentación:

a) Resolución de 29 de mayo de 2007 del Instituto Murciano de Acción Social (IMAS), de revisión del grado de minusvalía del menor x., por la que se le reconoce un grado de minusvalía de 95%, necesidad de asistencia de tercera persona de 43 puntos y existencia de dificultad para utilizar transportes colectivos de 15 puntos.

b) Copia del acta de ratificación judicial del perito de la compañía aseguradora.

En el citado escrito se solicita la paralización de la tramitación administrativa del expediente, hasta que la Inspección Médica evacue por escrito las preguntas que, al parecer, le fueron formuladas por las partes intervinientes en el Procedimiento Ordinario 671/2004.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, según preceptúa el artículo 12.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

## SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

### I. Legitimación.

Los reclamantes, en su condición de padres del menor que ha sufrido los daños ostentan la condición de interesados para deducir la presente reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este Dictamen, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). En cuanto a la actuación mediante Letrado el artículo 32 LPAC establece que los interesados podrán actuar por medio de representante, exigiendo este precepto para los supuestos en los que se pretenda formular solicitudes, entablar recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos, que dicha representación quede acreditada por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Precepto que se cumplimenta en este caso, por la aportación de escritura de poder otorgado por los interesados ante notario.

En cuanto a la legitimación pasiva, no suscita duda que la actuación a la que los reclamantes imputan el daño que dicen haber sufrido acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional, siendo competente para resolver el titular de la Consejería de Sanidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16. 2, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

### II. Plazo.

El artículo 142.5 LPAC dispone que “el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños a las personas, de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”, y ello porque no puede entenderse como fecha inicial del cómputo, *dies a quo*, la de alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas (STS de 26 de mayo de 1994).

En el caso sometido a dictamen, hay que tener en cuenta que el nacimiento del hijo de los reclamantes tuvo lugar el día 1 de septiembre de 2001 y que el informe de alta del HUYA, de fecha 31 de octubre de 2001, ya hace constar el diagnóstico de “encefalopatía hipóxico-isquémica perinatal”, al que se adicionan los de “crisis convulsivas neonatales secundarias” y “retraso psicomotor secundario”, lo que, en principio, podría llevar a pensar que en este informe se expone el resultado definitivo del alcance de las secuelas, lo que nos obligaría a concluir la extemporaneidad de la reclamación. Sin embargo, de la prueba documental existente en el expediente se pone de manifiesto que las secuelas del menor no se consolidaron hasta más tarde. Así:

1. Al folio 58 aparece un parte de consulta y hospitalización fechado el 19 de diciembre de 2001, en el que se prescribe el inicio de “pauta de atención temprana en centro especializado”, de donde se deduce que existían expectativas médicas de lograr algún tipo de progreso en la evolución del menor.

2. Al folio 59 figura informe emitido el día 10 de julio de 2002 por el Dr. x., en el que se hace constar que la severa encefalomalacia generalizada que sufre x. condiciona un pronóstico muy pobre, “en el que difícilmente lograremos progresos psicomotores”, aunque

también se afirma que se va “a valorar empleo de Toxina Botulínica para evitar luxación de cadera izquierda”.

3. Las resoluciones administrativas de declaración de minusvalía del menor han revestido en todo momento el carácter de provisionales: Resolución del ISSORM de 11 de septiembre de 2002, de reconocimiento de un grado de minusvalía del 65%, y con un plazo de validez de tres años (folio 56); Trámite de audiencia en expediente de revisión de la minusvalía de x., en el que se propone, con fecha 11 de marzo de 2003, el reconocimiento de un porcentaje del 75% y vigencia hasta 1 de septiembre de 2011 (folio 57); Resolución del IMAS de 29 de mayo de 2007, de reconocimiento de un grado de minusvalía del 95% con un plazo de validez que finalizaría el día 18 de mayo de 2019 (folio 414).

A la luz de lo expuesto, si bien puede afirmarse que la enfermedad de base del menor está plenamente establecida desde los días inmediatamente posteriores a su nacimiento, las secuelas que de ella se han derivado no pueden considerarse plenamente determinadas o, al menos, no pueden serlo hasta el día 10 de julio de 2002, fecha en la que el Dr. x. admite la dificultad en lograr progresos psicomotores; antes de ese momento la esperanza existía, como lo demuestra el hecho de que el menor fuera enviado al equipo de atención temprana.

Establecida, pues, como fecha del *dies a quo* (en el más desfavorable de los supuestos) la del día 10 de julio de 2002, la reclamación, interpuesta el día 25 de junio de 2003, se ha de considerar ejercitada en plazo.

### III. Procedimiento.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP. Especialmente llamativa resulta la paralización por más de un año entre el momento en el que se concede a las partes trámite de audiencia (9 de noviembre de 2005) y la fecha de reanudación de actuaciones que se produce con la presentación extemporánea de alegaciones por los reclamantes (5 de febrero de 2007).

Precisamente esa excesiva duración del procedimiento ha llevado a los interesados a considerar desestimada su reclamación por silencio administrativo, interponiendo el oportuno recurso contencioso-administrativo. Ello no afecta a la obligación que incumbe a la Administración de dictar resolución expresa conforme a lo establecido en los artículos 42.1 y 43.4 LPAC, si bien procede que, previamente y en todo caso antes de dictar la resolución que haya de poner fin al procedimiento, por la instrucción se averigüe el estado de tramitación del recurso contencioso, toda vez que la última actuación relativa al mismo que consta en el expediente data de abril de 2007 (folio 416).

Por último, en relación con las alegaciones de los interesados y documentación anexa incorporadas al expediente una vez finalizada su instrucción, formulada propuesta de resolución y remitido todo lo actuado a este Consejo Jurídico para la emisión de su preceptivo Dictamen, se han de efectuar las siguientes consideraciones:

1. Los reclamantes pretenden paralizar la sustanciación del expediente administrativo hasta tanto se evacuen unas actuaciones acordadas, al parecer, por el Magistrado ponente en el Procedimiento judicial que se sigue ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Tal pretensión resulta inadmisibile, puesto que tan

sólo la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas puede suspender la instrucción de los procedimientos por responsabilidad patrimonial, y tan sólo cuando la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

2. Tampoco resulta viable que, una vez ultimada la instrucción administrativa del expediente, se incorpore como prueba el acta de la ratificación judicial de uno de los peritos que también ha informado en el expediente administrativo. En efecto, si así se hiciese supondría no sólo un trasvase inadecuado y extemporáneo de pruebas desde el procedimiento judicial al administrativo, sino también una visión parcial y sesgada de la totalidad de la prueba practicada en vía judicial (de la que sólo se conoce el citado documento).

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria.**

De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que, para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, es necesario acreditar daños que, causados por el funcionamiento de los servicios públicos, el particular no tenga el deber jurídico de soportar, habiendo precisado la jurisprudencia que, en materia sanitaria, la indicada relación de causalidad y antijuridicidad del daño se producen cuando se acredita que la actuación médica pública infringió la “*lex artis ad hoc*”, pues lo contrario supondría convertir a la Administración en una aseguradora universal de los riesgos y daños que puedan acontecer, señaladamente los inevitables para la salud, bien por naturaleza, bien por no poder ser remediados en el estado actual de la ciencia y la técnica sanitarias; finalidad ésta de aseguramiento a todo riesgo que no contempla la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa tal y como viene configurada por el artículo 106.2 de la Constitución, la LPAC y el resto del ordenamiento jurídico. Y es que, como vienen señalando de forma reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico, la ciencia médica no es exacta, por lo que los facultativos tienen una obligación de medios y no de resultados (por todos, nuestro Dictamen núm. 56/2005).

Por ello, cuando la imputación de tal responsabilidad se basa en que la actuación de los facultativos que atendieron al paciente no se ajustó a normopraxis, el criterio que ha de utilizarse para determinar la existencia o no de tal responsabilidad es, como ha quedado dicho, el de si la actuación de aquéllos se ajustó o no a la llamada *lex artis* de la profesión médica, aplicada a las circunstancias concretas del caso, es decir, a los síntomas y evolución clínica del paciente. Como puede advertirse, la determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a la *lex artis* descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto —artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)—, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para el reclamante, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial —el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999—. Para la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se



encuentra obligado a efectuar un análisis objetivo e imparcial de las actuaciones efectuadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un especial valor a efectos de prueba.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

En el supuesto que nos ocupa, la argumentación de los reclamantes pivota en torno a dos actuaciones médicas que se califican como no ajustadas a normopraxis:

I. La primera de ellas se concretaría en que ante el embarazo de alto riesgo de la paciente no se optó por practicarle una cesárea electiva en la semana 37 de embarazo, tal como se había hecho en un embarazo anterior en el que los riesgos eran, a juicio de los interesados, inferiores al segundo. Como apoyo a su argumentación aportan informe pericial de un facultativo especialista en ginecología (cuyas conclusiones han sido transcritas en el antecedente noveno del presente Dictamen), donde se afirma que la paciente presentaba factores de riesgo que aconsejaban finalizar el embarazo en la semana 37. Esos factores eran, a juicio del médico informante, los siguientes:

1. Cesárea anterior, que supondría, en el índice de valoración del riesgo obstétrico anteparto elaborado por el Dr. x. y colaboradores (publicado en el protocolo núm. 57 de la Sociedad Española de Obstetricia y Ginecología) una puntuación de riesgo de 40 (folio 332). Sin embargo, frente a esta opinión médica, la de los facultativos de la compañía aseguradora y la de la Inspección Médica mantienen que *“la cesárea anterior se practicó una incisión transversal baja y constan contraindicaciones absolutas para intentar el parto vaginal como: complicaciones quirúrgicas en cesáreas previas, cirugía uterina transfundida, cirugía uterina previa con acceso a cavidad, estrechez pélvica, rotura uterina, ni imposibilidad de realizar una cesárea urgente”* (informe de la Inspección Médica, folio 358) y que *“según el Protocolo de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia sobre este tema del año 2002, se establece que dado que la cesárea es un procedimiento de cirugía mayor que conlleva unas tasas de morbimortalidad superior a las del parto vaginal, se admite que el parto vaginal después de una cesárea es un método seguro y práctico para reducir la tasa global de cesáreas. Es por ello que debe ofrecerse una prueba de trabajo de parto a casi todas las mujeres con cesárea previa a la incisión transversal baja, dado que la mayor parte de ellas son candidatas a un parto vaginal”* (dictamen colegiado de los Dres. x, y., especialistas en Obstetricia y Ginecología, folio 272).

2. Enfermedad hipertensiva que, según el índice al que se alude en el apartado anterior, supondría una puntuación de riesgo de 40. A este respecto los peritos de la aseguradora y la Inspección Médica coinciden al calificar la hipertensión que sufría la paciente como crónica, ya que fue detectada en la semanas octava a novena del embarazo, que fue controlada durante todo el embarazo, sin que tampoco alcanzara en momento alguno cifras elevadas (folios 271 y 358). La hipertensión que padece la reclamante en este segundo embarazo no es una *“hipertensión inducida por el embarazo como la pre eclampsia (HTA, Proteinuria y ácido úrico alto) que se le diagnosticó en el primer embarazo)”* afirma la Inspección Médica.

En relación con las cifras de tensión arterial de la paciente, el Consejo constata que en la cartilla maternal no figuran las que pudiera presentar en los reconocimientos correspon-

dientes a los días 23 y 28 de agosto (folio 18). No obstante, como este documento ha sido examinado por la Inspección Médica (folio 251), se ha de presumir que la falta de estas anotaciones y su consecuencia a la hora de enjuiciar la adecuación a la *lex artis* del seguimiento del embarazo han sido debidamente valoradas por la Inspectora, que es quien posee los conocimientos técnicos para ello.

3. Diabetes gestacional, a la que el índice utilizado por el perito de parte aplicaría una puntuación de 70. En el informe de los facultativos Dres. x, y, se indica que *“los actuales protocolos establecen que la gestación debe ser dejada evolucionar de forma espontánea, en casos de diabetes que se diagnostiquen por vez primera en la gestación, como era en este caso, siempre y cuando no existan signos de mal control glucémico...la no inducción de la gestación por el diagnóstico de diabetes gestacional, sin signos de descompensación, como era el caso, es una postura correcta y adecuada a los actuales protocolos”* (folio 272). Por su parte la Inspectora médica afirma que *“en la diabetes gestacional con buen control metabólico (los controles de glucemia eran adecuados) en líneas generales, el momento y el tipo de parto deberían ser independientes de la diabetes (protocolo 15, de la SEGO). La vía de parto de elección es la vaginal”* (folio 358).

Se añade por el perito de los reclamantes, Dr. x., que los controles del feto realizados a partir de la semana 37 no fueron correctos para valorar la repercusión de la hipertensión materna en el feto (no se efectúa ecografía Doppler ni analítica para la detección de proteínas en la orina). A este respecto los citados Dres. x, y, oponen que se llevaron a cabo los controles suficientes atendiendo a que la hipertensión era crónica y sin ningún tipo de gravedad. Señalan, asimismo, que el valor Doppler (cuya bondad defiende el Dr. x., para el estudio de estos fetos) está muy cuestionado (folio 279). Por otro lado, en la historia clínica aparece analítica correspondiente al día 28 de agosto en la que se reflejan los niveles de proteínas en orina (30 mg. /dL, frente a los 300 mg/dL que alcanzó en el primer embarazo —folios 83 y 120—).

II. La segunda actuación contraria a la *lex artis* que los reclamantes imputan a los facultativos de la sanidad pública vendría dada por la asistencia que se prestó a la x. cuando acudió al servicio de urgencia del HRM el día 2 de septiembre de 2001 (un día antes de la fecha programada para otro control) por presentar dolores abdominales. Según el informe del Dr. x., una vez producido el ingreso *“se debió haber realizado la cesárea con mayor rapidez, una vez comprobado que el registro cardiotocográfico era patológico. Sin embargo, se mantuvo la monitorización fetal durante aproximadamente 50 minutos antes de realizar la cesárea”* (folio 334). Centra, pues, el perito de parte la actividad no ajustada a normopraxis en el hecho de que a pesar de que el monitor evidenció desde el principio sufrimiento fetal se demorase la decisión de practicar la cesárea. Frente a esta opinión la Inspección Médica mantiene que la valoración del monitor (cuyos resultados a lo largo de los 45 minutos de su duración se describen por el Dr. x., Jefe de Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Universitario Reina Sofía, en entrevista personal mantenida con la Inspección Médica transcrita en el folio 359) *“precisa tramo de trazado para confirmar los datos”*. Por su parte, los Dres. x, y, analizan en su dictamen (folio 276) los 45 minutos de registro cardiotográfico con el siguiente resultado: *“En principio hemos de señalar que la frecuencia cardíaca fetal de base es normal (135 l.p.m); en los primeros 10 minutos existen algunas deceleraciones variables de aspecto ni atípico; en los siguientes 20 minutos aparecen deceleraciones variables algo más profundas, (3-4), y se siguen durante los siguientes 10 minutos de otras menos evidentes; los últimos 10 minutos de registro no hay evidencia de patrón decelerativo, pero sí de una disminución de la variabilidad”*. La duración del

monitor no fue, tanto a juicio de la Inspección Médica como de los peritos de la aseguradora, excesiva, sino, al contrario, la que se exigía para determinar los datos que se iban produciendo que, como se describen, variaron a lo largo de la monitorización.

Finalmente, ante la afirmación categórica del Dr. x. sobre la etiología de la anoxia neonatal del menor, la Inspección médica asegura que *“no se cumplen los criterios admitidos para poder hablar de una causa intraparto como causante de la encefalopatía”*.

Con los datos expuestos cabe concluir que el seguimiento del embarazo de la x. fue adecuado al riesgo que presentaba, que la decisión de no practicar cesárea electiva fue correcta y legítima desde el punto de vista de la *lex artis* y que, finalmente, una vez producido el ingreso de la paciente las actuaciones médicas que culminaron con la realización de una cesárea también se ajustaron a *normopraxis*, de forma que las lamentables lesiones neurológicas que padece el hijo de los reclamantes no pueden considerarse consecuencia del funcionamiento del servicio sanitario público.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración

No obstante, V.E. resolverá.

## **DICTAMEN 33/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 25/02/08**

### **Extracto de Doctrina**

*El nexo causal surgirá cuando concurren alguna de estas dos situaciones (Dictamen núm. 77/2006 del Consejo Jurídico):*

*a) Una inactividad por omisión de la Administración titular de la explotación del servicio en el cumplimiento de los deberes de conservación y mantenimiento de los elementos de las carreteras a fin de mantenerlas útiles y libres de obstáculos en garantía de la seguridad del tráfico, tal como prescriben los artículos 15 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, y 20 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia.*

*b) Una ineficiencia administrativa en la restauración de las condiciones de seguridad alteradas mediante la eliminación de la fuente de riesgo o, en su caso, mediante la instalación y conservación en la carretera de las adecuadas señales viales circunstanciales de advertencia del peligro (artículo 57, Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo,*

por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial).

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** En fecha 26 de abril de 2004, se presenta en el Registro General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en San Javier reclamación por parte de x., por la que solicita a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes indemnización por los daños sufridos en el vehículo Ford Escort matrícula “\_\_”, como consecuencia del accidente de circulación que tuvo lugar el 18 de noviembre de 2003, en la carretera F-28 de Pozo Aledo en dirección a Dolores de Pacheco, siendo la causa del accidente, según el reclamante, la existencia de un badén no señalizado oculto por el agua de lluvia caída, con la consiguiente inmovilización del vehículo.

Acompaña denuncia por comparecencia ante la 5ª zona de la Guardia Civil, puesto de San Javier, presentada el 24 de noviembre (6 días después de producirse el accidente), y un informe del Jefe de Negociado de Patrimonio del Ayuntamiento de San Javier de 21 de abril de 2004, que acompaña un reportaje fotográfico donde se produjo el accidente indicado por el reclamante, con la finalidad de resolver problemas puntuales de avenidas de aguas en dicha carretera. Por último señala que el valor de los daños sufridos asciende a 2.613,83 euros, según la factura que se acompaña.

**SEGUNDO.-** El 4 de mayo de 2004 se solicita informe de la Dirección General de Carreteras, acompañando la reclamación y documentación adjunta a dicho centro directivo.

**TERCERO.-** Con fecha 5 de mayo de 2004 la instructora notifica al interesado la información exigida por el artículo 42.4, segundo párrafo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), acerca del plazo máximo para resolver y notificar, y el sentido del silencio administrativo, al mismo tiempo que le requiere para que subsane y mejore la solicitud presentada con la documentación indicada en el documento núm. 3 del expediente (folios 13 a 17).

**CUARTO.-** El 13 de mayo de 2004, en relación con el requerimiento efectuado por la instructora, x., padre del reclamante, en su condición de propietario del vehículo, presenta la documentación que obra en el expediente (folios 18 a 35), entre la que se encuentra el parte de trabajo de la empresa de grúas que retiró el vehículo el día 18 de noviembre de 2003. Acompaña también la documentación solicitada a su hijo x, que conducía el vehículo accidentado en el momento de producirse el accidente.

**QUINTO.-** Solicitado informe de la Dirección General de Carreteras, es evacuado el 3 de junio de 2004 en el siguiente sentido:

- “1) No existe constancia ni conocimiento en este Servicio de la realidad y certeza del evento lesivo. Tampoco existe aviso del CECOP ni Guardia Civil para señalar algún peligro ni el tramo de carreteras afectado por el charco, dado que mientras el vehículo estuviera inmovilizado obstaculizaría e incluso impediría el paso de otros vehículos.*
- 2) Los días 17 y 18 de noviembre de 2003 fueron de intensas lluvias por lo que tanto los pasos de agua a través de las carreteras o zonas inundables quedaron anegadas de agua.*

- 3) *No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.*
- 4) *El tramo de carretera no tiene iluminación ni una señalización específica para las circunstancias que produjeron el siniestro. La velocidad está limitada a 60 km./h.*
- 5) *Existen dos vías alternativas próximas para evitar el charco existente en la carretera F-28 a través de las carreteras F-27 o F-29.*
- 6) *Se adjunta foto del tramo de la carretera F-28 que quedó inundada por las aguas pluviales por lo que se puede comprobar que no existe ningún bache o depresión del firme en ese tramo ni se ha realizado actuación alguna para modificar o reparar la calzada.*

*El punto donde ocurrió el siniestro es un paso natural de aguas pluviales.*

*Por otra parte en las fotos que se adjuntan a la reclamación se observa el paso de vehículos a través del charco sin ningún problema sin que ello implique que sea necesario cortar la carretera al tráfico dado que la profundidad del mismo no lo requiere.*

*Por lo tanto parece una actuación inadecuada del reclamante dado que podría haber tomado una vía alternativa para evitar atravesar el charco y no quedarse inmovilizado en él”.*

**SEXTO.-** El 12 de julio de 2004 (registro de salida) se solicita del reclamante que acredite la representación, pues su progenitor x. es el propietario del vehículo, lo que efectúa mediante comparecencia *apud acta* el 21 de julio de 2004 (folio 48).

**SÉPTIMO.-** El 22 de septiembre de 2004 se solicita de la Comandancia de la Guardia Civil de Tráfico del Subsector de Murcia la remisión de la copia debidamente compulsada del Atestado, siendo remitida por el Alférez Jefe del Destacamento copia de la Diligencia Policial núm. 4.924/03, instruida por el Puesto de la Guardia Civil de Tráfico de San Javier el 24 de noviembre de 2004, en la que figura una diligencia de reconocimiento del itinerario (folio 56), observando “*como a un km. de distancia aproximadamente antes del mencionado cruce se encuentra un cambio de rasante bastante pronunciado sin que exista señal vertical que indique tal circunstancia*”.

Con posterioridad se recibiría nuevo escrito del Sargento Comandante del Puesto de San Javier, de 27 de octubre de 2004 (folio 67), en el que manifiesta que “*se desconoce la presencia de testigos que puedan ratificar lo sucedido, así como indicios de posible actuación inadecuada del perjudicado, al no existir en la calzada señales que así lo indiquen debido seguramente a que los hechos ocurrieron el día 18-11-03 y la denuncia formulada se presentó en estas dependencias seis después, el 24-11-03. No pudiendo realizar inspección ocular del vehículo en el mismo momento del accidente y haber sido retirado por una grúa y llevado a algún taller mecánico llevando ya seis días en fase de reparación*”.

**OCTAVO.-** También se solicita del Ayuntamiento de San Javier la remisión del expediente tramitado por dicha Corporación, que es reiterado el 14 de octubre y 15 de noviembre de 2004. El 5 de enero de 2005 se recibe oficio del Jefe de Sección de Asuntos Generales del citado Ayuntamiento que señala, sobre la fecha exacta de las fotografías del lugar del siniestro, que se acompañan al informe del Jefe de Negociado de Patrimonio de 21 de abril de 2004, que no figura tal dato en el expediente, si bien fueron tomadas unos días antes

presumiblemente el 19 o 20 de abril del mismo año, cuando aprovechando un episodio de lluvias en la localidad, fueron invitados por el reclamante a personarse en el lugar exacto del siniestro, y así lo hicimos junto a él, el Jefe de Negociado de Patrimonio y el que suscribe el oficio.

**NOVENO.-** El 4 de febrero de 2005 se solicita al Instituto Nacional de Meteorología informe acerca de las precipitaciones acaecidas el día 18 de noviembre de 2003, siendo evacuado el 15 de abril de 2005 (registro de salida), en el sentido de indicar que *“la máxima intensidad de precipitación registrada en la estación meteorológica de Murcia/San Javier, que es la única de las anteriores que mide dicha variable durante el día mencionado, fue de 33,6 litros por metro cuadrado y hora y se registró a las 6,10 horas TMG (hora oficial invierno = hora TMG + 1 hora).*

**DÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia al reclamante, presenta alegaciones el 11 de octubre de 2005 (registro de entrada), cuestionando el informe de la Dirección General de Carreteras; señala que dicho informe reconoce que en el lugar donde ocurrió el accidente es un paso natural de aguas pluviales, sin que se adoptaran las correspondientes medidas preventivas de señalización o de advertencia, produciéndose el accidente por el trazado de la calzada que oculta el charco. Manifiesta, a la fecha del escrito, que se han acometido obras en dicha vía para evitar que ocurra lo mismo, lo que evidencia la falta de medidas u obras con anterioridad. Propone como testifical la declaración del conductor de la grúa y de otros afectados por los mismos hechos.

**UNDÉCIMO.-** Con fecha 25 de mayo de 2006 se presenta un escrito del letrado x., indicando que actúa en representación del reclamante, como acredita con el poder de representación que acompaña, y que se le den traslado de las sucesivas actuaciones.

**DUODÉCIMO.-** Siete meses después, el 19 de diciembre de 2006 (notificado el 27 siguiente), la instructora comunica al reclamante que ha sido admitida la prueba testifical, y que en el plazo de 15 días le suministre los datos personales de los testigos propuestos, a lo que contesta el letrado actuante, por escrito del 28 de diciembre del mismo año, que como los hechos objeto de la reclamación se remontan al año 2003 y su cliente no puede localizar a los testigos, no puede perjudicarle la imposibilidad de practicar la prueba que en su día propuso, por la tardanza en la tramitación del expediente, ratificándose en la documentación ya presentada, así como interesa la continuación del procedimiento.

**DECIMOTERCERO.-** Con fecha 12 de enero de 2007 se solicita informe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, que lo emite el 26 de abril de 2007, manifestando que el valor venal del vehículo en la fecha del accidente era de 2.694 euros, que revisada la factura que se aporta no se deben incluir como conceptos a abonar por esta Administración, en el caso de que se debiera imputar la responsabilidad por el accidente, determinadas partidas porque no pudieron resultar afectadas por el siniestro apuntado por el reclamante; y que asimismo se deben descontar 7 horas de trabajo del total que aparecen en la factura, al mismo tiempo que realiza las siguientes observaciones:

*“Causalidad o no, el importe de la factura presentada es muy cercano al valor venal del vehículo. En el expediente aparece un informe del Jefe de Negociado de Patrimonio de San Javier, al que se une una foto de un tramo de carretera inundado, fechado el 21 de abril de 2004, cinco meses después de la fecha del siniestro. No vemos que se haya adjuntado foto del badén en el que presuntamente quedó atrapado el vehículo”.*

**DECIMOCUARTO.-** Otorgado un nuevo trámite de audiencia al reclamante, presenta alegaciones el 5 de junio de 2007 (registro de entrada), en el que señala que el informante del Parque de Maquinaria ignora que se trataba de una gran cantidad de agua que arrastraba barro, suciedad, maleza y sobre todo piedras, que ocasionaron daños en diversas piezas y que “*el agua al entrar en el motor y el pistón del motor al subir dobló la biela, rayó la cámara de combustión y se rompió la junta del carter y la correa de distribución la partió, y entró agua en los conductos de los frenos, y al lanzar el agua con piedras contra el coche se rompió las pastillas de frenos, golpeando el agua con piedras también el carter.* En cuanto a que hay que descontar 7 horas de trabajo total de la factura, considera que no procede dicha observación puesto que son las que recogen y han sido abonadas por su cliente al taller. Por último refiere que toda la documentación presentada corrobora la certeza de los hechos, por lo que las suspicacias del informe del Parque de Maquinaria no proceden, en tanto que existe documentación del Ayuntamiento de San Javier que certifica el lugar donde ocurrieron los hechos, denuncia ante la Guardia Civil, factura de la grúa, factura de reparación del vehículo, y demás documentación obrante en el expediente.

**DECIMOQUINTO.-** La propuesta de resolución, de 19 de octubre de 2007, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por cuanto:

*“En el informe de la Dirección General de Carreteras se manifiesta que en las fotos que se adjuntan a la reclamación se observa el paso de vehículos a través del charco sin ningún problema, sin que ello implique que sea necesario cortar la carretera al tráfico dado que la profundidad del mismo no lo requiere. Además se adjunta fotocopia del tramo de la vía y se observa claramente que no hay badén alguno. En la reclamación se hace referencia también a que se produjeron otros accidentes en esa vía por la misma causa pero no se prueba en modo alguno”.*

Además señala que no se ha probado nada, ni el daño producido por ese hecho, ni el momento en que se produjo el hecho, ni el hecho mismo.

**DECIMOSEXTO.-** Con fecha 9 de noviembre de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

Este Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación ha sido interpuesta por quien goza de legitimación activa para ello, en tanto que el reclamante (x.) sufre un perjuicio patrimonial (daños en su vehículo) como consecuencia del percance, lo que le confiere la condición de interesado (artículos 31.1 y 139.1 LPAC, y artículo 4.1 RRP), viniendo pues legitimado para reclamar la indemnización

de aquellos daños, habiéndose acreditado la representación de x. mediante comparencia *apud acta* (folio 48).

En cuanto a la legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través de la Consejería consultante, en virtud de su condición de titular de la vía (F-28), según reconoce el informe de la Dirección General de Carreteras, a cuyas defectuosas condiciones de conservación se imputa el daño.

La reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP.

Respecto a la instrucción seguida cabe destacar:

1) Debe dejarse constancia de la excesiva tardanza en tramitar y resolver la reclamación, pues se ha superado ampliamente la duración máxima que para el mismo fija el artículo 13 RRP en seis meses, al haber transcurrido más de 3 años desde que se inició el procedimiento. No obstante, ha seguido, en líneas generales, lo establecido en su normativa reguladora, sin que se observen carencias esenciales. Dicho lo anterior, sí cabe poner de manifiesto ciertas irregularidades que, sin producir indefensión y sin tener entidad suficiente como para anular las actuaciones, deben ser objeto de consideración por la Consejería proponente. Así, a lo largo del procedimiento, se ha variado de instructor, sin que conste en el expediente ni la inicial atribución de tal condición ni su posterior modificación y notificación al interesado, lo que podría ser contrario al derecho reconocido por el artículo 35, letra b) LPAC, que otorga al ciudadano el derecho a identificar a las autoridades y al personal al servicio de las Administraciones Públicas bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.

2) Debe suprimirse de la propuesta de resolución el Antecedente Undécimo, que no parece relacionarse con el presente supuesto, pues refiere unas actuaciones de la Guardia Civil de Mula.

3) En el presente supuesto nos encontramos con ciertos vacíos probatorios, en relación con el nexo causal entre la actividad de la Administración y el daño alegado, que obliga a este Consejo Jurídico a acudir al principio de la carga de la prueba, y a las normas sobre el reparto del *onus probandi*, para determinar hasta donde ha llegado la diligencia probatoria de cada una de las partes en función de sus disponibilidades, como indicamos en nuestra doctrina expresada en la Memoria correspondiente al año 1999 (folios 42 y 43).

**TERCERA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.**

I. El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. En similares términos se expresa el artículo 139 LPAC, configurando una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio indemnizada.

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, Sentencia de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible que se produzca el nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello,



en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación, no implica que dicha Administración se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, ya que, de lo contrario, el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

En suma, de acuerdo con lo establecido por los artículos 139 y 141 LPAC, son requisitos para que se reconozca la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, los siguientes:

- a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.
- c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.
- d) Que no exista fuerza mayor.

Acreditada la realidad de unos daños en el vehículo propiedad del reclamante (otro aspecto será su extensión y cuantificación), mediante la factura presentada, conviene centrarse en si concurren en el presente supuesto otros de los requisitos imprescindibles para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial: imputabilidad del daño al funcionamiento del servicio público de carreteras y la relación de causalidad entre ambos.

II. Presupuesto para su determinación es resolver si ha quedado acreditado en el procedimiento que el daño se produjo en el lugar y momento indicados, pues éste es el único argumento esgrimido por el órgano instructor para la desestimación de la reclamación, con fundamento en que corresponde al reclamante su probanza de acuerdo con el viejo aforismo *onus probandi incumbit actori*. En tal sentido se recoge en la propuesta de resolución “*que no se ha probado nada, ni el daño producido por ese hecho, ni el momento en que se produjo el hecho, ni el hecho mismo*”.

Sin embargo, disiente el Consejo Jurídico de estas afirmaciones anteriores contenidas en la propuesta de resolución, en tanto el reclamante sí ha probado determinados extremos:

1º) En cuanto al día en que se produjo, el 18 de abril de 2003, si bien es cierto que el Atestado fue instruido por comparecencia del interesado seis días después de ocurrir los hechos, por lo que éste no acredita ni el lugar ni el día en que ocurrieron; sin embargo no tiene en cuenta el órgano instructor que en el folio 18 del expediente figura un parte de la empresa x., fechado el 18 de noviembre de 2003, día del accidente, a nombre del propietario del vehículo, en el que se recoge que rescató el mismo en Dolores de Pacheco, coincidiendo con la descripción que realiza el reclamante de que conducía por la carretera de Pozo Aledo en dirección a Dolores de Pacheco.

Por tanto, sí puede afirmarse que existe constancia de que el reclamante tuvo un percance en el día y carretera indicada; en todo caso, si dichos datos suscitaban ciertas dudas al órgano instructor, podría haberlas verificado solicitando aclaración a la empresa que se encargó del traslado del vehículo averiado.

2º) También la descripción de la causa del rescate por la grúa nos sitúa en el lugar indicado por el reclamante, al recogerse como motivo de la avería “mojado”.

3º) Asimismo el informe del Instituto Nacional de Meteorología (centro meteorológico territorial en Murcia) confirma que el día en que ocurrió el hecho (el 18 de abril de 2003) estaba lloviendo con intensidades de cierta importancia (folio 89).

De los datos anteriores se infiere que sí existen datos en el expediente, que permiten sostener que la avería del vehículo se produjo en el lugar indicado por el reclamante, sin que la circunstancia de no poder localizar al conductor de la grúa para que declare como testigo, como propuso el interesado en el escrito presentado el 11 de octubre de 2005, pueda perjudicar a la parte proponente, si se tiene en cuenta que cuando se pretende por la instructora la práctica de dicha prueba (a finales de diciembre de 2006) han transcurrido tres años desde que se produjeron los hechos, y siempre podría haber actuado de oficio para que la empresa, encargada del traslado del vehículo, aclarara dicho extremo conforme a lo indicado con anterioridad.

III. Partiendo de los anteriores datos, cabe avanzar en la determinación de si concurre en el presente supuesto otro de los elementos determinantes para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración, la concurrencia del nexo causal, de manera que el funcionamiento del servicio público debe operar como causa eficiente del daño. El nexo causal surgirá cuando concurren alguna de estas dos situaciones (Dictamen núm. 77/2006 del Consejo Jurídico):

a) Una inactividad por omisión de la Administración titular de la explotación del servicio en el cumplimiento de los deberes de conservación y mantenimiento de los elementos de las carreteras a fin de mantenerlas útiles y libres de obstáculos en garantía de la seguridad del tráfico, tal como prescriben los artículos 15 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, y 20 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia.

b) Una ineficiencia administrativa en la restauración de las condiciones de seguridad alteradas mediante la eliminación de la fuente de riesgo o, en su caso, mediante la instalación y conservación en la carretera de las adecuadas señales viales circunstanciales de advertencia del peligro (artículo 57, Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial).

El reclamante atribuye a la Administración regional tanto una omisión en el cumplimiento de los deberes de conservación, como en la instalación y conservación en la carretera de las adecuadas señales viales de advertencia de peligro.

Para la determinación de si concurre la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, se va a acudir a los principios generales de la distribución de la carga de prueba, partiendo del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor. No obstante, la regla pueda alterarse, según el caso, en aplicación del principio de buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de facilidad, cuando hay datos de hecho que resulten de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra.

Aplicado al presente supuesto resulta:

1º) Que el informe del Servicio de Conservación de la Dirección General de Carreteras realizado el 3 de junio de 2004, reconoce que los días 17 y 18 de noviembre de 2003 fue-

ron de intensas lluvias, por lo que los pasos de agua a través de las carreteras o las zonas inundables quedaron anegadas de agua. Que el punto donde ocurrió el siniestro es un paso natural de aguas pluviales, como acreditan las fotografías tomadas por el Negociado de Patrimonio del Ayuntamiento de San Javier con motivo de otro episodio de lluvias en el mes de abril del año 2004 (folio 80).

2º) Que el tramo de carretera no tiene iluminación ni una señalización específica para las circunstancias que produjeron el siniestro, estando limitada la velocidad a 60 Km./h. Por lo tanto, a la hora en la que se produjo el accidente (a las 19 horas) en el mes de noviembre, no existía luz natural, ni se encontraba iluminado dicho tramo de carretera.

3º) Si bien el informe de la Dirección General de Carreteras sugiere que el interesado podría haber tomado dos vías alternativas próximas para evitar el charco existente en la carretera F-28, a través de la F-27 o F-29, sin embargo no manifiesta que hubiese una señal que advirtiera de dicha circunstancia.

4º) Respecto a lo afirmado por el reclamante de que se encontró con un badén oculto por el agua de lluvia caída, afirman los técnicos de la Dirección General, acompañando una fotografía a este respecto, que no existe ningún bache o depresión del firme. Sin embargo, los miembros de la Guardia Civil del Puesto de San Javier, que hicieron una diligencia de reconocimiento del itinerario de la carretera CV-28 F en el trayecto entre la población de Pozo Aledo y el cruce denominado de Agro Dolores, observan como a un km. de distancia aproximadamente antes del mencionado cruce, se encuentra un cambio de rasante bastante pronunciado, sin que exista señal vertical que indique tal circunstancia.

5º) Las fotografías tomadas por el Negociado de Patrimonio de San Javier (aunque refiere que el lugar donde ocurrió pertenece al municipio de Torre Pacheco), al que acudió el interesado denunciando la situación, reflejan el lugar anegado de agua por el paso de aguas pluviales, aunque fueron realizadas varios meses después, lo que no significa que no permitan corroborar la situación con la que se pudo encontrar el reclamante el día del accidente, sin que la circunstancia de que puedan visualizarse en las mismas dos vehículos que sí atraviesan el charco existente, permita inferir que también lo podía haber hecho el del reclamante, como sugiere el informe de la Dirección General de Carreteras, pues no se han aportado datos por la Administración que permitan verificar que la lluvia caía con la misma intensidad que en el día en que se produjo la avería.

6º) El informe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras (folio 119) no cuestiona que los daños reclamados puedan corresponder al modo de producirse el siniestro, salvo concretas partidas.

Todo lo anterior nos conduce a la verosimilitud del nexos causal y a reconocer que se trata de daños que el perjudicado no está obligado a soportar, conforme a lo establecido en el artículo 141.1 LPAC.

IV. Sin embargo también cabe apreciar una actuación inadecuada del conductor del vehículo, que está obligado a adaptar la velocidad a las características y estado de la vía, así como a las condiciones meteorológicas, de manera que pueda detener el vehículo ante cualquier obstáculo que se pueda presentar en la carretera (artículo 19.1 RD. Legislativo 339/1990, ya citado). En tal sentido si la carretera se encontraba anegada con una gran cantidad de agua en dicho tramo, según describe en el escrito de alegaciones para justificar los daños en el vehículo, podría haberse detenido evitando el riesgo.

La anterior consideración conduce a apreciar una concurrencia de culpas en la producción del daño, que ha de tener incidencia en la participación de la cuantía indemnizatoria.

**CUARTA.- Cuantía indemnizatoria.**

El reclamante solicita la cantidad de 2.613,83 euros, según factura que acompaña, expedida a nombre del reclamante, que coincide prácticamente con el valor venal del vehículo a la fecha del siniestro (2.694 euros), según el informe del Parque de Maquinaria.

La propuesta de resolución no entra a valorar la cuantía indemnizatoria, por lo que el Consejo Jurídico ha de ajustarse a lo probado en tal sentido por el reclamante, que no ha sido discutido por la Administración.

A este respecto, el informe de 26 de abril de 2007 del Jefe del Parque de Maquinaria cuestiona una serie de partidas y horas trabajadas, cuya argumentación ha sido rebatida en el escrito de alegaciones presentado por la parte reclamante el 5 de junio de 2007.

En consecuencia, previo a que se determine la cuantía indemnizatoria por el órgano instructor, habrá de trasladarse al Parque de Maquinaria las alegaciones del interesado sobre las partidas cuya exclusión se proponía por el informe del citado centro, al entender que no pudieron ser afectadas por el siniestro, al objeto de que pueda considerarse por el órgano competente su inclusión o no definitivamente en la cuantía indemnizatoria. Sobre las horas trabajadas, también debería motivarse por el Parque de Maquinaria por qué se propone reducir 7 horas del trabajo total. En todo caso, en ausencia de motivación, el órgano instructor habría de tener en cuenta que si han sido efectivamente abonadas por el afectado, la cuantía indemnizatoria debe responder a la reparación integral de los daños sufridos.

De acuerdo con la responsabilidad concurrente apreciada, la responsabilidad de la Administración se modera en el 50%.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

**CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución al apreciar la concurrencia de los requisitos para la estimación de la responsabilidad patrimonial.

**SEGUNDA.-** La cuantía indemnizatoria será el 50% de la cantidad que resulte de conformidad con lo indicado en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 34/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, administrador único de y, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.****Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)****Fecha: 25/02/08****Extracto de Doctrina**

*Con carácter general, la utilización de los vehículos a motor que se desarrolla en las vías públicas implica, ya de por sí, un riesgo, lo cual conlleva una más rigurosa exigencia a los usuarios del respeto de las normas que regulan esa actividad. En este sentido, el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, establece un catálogo de normas de conducta y de deberes exigibles a los conductores, dirigidas a procurar una mayor seguridad a los usuarios de las vías públicas. De entre ellas cabe destacar, en lo que aquí interesa, el deber de conducir con la diligencia y precaución necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno (art. 9.2).*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 2 de agosto de 2005, x., en nombre y representación de la mercantil --, S.L., presentó en el Registro de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, Ventanilla Única de Cartagena, un escrito en el que solicitó una indemnización de 619,64 euros como consecuencia de los daños sufridos el 4 de agosto de 2004 en uno de sus vehículos y en el remolque que transportaba, debido al mal estado de la carretera. A dicho escrito adjuntó facturas correspondientes a la reparación del vehículo VW Santana, matrícula “\_\_” y del remolque.

Señala el reclamante que los hechos ocurrieron cuando siendo las 20 horas del día antes indicado, el empleado de la mercantil, x., circulaba por la carretera de Balsicas-Roldán y a la altura del punto kilométrico 3, debido al gran desnivel existente en el límite de la calzada, “el remolque se orilló y cayó por la cuneta, arrastrando al vehículo, quedando ambos volcados fuera de la carretera, no pudiendo salir de la misma por sus medios, por lo que hubo que avisar al servicio de grúa”.

Además de las facturas aporta fotografías de la carretera en la que ocurrió el accidente y escrito firmado por varios vecinos de Balsicas solicitando la reparación de las carreteras que unen dicha localidad con Roldán y con Torre Pacheco. También acompaña fotocopia simple del informe emitido por el Sargento Jefe de la Policía Local de Torre Pacheco, que expresa lo siguiente:

*“Siendo las 20,00 horas, aproximadamente, del día 4 de agosto de 2.004, se recibe llamada solicitando los servicios de esta Policía en el kilómetro 3 de la carretera que une Balsicas y Roldan, ya que un vehículo había sufrido un accidente. Personados en el lugar se comprueba que se trata del turismo Volkswagen Santana, matrícula “\_\_”, al que iba enganchado un remolque de doble eje, propiedad de --, S.L. y conducido por x., con domicilio en “\_\_” de Balsicas-Torre Pacheco, encontrándose la parte derecha de ambos vehículos en la cuneta y el resto en la calzada, no pudiendo salir debido al gran desnivel*

*existente, por lo que se hubo de avisar una grúa para que lo sacara del lugar, quedando resuelto el problema.*

*Que esta Policía Local desconoce los motivos por los que se produjo la salida de la calzada y, en cuanto a los daños, a primera vista se apreciaron algunos de poca consideración en el enganche.”*

**SEGUNDO.-** El 15 de septiembre de 2005 la instructora remite la reclamación de referencia y la documentación adjunta a la Dirección General de Carreteras a efectos de la emisión del correspondiente informe técnico. Dicho informe fue emitido el 13 de octubre de 2005, del siguiente tenor:

*“La carretera a la que se refiere el reclamante es competencia de esta Dirección General.*

- A. No se ha tenido conocimiento del evento lesivo hasta que se ha producido la reclamación patrimonial.*
- B. Dado que el vuelco se produce al salirse el remolque de la calzada, se podría decir que es una actuación inadecuada del perjudicado, dado que entiende como “desnivel existente en el borde de la calzada” lo que realmente es la cuneta de la carretera.*
- C. No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.*
- D. No se puede imputar a esta Administración o a otras administraciones, contratistas u otros agentes la responsabilidad del siniestro.*
- E. El tramo de carretera, con buena visibilidad, donde ocurrió el siniestro no estaba iluminado y la señalización existente era la siguiente:*

*Sentido Balsicas:*

- Limitación de velocidad a 60 Km/h a una distancia del lugar del siniestro de 600 m.*
- Señal de “peligro escalón lateral” a 550 m del lugar del siniestro.*

*Sentido Roldán:*

- Limitación de velocidad a 60 Km/h a una distancia del lugar del siniestro de 1.100 m.*
- Señal de “peligro escalón lateral” a 550 m del lugar del siniestro.*

- F. No se pueden valorar los daños causados.*
- G. No existen aspectos técnicos para determinar la producción del daño.*
- H. Teniendo en cuenta que el firme estaba en buen estado y en un tramo de carretera con buena visibilidad, que la velocidad estaba limitada a 60 km/h y el escalón lateral señalizado, para producirse el accidente es necesario salirse de la calzada de forma que las ruedas del remolque apoyen en la cuneta de la carretera y por lo tanto se puede determinar que es una actuación inadecuada del perjudicado”.*

**TERCERO.-** Con fecha de 19 de septiembre de 2005 el órgano instructor notificó al reclamante un oficio relativo al plazo máximo establecido en el artículo 13.3 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, (RRP) para la resolución y notificación del procedimiento y el efecto que pudiera producir el silencio administrativo, el de denegación de la solicitud planteada, todo ello en cumplimiento del artículo 42 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Además, se le requería, al amparo de su artículo 71 en relación con el artículo 6 del citado Real Decreto, que subsanase su solicitud, aportando en el plazo de diez días documento que acredite la representación con la que dice actuar el x. de la mercantil --, S.L. y copia debidamente compulsada de diversos documentos relacionados con el vehículo y remolque siniestrados; se le comunicaba que el procedimiento quedaba en suspenso por haber sido solicitado informe preceptivo y determinante del contenido de la resolución a la Dirección General de Carreteras, no pudiendo exceder la suspensión de tres meses (artículo 42.5, c) LPAC), y, finalmente, se le indica que podrá acompañar cuantas alegaciones, documentos e informes estime oportunos, así como proponer la práctica de los medios de prueba de los que pretenda valerse.

**CUARTO.-** El 17 de octubre de 2005, el reclamante presenta la siguiente documentación: escritura notarial de elevación a público de cese y nombramiento de cargos, por la que se nombra nuevo administrador único de la sociedad a x.; DNI de este último; identificación fiscal de la empresa --, S.L.; certificado del número de código cuenta cliente; permiso de circulación y tarjeta de inspección técnica del vehículo; declaración jurada de no haber percibido indemnización alguna, así como de no haber planteado otras reclamaciones civiles, penales o administrativas por los mismos hechos; copia de factura correspondiente al servicio de grúa realizado el día del accidente; póliza de seguro y recibo de pago de la prima correspondiente al período 12 de julio de 2004 al 12 de enero de 2005; permiso de circulación de x.

En este mismo escrito x. propone práctica de prueba testifical consistente en declaración de x., conductor del vehículo accidentado.

**QUINTO.-** El 25 de abril de 2006 la instructora remite copia de la reclamación al Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras a efectos de la emisión de informe sobre el valor venal del vehículo en la fecha del accidente, valoración de los daños atendiendo al modo de producirse el siniestro, ajuste a la realidad de los daños reclamados en relación con la reparación del vehículo que figura en la factura presentada por el reclamante, así como sobre cualquier otra cuestión que se estimase de interés. Dicho informe fue emitido el 30 de octubre de 2006, del que se destaca lo siguiente:

- El valor venal del vehículo en la fecha del siniestro, asciende a 721 euros.
- Los daños ocasionados en el vehículo y en el remolque, que se detallan en la fotocopia de las facturas presentadas, pueden perfectamente corresponder con la realidad.
- De igual modo, el coste de las reparaciones se considera correcto.
- Con base en la descripción de los hechos que hace el reclamante no puede hacerse responsable a la Administración de lo acaecido, que sólo sería imputable al conductor que debería de haber cuidado la conducción de modo que la salida de la calzada no se hubiera producido.

— Finalmente, también indica que cabe la posibilidad de que el peso real de la carga del remolque o la altura de ésta no fueran idóneos para que el conjunto tractor-remolque circulara en condiciones de seguridad.

**SEXTO.-** Con fecha 19 de septiembre de 2005, la instructora del procedimiento requiere a la Policía Local de Torre Pacheco la remisión del informe, atestado o cualquier otra diligencia instruida por la fuerza actuante en relación con el accidente de referencia. Dicho informe es remitido el 30 de septiembre de 2005, y su contenido es coincidente con el que el interesado adjuntó a la reclamación, salvo el último párrafo que en este nuevo informe aparece redactado del siguiente modo:

*“Que esta Policía Local desconoce los motivos por los que se produjo la salida de la calzada, si bien es cierto que existía el citado desnivel y, en cuanto a los daños, a primera vista se apreciaron algunos de poca consideración en el enganche”.*

**SÉPTIMO.-** El día 1 de marzo de 2007 se lleva a cabo la práctica de la prueba testifical propuesta por el reclamante, con el resultado que aparece recogido en el expediente (folios 102 y 103), del que, a los efectos que nos ocupa, conviene destacar lo siguiente:

- A la pregunta relativa a la forma de producirse el accidente, el testigo responde que *“creo que fue la estrechez de la vía. Era de noche. No había señal que lo reflejara. No había señal de terminación de la vía”.*
- A la pregunta sobre si conoce la vía en la que ocurrió el accidente, el testigo afirma *“la conozco perfectamente. La transito mucho”:*
- A la pregunta sobre qué acontecimiento extraordinario pudo determinar que, a pesar de conocer la carretera por la que circulaba y, por lo tanto, sus características, se produjera el siniestro, el testigo responde del siguiente modo: *“Yo no me esperaba eso. Puede ser que yo me orillara un poco más que otras veces. No estoy seguro. No venía nadie de frente”.*

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia, el reclamante formula alegaciones manifestando que de las pruebas practicadas ha quedado acreditado el mal estado de la carretera, siendo ésta la causa del siniestro y concurriendo, por tanto, los requisitos para que se le indemnice por los daños sufridos.

**NOVENO.-** El 3 de enero de 2008 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por no considerar acreditada la existencia de relación de causalidad entre los daños por los que se reclama y el funcionamiento de los servicios públicos regionales, añadiendo que la mercantil --, S.L., tiene el deber jurídico de soportar dichos daños porque la única causa del siniestro fue la inadecuada conducción de su empleado.

**DÉCIMO.-** El 14 de enero de 2008 tiene entrada en este Consejo Jurídico un oficio del Secretario General de la Consejería citada en el que, por delegación del Consejero, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes



## CONSIDERACIONES

### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

### **SEGUNDA.-** Procedimiento, legitimación, plazo de interposición y competencia para resolver el procedimiento.

I. A la vista de las actuaciones que constan en el expediente remitido, puede afirmarse que se ha cumplido sustancialmente lo exigido por la LPAC y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, de Reglamento del Procedimiento de la Administración sobre Responsabilidad Patrimonial para la tramitación de esta clase de reclamaciones (RRP).

II. La reclamación que nos ocupa ha sido interpuesta por persona legitimada, al tener el adecuado interés legítimo en la cuestión planteada.

III. La pretensión indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo de un año al que se refiere el artículo 142.5 LPAC.

IV. El órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.2,o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (LRJMU).

### **TERCERA.-** Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama: inexistencia.

Conforme se desprende de lo establecido en los artículos 139 y 141 LPAC, la Administración Pública ha de responder por los daños efectivos que, causados por el funcionamiento de sus servicios públicos, los particulares no tengan el deber jurídico de soportar.

Ante todo, habría que afirmar que, a la vista de las actuaciones remitidas, resulta evidente que el daño objeto de reclamación reviste los caracteres de efectividad, individualización, antijuridicidad y evaluabilidad económica, exigidos por el artículo 139.2 LPAC. Concurriendo los requisitos anteriores, procede ahora examinar si existe la necesaria relación causal entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y el daño alegado. Al respecto, hay que recordar que la carga de la prueba corresponde a quien reclama, de conformidad con los artículos 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6 RRP.

Para determinar si, en el caso que nos ocupa, existe esa relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y del daño producido, de forma que éste sea consecuencia directa e inmediata de dicho funcionamiento, sin que la intervención de un tercero, o del propio perjudicado, pueda alterar el citado nexo causal, es preciso comprobar, de un lado, cuáles eran las condiciones de la vía en la que ocurrió el siniestro y, de otro, la conducta del conductor del vehículo, a efectos de determinar si ésta se ajustó o no a las normas de seguridad vial y circunstancias requeridas por la circulación.

La tesis del reclamante es que el accidente aparece ligado al mal funcionamiento del servicio público de carreteras, debido al “desnivel existente en el límite de la calzada”. Pues bien, el desnivel (cuya existencia ha de entenderse acreditada por las pruebas practicadas)

se encontraría, tal como afirman la Policía Local y el Ingeniero Técnico de la Dirección General de Carreteras, en la cuneta, zona de terreno que no puede entenderse incluida dentro de la plataforma, que es, según el Anexo del Reglamento General de Carreteras, aprobado por Real Decreto 1812/1994, de 2 de septiembre, la zona de carretera destinada al uso de los vehículos, formada por la calzada, los arcenes y las bermas afirmadas. El desnivel se encuentra, pues, en una zona no apta para el uso de los vehículos; además, del informe técnico antes mencionado, resulta probado que la existencia del desnivel se hallaba debidamente advertida mediante una señal de “peligro escalón lateral”, amén de otra que limitaba la velocidad a 60 Km/h.

Por otro lado, en la declaración prestada ante la instructora (folio 102 y siguientes) el conductor del vehículo accidentado manifestó que conocía perfectamente la carretera y, por tanto, sus circunstancias, por transitarla muy a menudo; reconociendo que no venía nadie en dirección contraria y que la causa de que se saliese de la calzada pudo ser que “yo me orillara más que otras veces”.

A la vista de los datos expuestos, la conclusión que se alcanza es que el funcionamiento del servicio público no ha intervenido de forma decisiva en la causación del evento dañoso. En efecto, la causa directa del accidente es la conducta del propio accidentado, ya que, por razones desconocidas, se sale de la calzada; sin que pueda descartarse que, tal como indica el Jefe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, el peso o la altura de la carga no fueran los idóneos y que ello haya coadyuvado a que el conductor, conocedor de la existencia del desnivel, perdiera el control del vehículo cuando no concurría ninguna otra causa que lo justificara (consta que había buena visibilidad, firme en buen estado y ausencia de tráfico en sentido contrario).

A este respecto, ha de recordarse que, con carácter general, la utilización de los vehículos a motor que se desarrolla en las vías públicas implica, ya de por sí, un riesgo, lo cual conlleva una más rigurosa exigencia a los usuarios del respeto de las normas que regulan esa actividad. En este sentido, el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, establece un catálogo de normas de conducta y de deberes exigibles a los conductores, dirigidas a procurar una mayor seguridad a los usuarios de las vías públicas. De entre ellas cabe destacar, en lo que aquí interesa, el deber de conducir con la diligencia y precaución necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno (art. 9.2); el de estar en todo momento en condiciones de controlar los vehículos (art. 11.1); el de respetar los límites de velocidad establecidos y el de tener en cuenta, además, las características y el estado de la vía, las condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación y en general, cuantas circunstancias concurren en cada momento, a fin de adecuar la velocidad del vehículo a las mismas, de manera que siempre pueda detenerlo dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse (art. 19.1).

De esta forma, aún cuando pudiera sostenerse, a efectos puramente dialécticos, que el funcionamiento del servicio público hubiese podido colaborar en la gravedad del daño producido, lo cierto es que fue la conducta de la víctima la que llevó a la producción del daño por el que ahora se reclama. En efecto, si el conductor del vehículo hubiera atemperado su velocidad y su conducción a las características de la carretera y a las circunstancias de la vía (que conocía y que estaban perfectamente señalizadas), el accidente no se habría producido. Cabe traer a colación aquí la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1998 (Sala de lo Contencioso Administrativo), conforme a la cual, “*el concepto de relación*

*causal a los efectos de poder apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se resiste a ser definido apriorísticamente, con carácter general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado lesivo de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros...”. Pues bien, continúa la mencionada sentencia, “si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una conditio sine qua non, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición por sí sola no basta para definir la causalidad adecuada sino que es necesario, además, que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado, tomando en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo y sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño, quedando así excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios”.*

Corolario de lo anterior es que no existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama, pues sólo cuando el elemento causante directo del daño está íntimamente vinculado al servicio público es posible fundar la responsabilidad administrativa, ya que de otro modo se estaría estableciendo o reconociendo una obligación universal de indemnizar por parte de la Administración Pública en todos los supuestos en que exista una conexión o relación, aun cuando fuera remota, de intervención administrativa.

Negada la concurrencia de nexo causal entre la actuación administrativa y los daños alegados, no es necesario efectuar un pronunciamiento sobre la valoración económica de éstos.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir los requisitos que determinan su existencia.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 35/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 29/02/08**

**Extracto de Doctrina**

*Una pérdida de posibilidades es un título de imputación para reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración, que nos conduce a la conocida doctrina jurisprudencial de pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, puesta de manifiesto, entre otros, por nuestro Dictamen 71/2006, que afecta esencialmente a los supuestos de error de diagnóstico o diagnóstico tardío, y a los de tratamiento o asistencia tardía.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 24 de noviembre de 2004, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por el fallecimiento de su esposo x., conforme al siguiente relato:

X. acudió al Hospital Fundación de Cieza a mediados de enero de 2004, aquejado de dolor abdominal. Es tratado con analgésicos y se le envía a su domicilio.

El 18 de febrero siguiente acudió a Urgencias del Hospital Fundación de Cieza aquejado de dolor abdominal; tras ser valorado por cirugía, se remite al Hospital Morales Meseguer para practicarle una ecografía abdominal urgente.

Ésta demuestra neumoperitoneo, abundante ascitis intraperitoneal y líquido retroperitoneal. Además se observa pseudomas en la región peripancreática.

Ante la urgencia y gravedad de la intervención, en lugar de operarlo en el Hospital Morales Meseguer donde se encontraba, se remitió en ambulancia al Hospital Fundación de Cieza, a sabiendas de que no disponía de UCI.

En este Hospital se le interviene de urgencia mediante laparotomía media, que muestra una peritonitis con unos dos litros de pus maloliente no fecaloideo secundaria a perforación isquémica de borde antimesentérico del ángulo hepático del colon. Se realiza hemicolectomía derecha ampliada y anastomosis íleo cólica.

Relata la reclamante que, a pesar de la gravedad de la operación y de la crítica situación en la que se encontraba el paciente, el Hospital Fundación de Cieza lo remite en ambulancia nuevamente al Hospital Morales Meseguer donde ingresa en la UCI, siendo *exitus* a las 8 horas de ingreso en dicha Unidad.

Por todo lo expuesto, la reclamante entiende que existe una relación causa efecto entre la actuación del Hospital Morales Meseguer y el fallecimiento del x, pues la no intervención en su centro de zona (Hospital Morales Meseguer), y su remisión a otro hospital que no reunía las condiciones de asistencia, fueron causa del desenlace mortal.

En consecuencia, sostiene la interesada que concurren los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial, dado que el paciente, pese a estar en el Hospital de zona que

era el Morales Meseguer (reside en Abarán) y poder realizarse allí la operación (que era grave y urgente), fue remitido al Hospital Fundación de Cieza, sabiendo que dicho centro no contaba con los medios para los cuidados intensivos de una operación como la que necesitaba su marido.

Finalmente solicita la cantidad de 105.324,33 euros en concepto de indemnización, incluyendo las partidas correspondientes a sus cinco hijos, utilizando de modo orientativo las cantidades establecidas en el baremo de accidentes de tráfico.

**SEGUNDO.-** El 17 de diciembre de 2004, la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta resolución de admisión a trámite, la cual fue notificada a las partes interesadas, entre ellas a la aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

Al mismo tiempo se solicita copia de la historia clínica e informes del paciente a los Hospitales Morales Meseguer y Fundación de Cieza.

**TERCERO.-** El 17 de enero de 2005 se remite la historia clínica desde la Fundación Hospital de Cieza, a la vez que un informe del Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo (folio 59), según el cual:

*“Paciente de 79 años con AP de Diabetes Mellitas tipo II y arteriopatía periférica obstructiva que consultó en Urgencias el día 18 de Febrero de 2004 por cuadro de mal estado general, dolor abdominal y náuseas.*

*A su llegada a Urgencias se encuentra sudoroso, hipotenso, taquicárdico y con dolorimiento abdominal difuso sin focalización, con defensa muscular voluntaria y sin claros signos de irritación peritoneal. Peristaltismo disminuido pero presente. Ampolla rectal vacía y SNG de contenido claro. Pulsos femorales presentes y simétricos.*

*El ECG muestra bloqueo completo de rama derecha sin signos de isquemia aguda y la analítica sanguínea sólo muestra hiperglucemia de 172 y creatinina de 1.30, sin leucocitosis ni neutrofilia y con troponinas negativas.*

*La radiología de tórax y abdomen no evidencia signos de neumoperitoneo, tras la insuflación de aire a través de SNG, por lo que se remite al enfermo al Hospital Morales Meseguer para la realización de ecografía abdominal urgente.*

*El enfermo es recibido de nuevo en PU con ECO-TC, que informa de líquido libre en cavidad abdominal y neumoperitoneo, por lo que se procede a cirugía urgente.*

*Bajo anestesia general se realiza laparotomía media supraumbilical hallándose peritonitis aguda difusa con gran cantidad de pus maloliente no fecaloideo y perforación encubierta en borde antimesentérico de ángulo hepático de colon, realizándose hemicolectomía derecha ampliada y anastomosis ileo-cólica latero-lateral mecánica, lavado de cavidad con abundantes SF y drenaje en parietocólico derecho. Durante la intervención el paciente permanece hipotenso con gran inestabilidad hemodinámica por lo que no se puede realizar la extubación y se decide traslado al Servicio de UCI del Hospital Morales Meseguer”.*

**CUARTO.-** El 22 de abril de 2005, el Hospital Morales Meseguer remite copia de la historia clínica e informe del Director Gerente (folio 62) que señala:

*“El paciente, x., ingresado a cargo del Hospital Fundación de Cieza, fue remitido a nuestro Centro con fecha 19/2/04, tras contactar el facultativo responsable de su proceso*

*con el radiólogo de guardia del Hospital Morales Meseguer, para la realización de un estudio radiológico que, en dicho momento, no podía ser efectuado en el Centro de origen.*

*Tal estudio se realiza el mismo día 19/2/04, con el resultado que figura en el informe radiológico.*

*El paciente se remite de nuevo a la Fundación Hospital de Cieza para la decisión respecto a la actitud a tomar fuese realizada por su médico responsable, reevaluando la situación y evolución clínica con los datos aportados por la exploración.*

*En la documentación clínica obrante en nuestro Centro, consta que el paciente fue intervenido en la Fundación Hospital de Cieza. Una vez en la Unidad de Reanimación, y tras comprobar durante el postoperatorio inmediato inestabilidad hemodinámica, pese al tratamiento aplicado e imposibilidad para la extubación, fue remitido de nuevo al Hospital Morales Meseguer; se contactó directamente con la Unidad de Vigilancia Intensiva de nuestro Centro, decidiéndose el traslado e ingreso del paciente.*

*El informe de dicha Unidad refiere mala evolución posterior con desarrollo de fracaso multiorgánico y shock refractario a terapia intensiva, siendo éxitus el 19-2-04.”*

**QUINTO.-** Consta en el expediente que la parte reclamante ha interpuesto recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación, habiendo solicitado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia copia del expediente administrativo para su incorporación al Procedimiento Ordinario 492/05, así como el emplazamiento de las partes (folio 120).

**SEXTO.-** Recabado el informe de la Inspección Médica, es evacuado el 25 de agosto de 2006 (folios 187 a 197) en el siguiente sentido:

*“El x. presentaba una clínica compatible con un diagnóstico de abdomen agudo por perforación intestinal por el dolorimiento abdominal difuso sin focalización y con defensa muscular sin claros signos de irritación peritoneal acompañado de mal estado general hipotensión (90/50), sudoración, taquicardia, teniendo en cuenta su edad y antecedentes de arteriopatía obstructiva y Diabetes Mellitas Insulina Dependiente, como así se estableció en el Juicio diagnóstico del informe con el que se solicitó la ecografía abdominal (pág. 34).*

*Según la literatura consultada ante la duda de una posible patología del sujeto una laparotomía exploradora esta justificada. Hay controversia sobre la rentabilidad diagnóstica de la ecografía abdominal en un examen de urgencias. Un retraso excesivo produce un aumento de tiempo de hemorragia, obstrucción o infección, mientras que una intervención quirúrgica sin demasiada demora puede disminuir la mortalidad operatoria.*

*En este caso se solicitó la Ecografía de urgencia al Hospital Morales Meseguer situado a unos 44 km., los profesionales del Hospital de Cieza actuaron de conformidad con lo previsto para dichas pruebas y en los protocolos establecidos de derivación de paciente al hospital de referencia, Morales Meseguer, para la realización de pruebas de radiodiagnóstico.*

*Según el protocolo de actuación establecido por los dos hospitales desde el 2001, el Hospital Morales Meseguer será responsable del control del paciente durante su permanencia en ese Hospital, decidiendo su reenvío al Hospital de Cieza una vez realizada la prueba diagnóstica salvo causas que lo desaconsejen, tales como la urgencia inminente, necesidad de tratamiento quirúrgico o de traslado al Hospital Virgen de la Arrixaca.*

*En el HMM se le realizó un TAC que informa de Neumoperitoneo, constando diagnóstico de presunción de las posibles causas para explicar el Neumoperitoneo. La causa de un Neumoperitoneo suele ser la perforación de una víscera hueca en un 85-95% de ellas, lo que conduciría a una laparotomía de urgencia pero en el 5-15% restante la causa no se podrá atribuir a esta etiología, constituyendo lo que se ha denominado Neumoperitoneo no quirúrgico.*

*Podemos concluir que, ante la presencia de un Neumoperitoneo, la actitud debe ser la sospecha de la perforación de una víscera hueca y, por tanto, la práctica de una laparotomía urgente.*

*El pronóstico de la cirugía por una perforación intestinal depende del proceso mórbido específico y del tiempo que transcurre desde el momento de presentarse la perforación. Es posible que el desenlace por el propio proceso del paciente hubiera sido el mismo, pero considero que no estaba justificado el reenvío al H. de Cieza.*

#### PROPUESTA

*Por todo lo expuesto anteriormente, y salvo mejor criterio, se propone NEGOCIAR la presente reclamación indemnizatoria”.*

Al citado informe la Inspección Médica acompaña los protocolos de derivación de pacientes del Hospital de Cieza al Hospital Morales Meseguer (folios 198 a 206).

**SÉPTIMO.-** El 28 de mayo de 2007, tiene entrada en la Administración regional el Auto de 23 de mayo de 2007, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, por el que se tiene por desistido a la reclamante y otros de la prosecución del recurso respecto a la entidad codemandada Fundación Hospital de Cieza (folios 212 y 213).

**OCTAVO.-** El 24 de septiembre de 2007, la compañía aseguradora del ente público comunica al Servicio Murciano de Salud que ha fracasado la negociación con la reclamante para alcanzar un acuerdo amistoso (folio 214).

**NOVENO.-** Solicitado informe valorativo de los hechos a la correduría de seguros, remite un dictamen pericial (folios 220 y ss.) que concluye:

*“(…) El desarrollo de shock séptico y de isquemia colónica como enfermedad subyacente son factores que influyen en la supervivencia. A pesar del desarrollo de la técnica quirúrgica, de la terapia antibiótica y de la terapia intensiva postoperatoria, la peritonitis secundaria grave por perforación colónica sigue siendo potencialmente mortal. La diverticulitis es la causa más frecuente de perforación de colon. Sin embargo, hay otras causas de peritonitis de origen colónico. En caso de perforación libre y de instauración de una peritonitis generalizada es difícil diferenciar preoperatoriamente la diverticulitis de otras causas.*

*El manejo quirúrgico más apropiado de la perforación de colon ha sido siempre controvertido y hoy sigue evolucionando. Las diferencias entre pacientes debidas a la patología médica concomitante, al estado general, al grado de peritonitis y las causas de la perforación condicionan tanto las decisiones quirúrgicas como los resultados obtenidos. En la población de mayor edad la isquemia colónica es un problema frecuente. En muchos casos se trata de episodios leves y autolimitados, pero algunos pacientes pueden sufrir formas graves de isquemia, tales como gangrena y perforación. Pueden cursar con shock,*

*con una tasa de mortalidad superior al 50%. La causa más frecuente de isquemia colónica es la trombosis de la arteria mesentérica inferior; pero hay casos en los que la causa de la isquemia no puede concretarse.*

**CONCLUSIONES:**

*El x. presentaba una clínica compatible con un diagnóstico de abdomen agudo por Perforación intestinal por el dolorimiento abdominal difuso sin focalización y con defensa muscular sin claros signos de irritación peritoneal acompañado de mal estado general hipotensión (90/50), sudoración, taquicardia, teniendo en cuenta su edad y antecedentes de arteriopatía obstructiva y Diabetes Mellitas insulina Dependiente, como así se estableció en el juicio diagnóstico del informe con el que se solicitó la ecografía abdominal.*

*Según la literatura consultada podemos concluir que, ante la presencia de un neumoperitoneo, la actitud debe ser la sospecha de la perforación de una víscera hueca y, por tanto, la práctica de una laparotomía urgente.*

*Por tanto, hay que concluir en que existe responsabilidad ya que no debería haberse remitido al paciente al H. de Cieza una vez comprobada la existencia de neumoperitoneo.*

*En cuanto a la valoración económica dada la edad (79 años) y los antecedentes (Diabetes insulina dependiente y arteriopatía obstructiva crónica), es decir, que concurren dos factores de riesgo sobreañadido y que la perforación colónica de origen no diverticular se asocia a una alta morbilidad y mortalidad y el desarrollo de shock séptico y de isquemia colónica como enfermedad subyacente son factores que influyen negativamente en la supervivencia. Hay que considerar que hay que aplicar la doctrina de pérdida de oportunidad ya que el riesgo de fallecimiento incluso con la práctica de cirugía de forma precoz, según la literatura, es de un 95%".*

**DÉCIMO.-** El precitado informe valorativo fue remitido a los interesados a efectos de que formularan alegaciones. La parte reclamante presenta escrito en el que se ratifica en lo ya alegado anteriormente, y en la cantidad solicitada (folio 228).

**UNDÉCIMO.-** La propuesta de resolución, de 11 de diciembre de 2007, estima en parte la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por x. por el fallecimiento de su esposo, valorando el *quantum* indemnizatorio en 5.266,21 euros, por la pérdida de oportunidades debida a la demora en la asistencia.

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 8 de enero de 2008, se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

**CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.



El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, según preceptúa el artículo 12.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

La reclamante, por su condición de esposa del fallecido que acredita con la certificación de inscripción de matrimonio (folio 130), ostenta legitimación para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Respecto a los cinco hijos del finado, todos ellos mayores de edad (folios 131 y ss.), la interesada no señaló expresamente en el escrito de reclamación que ejercitaba también la acción en su representación, si bien solicita indemnización respecto a los mismos, sin que el órgano instructor le requiriera inicialmente para que acreditara tal extremo, como exige el artículo 32.3 LPAC. No obstante, con posterioridad se aportó escritura de poder general de los cinco hijos a favor de la reclamante (folio 152 y ss.), presentando ya de forma conjunta el escrito de alegaciones (folio 228), por lo que cabe entender subsanada dicha falta inicial, corroborado por la interposición del recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta por parte de todos ellos (folio 177).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, como titular del servicio público a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el daño alegado.

En cuanto al plazo, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que se ha ejercitado la acción dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

Por último, el procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ha excedido en mucho el de seis meses fijado por el artículo 13 RRP, si bien ha de destacarse que se han respetado las garantías de contradicción, habiéndose otorgado dos trámites de audiencia a los reclamantes.

**TERCERA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y ss. LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano puede esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de poner todos los medios posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de medios. La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada "*lex artis ad hoc*" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica, y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la "*lex artis*" como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002 ).

En el presente caso, los informes de la Inspección Médica y del perito de la correduría de seguros coinciden en que no se actuó de forma correcta por el Hospital Morales Meseguer, por cuanto, tras realizarle al paciente una ecografía de urgencias por derivación del Hospital de Cieza, que informa de la presencia de un neumoperitoneo, la actitud debe ser la sospecha de una perforación de una víscera hueca (es la causa en un 85-95%) y, por tanto, la práctica de una laparotomía urgente. Sin embargo, el paciente fue remitido de nuevo en ambulancia al Hospital de procedencia, siguiendo con el circuito general de derivación de pacientes procedentes del Hospital de Cieza, con la finalidad de que fuera valorada dicha prueba por los médicos que la habían prescrito, cuando de acuerdo con los protocolos suscritos por ambos Hospitales (folios 199 y ss.), una vez realizada la prueba diagnóstica, las excepciones para el reenvío del paciente a su hospital de procedencia se producen cuando existen causas que lo desaconsejen, tales como urgencia inminente o necesidad de tratamiento quirúrgico, que concurrieron en el presente caso, puesto que nada más regresar el paciente al Hospital de Cieza se le intervino con carácter urgente (a las 5 de la mañana), produciéndose en el postoperatorio inestabilidad hemodinámica y oliguria, sin que respondiera a los tratamientos, ante lo cual, tras consultar con el Hospital Morales Meseguer, se decide el ingreso en la Unidad de Cuidados Intensivos de dicho Hospital.

Por tanto, de acuerdo con lo expuesto, no debería haberse remitido al paciente al Hospital de Cieza, una vez comprobada la existencia de un neumoperitoneo.

Ciertamente todas estas actuaciones se produjeron en un corto periodo de tiempo, puesto que el primer traslado del paciente al Hospital Morales Meseguer para la realización de un estudio radiológico urgente, se produjo a la 1 de la madrugada del día 19 de febrero de 2004, consignando en la hoja de transporte sanitario como hora de regreso al Hospital de

Cieza las 3 horas de la misma madrugada, siendo intervenido a las 5 de la mañana, e ingresa finalmente en la UCI del Hospital del Morales Meseguer a las 11,30 horas del mismo día.

Por otra parte también conviene tener en cuenta que no se ha cuestionado por los reclamantes que la intervención quirúrgica en la Fundación Hospital de Cieza no fuera acorde con la *lex artis*, sin perjuicio de la evolución desfavorable ulterior, como prueba que los interesados hayan desistido del recurso contencioso administrativo interpuesto contra este centro sanitario.

Sin embargo, como sostiene la propuesta de resolución, la actuación del Hospital Morales Meseguer generó una pérdida de posibilidades u oportunidades terapéuticas, concurriendo, por tanto, un título de imputación para reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, que nos conduce a la conocida doctrina jurisprudencial de pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria, puesta de manifiesto, entre otros, por nuestro Dictamen 71/2006, que afecta esencialmente a los supuestos de error de diagnóstico o diagnóstico tardío, y a los de tratamiento o asistencia tardía.

La consecuencia de la aplicación de esta doctrina es que se indemniza no el daño final, sino el porcentaje de oportunidades de obtener una curación en tiempo oportuno, como recoge la STS, Sala 3ª, de 4 de julio de 2007, y que, conforme a los datos obrantes en el expediente, sólo podía obtenerse en función de porcentajes muy bajos atribuibles a esa posibilidad de recuperación.

Así se señala en la sentencia citada: *“Es por ello que el Tribunal de instancia ha modulado la total indemnización a percibir teniendo en cuenta que ésta solamente debía de cubrir esa pérdida de oportunidad de ser sometido a un tratamiento óptimo, e informado de la existencia del mismo en el extranjero, pero tomando muy en consideración que ello no garantizaba una completa sanidad puesto que, aunque la prontitud de la intervención elevaba las posibilidades de recuperación, había de partirse necesariamente de unos porcentajes muy bajos de curación.*

*Por ello, y rectificando la existencia en el presente caso de una concurrencia de culpas como erróneamente expresa la sentencia recurrida, dado que, en puridad, no existe esa concurrencia de culpas, sino una ponderación de la indemnización a satisfacer en función de las circunstancias especiales concurrentes, la cifra resarcitoria señalada por el Tribunal de instancia no puede ser rectificada en función de (...), ni tampoco en la aplicación de los baremos sobre responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación que, como reiterada doctrina de esta Sala ha establecido, tienen un mero carácter orientador, siendo necesario destacar que, en cualquier caso, la cifra señalada por el Tribunal de instancia, como expresamente recoge el mismo en el párrafo primero de su fundamento de derecho cuarto, ha sido ya actualizada debidamente para comprender en la cantidad fijada (...) la plena indemnidad del perjuicio sufrido por el recurrente resultante de una pérdida de oportunidad de ser sometido a un mejor tratamiento en tiempo oportuno que, en cualquier caso, solo garantizaba en muy bajo porcentaje la posibilidad de recuperación”.*

#### **CUARTA.- Cuantía indemnizatoria.**

Por tanto, reconocida la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, se plantea como dificultad añadida la determinación de la cuantía indemnizatoria, en tanto el Consejo Jurídico considera que la indemnización ha de cubrir la pérdida de posibilidades descritas, conjuntamente con los daños morales ocasionados a los interesados, que constituirían las partidas indemnizatorias que justificarían el principio de la reparación integral

reconocido jurisprudencialmente, que cita nuestro Dictamen 69/2004: “*La extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de reparación integral, es decir, se extiende a todos los daños alegados y probados por la perjudicada incluyendo el daño moral o, con carácter más general, el denominado pretium doloris, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (SAN, Sección 4ª, de 27 de noviembre de 2002 y STS, Sala 3ª, de 3 de abril de 2002)*”.

Los reclamantes trasladan miméticamente las cantidades del baremo de accidentes de tráfico correspondiente al año 2004, sin mayor justificación y sin tener en cuenta el criterio jurisprudencial sobre la pérdida de oportunidad. Solicitan, en conjunto, 105.324,33 euros, como si el paciente hubiera tenido el 100% de posibilidades de sobrevivir y el fallecimiento fuera imputable, en su totalidad, a la Administración sanitaria.

Por el contrario, la propuesta de resolución reduce sustancialmente dicha cantidad a 5.266,21 euros, en función del riesgo de fallecimiento (95%) del paciente.

1º) Pérdida de oportunidades terapéuticas.

El paciente, de 79 años de edad cuando se produjeron los hechos, tenía como antecedentes personales: diabetes mellitas insulina dependiente y arteriopatía obstructiva crónica.

Ingresó en el Hospital de Cieza, donde fue trasladado por el 061 a las 15,15 horas del día 18 de febrero de 2004, por episodio de dolor abdominal y sudoración. Los resultados de las exploraciones constan en la historia clínica. El TAC abdominal muestra neumoperitoneo, abundante ascitis intraperitoneal y líquido reoperitoneal. Además, se observa un pseudomasa en la región peri-pancreática.

Conforme a la Inspección Médica (folio 243), el pronóstico de la cirugía por una perforación intestinal depende del proceso mórbido específico y del tiempo que transcurra desde el momento de presentarse la perforación, añadiendo que “*es posible que el desenlace por el propio proceso del paciente hubiera sido el mismo, pero considero que no estaba justificado el reenvío al Hospital de Cieza*”.

El perito de la correduría de seguros, único criterio que dispone el Consejo Jurídico en el expediente para determinar el porcentaje de riesgo de fallecimiento del paciente, que no ha sido rebatido por los reclamantes en la contestación al trámite de audiencia, viene a establecer que la perforación colónica de origen no diverticular se asocia a una alta morbilidad y mortalidad, y que el desarrollo de un shock séptico y de isquemia colónica, que presentó el paciente como enfermedad subyacente, son factores que influyen en la supervivencia, según describe en el folio 223. En cuanto a la valoración económica concluye que “*dada la edad (79 años) y los antecedentes (Diabetes insulina dependiente y arteriopatía obstructiva crónica), es decir, que concurren dos factores de riesgo sobreañadido y que la perforación colónica de origen no diverticular se asocia a una alta morbilidad y el desarrollo de shock séptico y de isquemia colónica como enfermedad subyacente son factores que influyen negativamente en la supervivencia. Hay que considerar que hay que aplicar la doctrina de pérdida de oportunidad ya que el riesgo del fallecimiento incluso con la práctica de cirugía de forma precoz, según la literatura, es de un 95%*”.

La instructora, basándose en dicho parecer, determina que la cuantía indemnizatoria correspondiente al porcentaje de supervivencia (5%), según la cuantía global demandada por los interesados, asciende a 5.266,21 euros.

Sin embargo, el Consejo Jurídico considera que dicha cantidad no cubre la reparación integral del daño, pues no tiene en cuenta el sufrimiento y la zozobra vivida por los reclamantes (esposa e hijos), mientras se producían los sucesivos traslados del paciente a los dos hospitales, por lo que debería incluir la indemnización también el daño moral a los familiares, en tanto reviste una categoría propia e independiente citada con anterioridad.

## 2º) Daños morales.

La siempre difícil labor valorativa de los daños se complica aún más en los supuestos de daños morales, pues se carece de módulos o criterios objetivos que faciliten la tarea. La referida dificultad aumenta cuando, como en el supuesto sometido a consulta, los reclamantes se limitan a expresar un importe global que solicitan como cuantía indemnizatoria, aplicando el baremo de accidentes de tráfico, sin mayor justificación respecto a las condiciones familiares, personales, etc.

En su ausencia, dado que los criterios que para el cálculo de la indemnización que ofrece el artículo 141.2 LPAC resultan inaplicables para la cuantificación de un daño que, como el aquí indemnizable, no sea patrimonial, aboca a un juicio estrictamente prudencial que pondere las circunstancias que concurren, y atienda a lo fijado por los Tribunales de Justicia y por la doctrina del Consejo Jurídico.

Es básico, para apreciar la existencia de daños morales indemnizables, que los mismos produzcan una afectación moral indudable, cuyo alcance no es fácilmente determinable, pues influyen muchas circunstancias de índole subjetivo que pueden llevar a un grado mayor o menor de afectación. En el presente supuesto, partimos de dos premisas; la primera, que los hechos por sí mismos produjeron un daño moral, derivado de la incertidumbre y zozobra que produjo la situación clínica del paciente, pese a su edad, antecedentes clínicos y alto riesgo de fallecimiento de acuerdo con lo expresado en la consideración anterior; la segunda, la no concreción del alcance por cada uno de los reclamantes del daño moral, debe conducir a su cuantificación mediante presupuestos genéricos, al no existir, a diferencia de los daños personales, lesiones o secuelas, baremos a los que seguir, al menos como referencia.

Pues bien, en el presente caso, el Consejo Jurídico considera que la cantidad valorada por el daño moral en otros dictámenes (3.000 euros), no parece admisible en el presente en términos de equidad, resultando insuficiente como cantidad global a resarcir para el conjunto de los afectados y, en ausencia de circunstancias que permitan ponderar la cantidad en función de otro tipo de razones subjetivas o familiares, se estima la cantidad de 6.010 euros (razonada en nuestro Dictamen núm. 18/2007) a percibir por los reclamantes de forma global, conforme a cuantías similares establecidas por la STS, Sala 3ª, de 25 de abril de 2005 y por la SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 19 de junio y 30 de octubre del año 2002.

La suma de ambos conceptos indemnizables (5.266,21 euros más 6.010 euros) habrá de actualizarse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Procede dictaminar favorablemente la propuesta de resolución que estima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al concurrir los requisitos legalmente establecidos.

**SEGUNDA.**- La cuantía indemnizatoria será determinada en la forma que se recoge en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 36/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 29/02/08**

### **Extracto de Doctrina**

*En relación con daños producidos en supuestos de tropiezos o caídas el Consejo de Estado considera que, cuando los hechos se producen fortuitamente, sin que concurren elementos adicionales generadores de riesgo, como defecto en las instalaciones o la realización de actividades programadas y ordenadas que, por su propia naturaleza, exijan una mayor vigilancia por parte de los profesores, no existe la conexión con el servicio público educativo que es necesaria para estimar la pretensión de indemnización formulada (entre otros, Dictamen 2901/2001). En el mismo sentido los Dictámenes números 109/2004 y 121/2006, de este Consejo Jurídico.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.**- El Director del Instituto de Enseñanza Secundaria “El Bohío” de Cartagena (Murcia), envió a la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación un informe de accidente escolar, ocurrido a la alumna de tercer curso de Educación Secundaria x. el 23 de mayo de 2007, cuando bajando la escalera para dirigirse al primer recreo dio un traspiés, cayó y las gafas salieron disparadas rompiéndose los cristales y la montura.

**SEGUNDO.**- Con fecha 31 de mayo de 2007, x. presenta solicitud de indemnización por los daños sufridos por su hija, fundamentada en la responsabilidad patrimonial que a la Administración incumbe según los preceptos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC), a la que acompaña copia compulsada del Libro de Identidad y de Estado Civil (marroquí), de la tarjeta de residencia de la menor y factura de una óptica por importe de 95 euros.

**TERCERO.**- El 14 de junio de 2007 la Secretaria General de la Consejería consultante envía escrito a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS),

a fin de obtener información sobre si los daños sufridos por la alumna se incluyen entre los riesgos cubiertos por el seguro escolar. Dicho requerimiento fue atendido el siguiente día 21, informando el Director Provincial del INSS que la rotura de gafas no se encuentra entre las prestaciones del Seguro Escolar.

**CUARTO.-** Admitida a trámite la reclamación y designada instructora mediante Resolución de la Secretaría General de la Consejería consultante de fecha 19 de julio de 2007, aquélla solicitó el preceptivo informe del centro, que fue remitido por su Director el día 1 de octubre de 2007, con el siguiente contenido:

*“1. El día 23 de mayo de 2007 estando en la conserjería del Centro, los conserjes escucharon un sonido fuera de lo normal, salieron y vieron que la alumna tenía la cartera y las gafas en el suelo, estas últimas rotas. Al preguntarle como se encontraba es cuando les comenta que ha tenido el traspíe y por no hacerse daño suelta la cartera y por lo visto es cuando se le rompen las gafas, pero que ella se encuentra bien.*

*2. El traspíe fue totalmente fortuito.*

*3. La escalera se encontraba en perfecto estado.*

*4. No observamos ninguna otra cosa digna de destacar”.*

**QUINTO.-** Otorgado trámite de audiencia al reclamante, éste no formula alegaciones, tras lo cual, el 18 de enero de 2008, fue formulada propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud por considerar que no existe nexo causal entre los daños sufridos por la alumna y el funcionamiento del servicio público educativo.

**SEXTO.-** Con fecha 29 de enero de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento.

Respecto de la legitimación activa para reclamar cabe efectuar dos consideraciones: Una, que en nada obsta para estimar su existencia el hecho de que el reclamante sea extranjero residente en España, ya que, como decíamos en nuestro Dictamen núm. 61/2005, la legitimación, conforme al artículo 139.1 LPAC, corresponde a los “particulares”, término en el que se han de entender comprendidos dichos extranjeros por su condición de beneficiarios de los servicios públicos a los que tienen derecho según la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración

social; y dos, que la relación paterno-filial entre el reclamante y la menor ha quedado fehacientemente demostrada con el Libro de Identidad y de Estado Civil que se ha incorporado al expediente.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, el IES “El Bohío” de Cartagena (Murcia) pertenece al servicio público de educación de la Comunidad Autónoma, correspondiendo la resolución del presente expediente a la Consejería consultante de acuerdo con lo previsto en el artículo 16.2.o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, ésta se ha interpuesto dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

En lo que respecta al resto de la tramitación, el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Falta de concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

En el presente supuesto el reclamante no efectúa una imputación expresa del daño a una determinada acción u omisión del Centro Público, por lo que cabe deducir que su reclamación se basa en el hecho de que el accidente se produjo en un centro de titularidad pública.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente (por todos, el núm. 109/2004), ha de destacar que si bien es cierto que nuestro Ordenamiento Jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos (STS de 27 de mayo de 1999), sin que quepa, por otra parte, exigir al personal docente una diligencia superior a la que se pediría a un padre de familia (STS de 26 de febrero de 1998).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que “deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”.

Así pues, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es necesario que concorra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del



servicio público y el daño irrogado al particular y, en el supuesto que nos ocupa, si bien es cierto que el daño existe y se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento. En efecto, como dice el informe del Director del Centro, no rebatido por el reclamante, el accidente se produjo sin conexión alguna con una actividad educativa potencialmente generadora de riesgo, al haber quedado acreditado que la causa desencadenante del accidente fue una traspíe fortuito de la alumna, sin que en ningún caso la intervención del personal docente hubiera podido evitar el daño producido.

En relación con daños producidos en supuestos de tropiezos o caídas el Consejo de Estado considera que, cuando los hechos se producen fortuitamente, sin que concurren elementos adicionales generadores de riesgo, como defecto en las instalaciones o la realización de actividades programadas y ordenadas que, por su propia naturaleza, exijan una mayor vigilancia por parte de los profesores, no existe la conexión con el servicio público educativo que es necesaria para estimar la pretensión de indemnización formulada (entre otros, Dictamen 2901/2001). En el mismo sentido los Dictámenes números 109/2004 y 121/2006, de este Consejo Jurídico.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### CONCLUSIÓN

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por la menor y la prestación del servicio público educativo.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 37/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 29/02/08**

### **Extracto de Doctrina**

*El Consejo Jurídico ha sostenido la existencia de nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio regional de carreteras y los daños sufridos por el vehículo, cuando se prueba que el daño se ha producido como consecuencia de la caída de rama de árboles, y no ha mediado causa de fuerza mayor (por todos los Dictámenes núms. 175/2002 y 103/2005).*

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 12 de diciembre de 2005, x., en su condición de administrador único de la mercantil “-, Sociedad Limitada”, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante

la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, por los daños materiales sufridos por el vehículo propiedad de la citada mercantil (Peugeot, modelo Partner, matrícula “\_\_”), a consecuencia de la caída de una rama de grandes dimensiones cuando circulaba el 8 de abril de 2005 por la carretera de Águilas, a la altura de la estación de servicio x. de Lorca.

Acompaña las facturas de reparación, copia del parte del siniestro y declaración escrita de un testigo que se encontraba trabajando en la gasolinera indicada.

Asimismo manifiesta que con anterioridad presentó reclamación de responsabilidad ante el Ayuntamiento de Lorca, que le comunicó que no es titular de la vía.

**SEGUNDO.-** Requerido el reclamante para que subsane y mejore la solicitud aportando la documentación indicada en el oficio obrante como doc. núm. 2 (folios 11 a 14), siendo reiterada nuevamente por la instructora el 10 de octubre de 2006 (registro de salida), es finalmente cumplimentada por la aseguradora del vehículo siniestrado, en representación del reclamante, que aporta, entre otros documentos, la escritura de constitución de la sociedad limitada “x.”, propietaria del vehículo,

**TERCERO.-** Solicitado informe de la Dirección General de Carreteras el 21 de diciembre de 2006, es evacuado el 9 de enero de 2007 por el Jefe de Sección de Conservación I, con el visto bueno del Jefe de Servicio, con el siguiente contenido:

*“1.- La carretera a la que se refiere el reclamante es competencia de esta Dirección General.*

*A) No se tiene conocimiento del evento lesivo hasta la presente reclamación patrimonial por lo que no se puede confirmar la realidad y certeza del evento lesivo.*

*B) No se puede determinar la existencia de fuerza mayor o actuación inadecuada del perjuicio o de un tercero.*

*C) No existe constancia de otros accidentes similares en el mismo lugar.*

*D) No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.*

*E) No se puede determinar la imputabilidad de la responsabilidad a esta Administración o a otras Administraciones, contratistas o agentes.*

*F) No se ha realizado ninguna actuación en este tramo de carretera relacionada con el evento lesivo.*

*G) El tramo de carretera, con buena visibilidad, no tiene ninguna señalización que merezca significar.*

*H) No se puede valorar los daños causados.*

*I) No existen aspectos técnicos para determinar la producción del daño.*

*J) Según indica el reclamante, la supuesta caída de la rama se debió al “viento reinante en la zona” sin que se comunicara a esta Dirección General de Carreteras el accidente ocurrido ni cualquier otro por circunstancias similares en esa ni en ninguna otra fecha”.*

**CUARTO.-** El 9 de febrero de 2007 emite informe el Jefe del Parque de Maquinaria sobre la valoración de los daños reclamados, atendiendo al modo de producirse el siniestro, indicando:

*“Los daños que se deducen de la factura de reparación que se une al expediente pueden ser perfectamente los resultantes al caer una rama de grandes dimensiones en el vehículo.*

*Asimismo el coste de la reparación que se indica en dicha factura y que asciende a 603,20 euros IVA incluido se considera correcta”.*

**QUINTO.-** Otorgado trámite de audiencia al reclamante, presenta alegaciones en el sentido de señalar que, frente a lo argumentado por la Dirección General de Carreteras, ha acreditado la realidad del evento lesivo, acompañando la declaración de un testigo, empleado de la gasolinera, que observó cómo cayó una rama de los árboles situados junto a la vía, golpeando al vehículo, siendo retirada por el interesado con la ayuda del testigo. Estima que dicho testimonio es más que suficiente para apreciar la realidad del hecho y la relación de causalidad con el daño alegado (603,20 euros). Imputa a la Administración un funcionamiento defectuoso, puesto que la rama se encontraba totalmente seca y podía haberse evitado el accidente si se hubieran cumplido los deberes de vigilancia y mantenimiento de la carretera donde se produjo.

**SEXTO.-** La propuesta de resolución, de 21 de enero de 2008, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al concurrir los requisitos exigidos en el artículo 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

**SÉPTIMO.-** Con fecha 29 de enero de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

La legitimación activa reside, cuando de daños materiales en las cosas se trata, en quien ostenta su propiedad, dado que éste será quien sufre el perjuicio patrimonial que se imputa al funcionamiento de los servicios públicos, habiéndose acreditado en el expediente que la mercantil reclamante es titular del vehículo accidentado, a través del permiso de circulación (folio 27) y la póliza de seguro (folio 22).

En cuanto a la legitimación pasiva, se ha reconocido por la Administración que la carretera C-3211a, donde se produjo el accidente, pertenece a la red de carreteras regional.

La solicitud se ha presentado dentro del plazo señalado por el artículo 142.5 LPAC.

El procedimiento tramitado ha seguido, en líneas generales, el determinado por la LPAC y por el Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante RRP), con la excepción

del plazo máximo para dictar y notificar la Resolución, que ha rebasado en exceso el tiempo prudencial para ello.

**TERCERA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.**

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. En similares términos se expresa el artículo 139 LPAC, configurando una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio indemnizada.

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, Sentencia de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación, no implica que dicha Administración se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, ya que de ser así el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

En suma, de acuerdo con lo establecido por los artículos 139 y 141 LPAC, son requisitos para que se reconozca la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración los siguientes:

- a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.
- c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Veamos la aplicación de tales requisitos al presente supuesto:

1º. Se coincide con la propuesta de resolución que ha quedado acreditado en el expediente la producción del daño, de acuerdo con la factura de reparación, el informe del Parque de Maquinaria, la declaración del testigo y el parte del siniestro.

2º. En cuanto a la acreditación de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, el reclamante ha aportado la declaración de un testigo, empleado de una gasolinera, para corroborar los hechos, sin que la instructora le haya requerido para la práctica de la prueba testifical bajo su intermediación, conforme se indicó en la Memoria del Consejo Jurídico correspondiente al año 1999, lo que ofrece a la Administración la posibilidad de realizar repreguntas que permitan contrastar todos los aspectos de la declaración testifical. En este sentido conviene recordar que incumbe al órgano instructor realizar de oficio los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la resolución (artículo 78.1 LPAC).

Además de la declaración del testigo, el informe del Parque de Maquinaria también sostiene que los daños que se deducen de la factura de reparación pueden ser perfectamente los resultantes al caer una rama de grandes dimensiones en el vehículo.

Sentadas tales premisas, tampoco la Administración, a quien incumbe, ha probado que hubiera podido con anterioridad el árbol causante, recordando a este respecto que compete a la Administración regional, respecto a las carreteras a su cargo que explota directamente, las operaciones de conservación y mantenimiento, así como las encaminadas a la defensa de la vía y a su mejor uso (artículo 20.1 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia).

Quedaría por considerar la posible ruptura del nexo causal por mediar causa de fuerza mayor (rotura por la fuerza del viento), cuya prueba también incumbe a la Administración, como recoge la Sentencia núm. 63/2000, de 19 de enero, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, no habiéndose acreditado este extremo en el expediente.

De lo expuesto se infiere la verosimilitud del nexo causal entre el funcionamiento del servicio público regional con los daños producidos. A mayor abundamiento, el Consejo Jurídico ha sostenido (por todos los Dictámenes núms. 175/2002 y 103/2005) la existencia de nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio regional de carreteras y los daños sufridos por el vehículo, cuando se prueba que el daño se ha producido como consecuencia de la caída de rama de árboles, y no ha mediado causa de fuerza mayor.

3º. Especial consideración ha de realizarse al principio de antijuridicidad, puesto que el Consejo Jurídico considera que se trata de unos daños que el reclamante no está obligado a soportar, de conformidad con lo previsto en el artículo 141.1 de la LPAC: “*Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*”.

Por último, si bien inicialmente se aportaron dos facturas (folios 4 y 5), que ascendían a las cantidades de 603,20 euros y 81,20 euros, sin embargo, en congruencia con la cantidad reclamada por el interesado conforme al escrito de alegaciones, que se contrae a la petición de indemnización de 603,20 euros, el Consejo Jurídico estima adecuado que el órgano instructor proponga esta última cantidad, que es acorde con los daños alegados según el informe del Parque de Maquinaria.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, que estima la reclamación de responsabilidad patrimonial en la cuantía indicada, al concurrir los requisitos establecidos legalmente.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 38/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 03/03/08**

**Extracto de Doctrina**

*NOTA: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 18/2008.*

**DICTAMEN 39/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 03/03/08**

**Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 32/2008.*

**DICTAMEN 40/08.- Proyecto de Decreto de Centros Integrados de Formación Profesional de la Región de Murcia.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 03/03/08**

**Extracto de Doctrina**

*Como pone de relieve el Consejo de Estado en su Dictamen 2304/2007, de 10 de enero de 2008, el Tribunal Constitucional ha concluido que la materia de formación profesional se inscribe en el ámbito de la legislación laboral, “pues concierne a la regulación de un concreto derecho de los trabajadores en el seno de la relación laboral, como el reconocido en el art. 4.2 del Estatuto de los Trabajadores”, afirmando la “clara inserción de la formación profesional continua en el seno de la relación laboral” (fundamento jurídico 8º de la STC 95/2002, doctrina reiterada posteriormente en STC 190/2002, 228/2003, 230/2003, 158/2004 y 51/2006).*

## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 7 de febrero de 2007, se inicia procedimiento de elaboración reglamentaria, mediante propuesta del Director General de Formación Profesional e Innovación Educativa al Consejero de Educación y Cultura, para que apruebe el anteproyecto que se acompaña y lo eleve al Consejo de Gobierno para su aprobación como Decreto de Centros Integrados de Formación Profesional de la Región de Murcia.

Además del referido anteproyecto, a la propuesta se adjunta un informe de oportunidad y necesidad, emitido por el Servicio de Formación Profesional, que expresa las normas competenciales y sectoriales en que se fundamenta el futuro Decreto.

**SEGUNDO.-** Con fecha 20 de febrero de 2007, el Servicio Jurídico de la Consejería consultante informa desfavorablemente el Proyecto, lo que da lugar a un segundo borrador, que consta a los folios 59 y siguientes del expediente y que acoge, casi en su totalidad, las observaciones efectuadas por aquél.

**TERCERO.-** En sesión de 15 de marzo de 2007, el Consejo Asesor Regional de Empleo y Formación informa favorablemente el Proyecto de Decreto, según consta en el expediente mediante certificación de su Secretario.

**CUARTO.-** Con fecha 17 de marzo de 2007, se emite nuevo informe-memoria justificativo de la oportunidad del Proyecto. Es emitido conjuntamente por las Subdirecciones de Formación Profesional y Educación de Adultos, de la Consejería de Educación y Cultura, y de Formación, del Servicio Regional de Empleo y Formación (SEF).

Ambos órganos directivos firman también, de forma conjunta, la memoria económica del Proyecto, según la cual éste *“no genera ningún gasto que no esté contemplado en los Presupuestos de la Región de Murcia”*. Asimismo, se indica que *“cada centro integrado que se desarrolle al amparo de este Decreto generará un gasto, que deberá ser contemplado en el momento de su creación por su decreto propio, si no está contemplado anteriormente en el Presupuesto de la Región de Murcia”*.

Consta en el expediente informe favorable del Servicio Jurídico del SEF, sin perjuicio de formular diversas observaciones y sugerencias.

Consta, asimismo, propuesta conjunta de los Directores Generales del SEF y de Formación Profesional, Innovación y Atención a la Diversidad, dirigida a los titulares de las Consejerías respectivas (Trabajo y Política Social, y Educación y Cultura), para la elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno.

**QUINTO.-** El 3 de abril de 2007, se expide certificación por el Secretario del Consejo Asesor Regional de Formación Profesional, acreditativa del informe favorable del referido órgano consultivo al Proyecto.

**SEXTO.-** El 17 de mayo, el Proyecto recibe el informe favorable del Consejo Escolar de la Región de Murcia, si bien formula diversas observaciones que, sólo parcialmente, serán asumidas e incorporadas al texto.

**SÉPTIMO.-** Sometido el Proyecto al Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, se emite Dictamen que concluye valorándolo positivamente, aunque formula algunas observaciones que, en su mayoría, serán incorporadas al texto.

**OCTAVO.-** Como consecuencia de las consideraciones efectuadas por los órganos consultivos informantes, se elabora un nuevo borrador, el tercero.

**NOVENO.-** Con fecha 22 de junio de 2007, la Vicesecretaría de la Consejería de Educación y Cultura informa favorablemente el Proyecto.

**DÉCIMO.-** Recabado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 27 de julio, en sentido favorable al Proyecto y condicionado a la subsanación de las observaciones formuladas a tres preceptos, que serán plenamente asumidas e incorporadas al texto definitivo del Proyecto.

**UNDÉCIMO.-** Con fecha 6 de septiembre de 2007, se incorpora al expediente un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas previstas en el Proyecto, que concluye manifestando que éste respeta y no contradice en nada lo citado por la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres, y de protección contra la violencia de género en la Región de Murcia.

En tal estado de tramitación y una vez incorporado el preceptivo extracto de secretaría, VE. remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 10 de octubre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### CONSIDERACIONES

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El Proyecto de Decreto sometido a consulta, que tiene por objeto regular los Centros Integrados de Formación Profesional (en adelante, CIFP) de la Región de Murcia, se dicta en desarrollo del artículo 11, apartados 1, 4 y 6, de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional (LOCFP). El Proyecto entronca directamente con dicho precepto legal, sin perjuicio de que haya de respetar los requisitos básicos establecidos en el Real Decreto 1558/2005, de 23 de diciembre, por el que se regulan los requisitos básicos de los Centros Integrados de Formación Profesional.

En consecuencia, el Dictamen se emite con carácter preceptivo al versar sobre un Proyecto de Decreto que constituye desarrollo legislativo de legislación básica estatal, de conformidad con el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.-** Procedimiento de elaboración.

Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, si bien han de advertirse las siguientes carencias:

A) Las que dificultan la comprensión del *iter* normativo y de las distintas alternativas tomadas en consideración para alumbrar el texto definitivo:

1. Contrariando lo prescrito por el artículo 53.2 de la Ley 6/2004, el expediente no recoge una suficiente motivación técnica y jurídica de las diferentes alternativas normativas, más allá de una mera justificación genérica de todo el Proyecto.



2. No contiene el expediente un análisis crítico de las alegaciones y sugerencias formuladas por los diversos órganos informantes, durante la tramitación del Proyecto, justificando técnicamente su asunción o rechazo.

3. El artículo 46.2,c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, exige incorporar al expediente un índice inicial de los documentos que contiene.

B) Las que derivan del carácter conjunto de la iniciativa normativa:

1. Considerando que se trata de un Proyecto de Decreto cuya aprobación, por motivos competenciales, se prevé que sea propuesta al Consejo de Gobierno conjuntamente por los titulares de las Consejerías de Educación, Ciencia e Investigación, y de Empleo y Formación, se advierte que el texto que figura como Proyecto de Decreto a los efectos de la solicitud de Dictamen no viene autorizado por la segunda de las citadas Consejerías, obrando sólo la autorización del texto por parte del Secretario General del primero de los Departamentos citados.

No obstante lo anterior, y por razones de economía procedimental, se abordará su examen, advirtiendo que el Proyecto de Decreto resultante deberá ser elevado de forma conjunta por los correspondientes Consejeros al Consejo de Gobierno, propuesta ésta que tampoco obra en el expediente remitido al Consejo Jurídico.

2. El carácter conjunto de la iniciativa normativa ha determinado una tramitación caracterizada por la emisión conjunta de informes -como el de necesidad y oportunidad-, propuestas -así, la de los correspondientes Directores Generales a los respectivos Consejeros- y memorias -como la económica. Sin embargo, no se ha recabado el informe jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería de Empleo y Formación, exigido por el artículo 53.2 de la Ley 6/2004, que no puede ser sustituido por el del Servicio Jurídico del SEF.

C) La memoria económica.

La denominada “memoria económica” se limita a efectuar una declaración de ausencia de gasto con incidencia presupuestaria, insuficiente para entender cumplido el requisito legalmente exigido de incorporar al expediente de elaboración normativa un estudio económico de la disposición. Como reiteradamente ha puesto de manifiesto el Consejo Jurídico, el estudio económico a que se refiere el artículo 53.1, segundo párrafo, de la Ley 6/2004, no debe limitarse a analizar si existe un mayor gasto derivado de la implantación y financiación de nuevos servicios. Antes al contrario, el estudio económico ha de extenderse más allá, pues su finalidad es ilustrar sobre las consecuencias económicas de la norma, permitiendo deducir el alcance del Proyecto con relación al principio de eficacia que informa con carácter esencial toda la actuación administrativa (art. 103.3 CE), además de ser pauta de referencia para contrastar la eficiente asignación del gasto público que el artículo 31 CE demanda.

D) Relación de disposiciones cuya vigencia resulte afectada.

Carece el expediente de la relación de disposiciones cuya vigencia resultará afectada por la entrada en vigor de la nueva norma, omisión que alcanza mayor relevancia atendido el carácter genérico de la disposición derogatoria del proyecto, que se limita a derogar las disposiciones de igual o inferior rango que se opongan a lo en él establecido.

Adviértase que, de los términos en que se expresa el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, cabe interpretar que cualquier afección de la vigencia ha de ser tenida en cuenta, es decir, no sólo la más radical que supone la derogación, sino también otras incidencias de menor intensidad, tales como las modificaciones, expresas o tácitas, de preceptos concretos, el desplazamiento de la aplicación por vía de supletoriedad de normas estatales por la aprobación de normas regionales, etc. Y es que la exigencia contenida en el precepto legal se enmarca, en la fase de elaboración normativa, entre aquellas actuaciones que persiguen aportar un conocimiento pleno, no sólo de las razones o motivos que justifican la oportunidad y necesidad de la norma en general o de las concretas determinaciones normativas que establezca, sino también de las consecuencias de toda índole que tendrá su aprobación, para posibilitar su mejor inserción en el ordenamiento, evitando indeseables antinomias y vacíos de regulación.

### **TERCERA.- Competencia material y habilitación normativa.**

Como ya se adelanta en la Consideración Primera de este Dictamen, el Proyecto sometido a consulta constituye un desarrollo normativo de la LOCFP, cuya Disposición Final primera señala como fundamento competencial de la indicada Ley Orgánica al artículo 149.1, 1ª, 7ª y 30ª de la Constitución. Plasma esta disposición el carácter dual de la formación profesional, dividida en dos grandes subsistemas: el educativo, al que corresponde la formación profesional inicial o reglada, cuya ordenación general se contiene en el Real Decreto 1538/2006, de 15 de diciembre; y el laboral, constituido por la formación profesional para el empleo, que integra, a su vez, la formación profesional ocupacional y la formación continua, reguladas por el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo.

La integración de dichos subsistemas, mediante la ordenación de un sistema integral de formación profesional, cualificaciones y acreditación, que responda con eficacia a las demandas sociales y económicas a través de las diversas modalidades formativas, es la finalidad primordial de la referida Ley Orgánica (artículo 1.1), para lo cual procede a crear “*un Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional que, en el ámbito de la competencia exclusiva atribuida al Estado por el artículo 149.1, 1ª y 30ª, con la cooperación de las Comunidades Autónomas, dote de unidad, coherencia y eficacia a la planificación, ordenación y administración de esta realidad, con el fin de facilitar las distintas formas de certificación y acreditación de las competencias y de las cualificaciones profesionales*” (Exposición de Motivos de la LOCFP). Instrumento para garantizar el acceso eficaz a la formación profesional son los centros ya existentes y los CIFP, respecto de los que la Ley regula sus “*líneas ordenadoras básicas*”.

El artículo 11 LOCFP prevé la creación de CIFP, los cuales impartirán las ofertas formativas relativas a los títulos y certificados de profesionalidad referidas al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales, y habilita a las Administraciones, en el ámbito de sus competencias, para establecer los requisitos específicos que han de reunir tales centros (apartado 1), para crear, autorizar, homologar y gestionar estos centros (apartado 2) y para reglamentar la composición y funciones de los centros integrados de formación profesional (apartado 6).

En desarrollo de dicho precepto, se ha dictado el Real Decreto 1558/2005, de 23 de diciembre, por el que se regulan los requisitos básicos de los centros integrados de formación profesional. Según su Disposición final primera, “*este Real Decreto tiene carácter de norma básica, es de aplicación en todo el territorio nacional y se dicta en virtud de las competencias que atribuye al Estado el artículo 149.1, 1ª, 7ª y 30ª de la Constitución y al*

*amparo de la Disposición Final primera. 2 y 3 de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, y de la habilitación que confiere al Gobierno el artículo 11.1 y 11.4 y la Disposición Final tercera de la citada Ley Orgánica 5/2002, 19 de junio”.*

El fundamento competencial de las normas estatales que son objeto de desarrollo es coherente con la naturaleza educativa y laboral de los subsistemas que integran la formación profesional. En consecuencia, la determinación de la competencia autonómica para la aprobación del Proyecto de Decreto habrá de radicarse en las materias de educación y empleo.

#### 1. La formación profesional inicial.

La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de marzo, de Educación (LOE), incluye entre las enseñanzas ofrecidas por el sistema educativo la formación profesional (artículo 3) y le dedica el Capítulo V del Título I.

En particular, su artículo 39.4 establece que *“los estudios de formación profesional regulados en esta Ley podrán realizarse tanto en los centros educativos que en ella se regulan como en los centros integrados y de referencia nacional a los que se refiere el artículo 11 de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional”.*

Ahora bien, el régimen de los CIFP no es el general de los centros docentes, pues el artículo 107.2 LOE lo excepciona al establecer que *“en relación con los centros integrados y de referencia nacional de formación profesional se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional y en las normas que la desarrollen”.* Con idéntica fórmula, el artículo 118.5 LOE (relativo a los principios generales de la participación en el funcionamiento y el gobierno de los centros) remite su régimen al establecido en la LOCFP.

En este marco constituido por la LOCFP, el RD 1558/2005 y la LOE se inserta la competencia autonómica en materia de enseñanza, cuyo sustento estatutario se encuentra en el artículo 16 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU), que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución y las leyes orgánicas que lo desarrollen.

#### 2. La formación profesional para el empleo.

Como pone de relieve el Consejo de Estado en su Dictamen 2304/2007, de 10 de enero de 2008, *“el Tribunal Constitucional ha concluido que la materia de formación profesional se inscribe en el ámbito de la legislación laboral, “pues concierne a la regulación de un concreto derecho de los trabajadores en el seno de la relación laboral, como el reconocido en el art. 4.2 del Estatuto de los Trabajadores”, afirmando la “clara inserción de la formación profesional continua en el seno de la relación laboral” (fundamento jurídico 8º de la STC 95/2002, doctrina reiterada posteriormente en STC 190/2002, 228/2003, 230/2003, 158/2004 y 51/2006)”.*

En consecuencia, el análisis de la competencia regional para dictar el Decreto cuyo proyecto se somete a consulta, desde la perspectiva laboral, ha de partir del artículo 12. Uno, 10 EAMU, en cuya virtud corresponde a la Comunidad Autónoma, en los términos que establezcan las leyes y las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado, la función ejecutiva en materia laboral. Precisa asimismo que, de conformidad

con el artículo 149.1,7ª de la Constitución Española, corresponde al Estado la competencia sobre legislación laboral y la Alta Inspección, con reserva de todas las competencias en materia de migraciones interiores y exteriores, fondos de ámbito nacional y de empleo, sin perjuicio de lo que establezcan las normas del Estado sobre estas materias.

El precepto constitucional, además, dispone que corresponde al Estado la competencia exclusiva para establecer “*la legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas*”.

En materia de relaciones laborales, el término “*legislación*” ha de ser interpretado, conforme a una temprana y consolidada doctrina constitucional (SSTC 18, 35 y 57/1982; 7/1985; 360/1993), en sentido amplio o material, incluyendo, por tanto, no sólo la ley formal, sino también sus normas reglamentarias de desarrollo. Así pues, al Estado le corresponde la competencia exclusiva para dictar ambos tipos de normas, tanto leyes como reglamentos ejecutivos, asegurando así la “*uniformidad en la ordenación jurídica de la materia*” (STC 86/1991).

Quedan fuera del concepto de legislación laboral y, en consecuencia, de la reserva competencial al Estado, los reglamentos no ejecutivos, es decir, aquellos que, “*sin afectar a los derechos de los ciudadanos*”, quedan referidos a “*la mera estructuración interna de la organización administrativa*” (STC 57/1982). Conforme a esta doctrina, por tanto, la Comunidad Autónoma goza de competencia para dictar reglamentos *ad intra*, que afecten a la organización de los servicios correspondientes en materia de su competencia, para garantizar su regular ejecución y desenvolvimiento, si bien con el límite de no alterar su régimen jurídico material, cuyo establecimiento queda reservado el Estado.

En este marco competencial, corresponde al Estado la competencia para aprobar la legislación laboral, en el sentido visto, es decir, la regulación sustantiva, la ordenación general, de la formación profesional para el empleo, mientras que a la Comunidad Autónoma le resta la ejecución de dicha legislación, incluyendo, en su caso, la aprobación de reglamentos organizativos. Desde esta perspectiva estrictamente laboral, por tanto, el Proyecto sometido a consulta sólo sería acorde con la distribución competencial en la medida en que se limitara a establecer medidas organizativas de los CIFP, sin afectar al régimen material de la formación profesional para el empleo.

En cualquier caso, el carácter eminentemente organizativo del Proyecto, el mayor alcance de la competencia regional en materia de enseñanza, y las continuas remisiones de la normativa estatal objeto de desarrollo al ejercicio por las Administraciones autonómicas de su potestad reglamentaria, permiten afirmar que la Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar el Proyecto sometido a consulta.

#### **CUARTA.- Consideraciones de carácter general.**

##### **1. La creación y autorización de CIFP.**

Los artículos 8 y 11 del Proyecto establecen un modelo de creación y autorización de centros basado en la actuación conjunta de las Consejerías competentes en materia de Educación y de Empleo, de tal forma que para crear un CIFP se precisa un Decreto de Consejo de Gobierno, que será aprobado a propuesta conjunta de ambas Consejerías. Del mismo modo, la autorización de centros privados o públicos dependientes de otras Administraciones Públicas diferentes de la regional, se instrumenta a través de una orden conjunta de ambos Departamentos.

Este sistema, que obliga a una doble instrucción del procedimiento dirigido al dictado de tales actos, pues será necesario efectuar trámites por parte de ambas Consejerías, con las complicaciones inherentes a tales actuaciones coordinadas, se separa del modelo previsto por la normativa básica (art. 4 RD 1558/2005), en cuya virtud, la Administración educativa y la laboral, pueden crear o autorizar los centros, cada una de ellas de forma individual, con el único requisito procedimental de recabar la autorización de la otra Administración.

Nada indica el expediente acerca de las razones que llevan a los Departamentos proponentes del Proyecto a optar por la indicada tramitación conjunta, si bien considera el Consejo Jurídico que frente a eventuales ventajas, que se desconocen, el sistema elegido, al tiempo que se aparta del patrón básico, genera evidentes dificultades de orden procesal que pueden fácilmente evitarse mediante el cambio de modelo, para ajustarlo al establecido en la normativa básica, con lo que la tramitación de los procedimientos de creación, transformación y autorización de centros ganarían en simplicidad.

Ha de precisarse de inmediato que ello no quiere decir que, de conformidad con este modelo, el Consejo Jurídico abogue porque la Consejería de Educación o la de Empleo puedan crear un CIFP mediante Orden, pues procede dar un tratamiento unitario a la creación de estos peculiares centros de formación profesional con la de los centros docentes públicos, respecto de los cuales el artículo 17 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, atribuye la facultad creadora al Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma. Ahora bien, hecha esta precisión, lo que se pretende indicar es que nada impediría que la creación se efectuara mediante Decreto a propuesta de una sola Consejería.

Del mismo modo, la autorización de centros privados o públicos dependientes de otra Administración podría realizarse por Orden de cada Consejería, individualmente, previa autorización de la otra.

## **2. La estructura organizativa de los CIFP.**

### **A) Órganos de gobierno, participación y coordinación.**

De conformidad con el artículo 12 RD 1558/2005, todos los CIFP, incluidos los privados no concertados, acomodarán su estructura de órganos de gobierno, participación y coordinación a lo dispuesto en el indicado Real Decreto y a lo establecido en las normas autonómicas de desarrollo.

Al desarrollar dicha previsión básica, el Proyecto excluye del artículo 6 a los CIFP privados no concertados, que quedarían huérfanos de regulación regional, y sometidos, en este concreto extremo, a la normativa básica estatal, que establece una estructura mínima conforme al siguiente esquema: mientras que el artículo 12.3 del Real Decreto se limita a prever la existencia de innominados órganos de coordinación, mediante la enumeración de las funciones que están llamados a garantizar, el apartado 2 del artículo básico predetermina órganos de dirección y participación concretos (Director; Jefe de Estudios, Secretario o equivalentes; Consejo Social; Claustro de profesores o equivalente), a modo de estructura organizativa necesaria e indispensable, y sin perjuicio de que las Administraciones competentes puedan establecer otros diferentes.

Considera el Consejo Jurídico que, para ajustar de forma más adecuada la regulación proyectada a la norma básica, sería conveniente dividir el artículo 6 en dos apartados. El primero contendría el régimen aplicable a todos los CIFP, independientemente de su naturaleza pública o privada, concertada o no, incorporando el contenido de las actuales letras

a) y b), en la medida que constituyen una concreción del artículo 12.2 del Real Decreto básico, regulador de la estructura necesaria e indispensable que ha de existir, “*en todo caso*”, en cualquier CIFP.

El segundo de los apartados contendría las actuales letras c), d) y e) del precepto proyectado, cuyo ámbito de aplicación sí puede quedar limitado a los centros públicos o concertados, toda vez que la regulación básica, aunque impone la existencia de este tipo de órganos en todos los CIFP (art. 12.3 RD 1558/2005), no exige una específica denominación para ellos. De ser así, los centros privados no concertados deberían contar en sus estructuras organizativas con los órganos previstos en el artículo 12.3 RD 1558/2005, si bien no quedarían vinculados por la denominación establecida en el futuro Decreto regional.

#### B) El Consejo Social.

a) En el artículo 7.1 del Proyecto, debe eliminarse el inciso final “públicos o concertados”, pues de conformidad con los artículos 12.2 y 14.1 RD 1558/2005, el Consejo Social debe existir en todos los CIFP, también en los privados no concertados.

b) La regulación de la composición del Consejo no se ajusta a la norma básica en lo relativo al colegio de representantes de la Administración. En efecto, de conformidad con el Proyecto, el Consejo Social contará con 12 miembros (el máximo permitido por el artículo 14.2 de la norma básica), repartidos en tres colegios: representantes de la Administración, entre los que debe figurar el Director del CIFP; representantes del centro; y representantes de las organizaciones empresariales y sindicales. Según las bases estatales, a cada colegio de representantes le corresponde un tercio del total de los miembros del Consejo, por lo que cada grupo ha de contar con, al menos, 4 miembros.

Prevé el artículo 7.2, letra b) del Proyecto, que será miembro del Consejo “*un representante de la Consejería u organismo del que dependa el centro. En el caso de centros privados o públicos no dependientes de la Administración regional, un representante del titular*”. Esta letra regula uno de los 4 miembros representantes de la Administración (junto a los previstos en las letras a), c) y d), lo que genera un problema en el caso de los centros privados, toda vez que la presencia del titular del centro en el Consejo excluye al representante de la Consejería u organismo de adscripción del centro, quedando el colegio de representantes de la Administración con un número de miembros inferior al establecido por la norma básica. Y es que no es fácil concebir al titular del centro como un representante de la Administración, cuando, atendidas las funciones del órgano colegiado, los intereses representados por una y otro no necesariamente han de coincidir y, de hecho, a menudo serán contrapuestos.

Por ello, si los redactores del Proyecto consideran oportuno garantizar la presencia del titular del centro privado en el Consejo Social, quizás debería instrumentarse a través del colegio de representantes del centro.

#### C) El Director.

La normativa básica se limita a señalar respecto de la provisión del puesto de Director de los CIFP que se realizará a través del sistema de libre designación, señalando además que, en el caso de los centros dependientes de la Administración educativa, el nombramiento recaerá en un funcionario docente.

Con ello, la LOCFP excluye de forma expresa la aplicación a los directores de los CIFP de la normativa contenida en el Título V, Capítulo IV LOE relativa a la dirección de

los centros docentes públicos, de modo que no es aplicable el procedimiento de selección basado en el concurso diseñado por la legislación educativa, sino que se prevé la provisión del puesto de Director de CIFP conforme a un sistema clásico en la función pública, como es el de la libre designación, con la única especialidad, derivada de las peculiares características del ámbito material en que se integran los centros dependientes de la Administración educativa, de que sus directores sean funcionarios docentes.

La normativa básica, sin embargo, no habilita una alteración en el régimen general de la libre designación contenido en los artículos 12.2, letra j) y 51 del Texto Refundido de la Ley de Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero (TRLFP). De conformidad con dichos preceptos, la convocatoria de los procedimientos de provisión, también por tanto los de libre designación, corresponde al Consejero competente en materia de función pública, quien a su vez será el encargado de resolverlos, conforme establece de forma expresa el artículo 20.1 de la Orden de 7 de noviembre de 2007, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se aprueba el Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo de la Administración Pública de la Región de Murcia. Tal provisión es acorde con el artículo 51.3 TRLFP, que, si bien no establece de forma expresa la competencia del titular de la Consejería de Hacienda y Administración Pública para resolver los procedimientos de libre designación por ella convocados, sí que cabe considerarle atribuida dicha facultad de forma implícita, al prever el precepto *“el informe previo del titular del centro, organismo o unidad orgánica a que figure adscrito el puesto convocado y la propuesta del Consejero correspondiente”*.

Este régimen general, en que tanto la convocatoria como la resolución del procedimiento de libre designación se residencian en el titular de la Consejería competente en materia de función pública, de cuyo Departamento depende orgánicamente todo el personal al servicio de la Administración regional (art. 12.4 TRLFP), no puede ser desconocido por la norma proyectada (artículo 10), que pretende atribuir la competencia para resolver el procedimiento de libre designación de los puestos de Director de CIFP al Consejero o al titular del organismo del que dependa el centro.

En consecuencia, y como quiera que el artículo 51.3 TRLFP atribuye a estos cargos funciones concretas de propuesta e informe en el procedimiento de libre designación, no facultades resolutorias, debe suprimirse el inciso *“por el titular de la Consejería u organismo del que dependa el centro”*.

Del mismo modo, y de acuerdo con el indicado régimen general de la libre designación, el cese de los Directores no correspondería al titular de la Consejería u organismo de adscripción del centro, sino a la Consejera competente en materia de función pública, a propuesta del Consejero correspondiente.

**QUINTA.- Observaciones al texto.**

I. A la Exposición de Motivos.

Debería incluir una mención a los preceptos estatutarios que atribuyen la competencia para dictar la norma.

II. Al articulado.

1. Al Capítulo I. Disposiciones generales.

— Artículo 1. Objeto.

Debe completarse la cita del RD 1558/2005, con su denominación completa, toda vez que es la primera vez que se menciona en la parte dispositiva (Directrices 73 y 80 de las de Técnica Normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 25 de julio de 2005).

— Artículo 2. Definición y tipos.

a) De conformidad con el apartado 2, los CIFP públicos son aquellos “*cuyo titular pertenezca al organigrama de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*” y “*aquellos cuya titularidad sea otra (sic) administración pública*”.

Al margen de lo alambicado de la expresión referida a los centros de titularidad regional, la redacción del precepto ganaría en rigor si la condición pública del centro se refiriera a aquellos cuyo titular sea la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, concepto éste de significado legal preciso, conforme al artículo 1.1, de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y que engloba tanto a la denominada Administración General como a la institucional o instrumental.

Por otra parte, la redacción del precepto podría simplificarse indicando que los centros públicos serán aquéllos cuyo titular (no “titularidad”) sea una Administración pública, expresión que indudablemente comprende la Administración regional.

b) El apartado 3 es en parte redundante con el apartado anterior, lo que permitiría simplificar su redacción en términos similares a los siguientes: “los centros de la Administración pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia podrán depender de...” Con esta redacción, además, se evita una cierta contradicción interna, toda vez que en la propuesta por el Proyecto únicamente se consideran como centros de la Administración regional los creados por ella, olvidando a los centros que, ya existentes, son objeto de transformación en CIFP, posibilidad prevista en el artículo 8.1 del Proyecto.

Por otra parte, el precepto es prescindible, pues de conformidad con el artículo 8.2 del Proyecto, será el correspondiente decreto de creación o transformación de cada CIFP el que determine la Consejería u organismo del que dependerá.

c) La expresión “en la Región de Murcia” que da inicio a los apartados 2 y 4 debería suprimirse por innecesaria, toda vez que se sobreentiende en función del ámbito de aplicación del Proyecto, determinado a su vez por la limitación territorial de las competencias en cuya virtud se dicta.

— Artículo 4. Fines y funciones.

Según el apartado 2, a) las funciones previstas en el artículo 6.2 RD 1558/2005 serán desempeñadas para familias profesionales concretas, por los CIFP de la Administración regional, cuando así esté previsto en su reglamento orgánico. Considera el Consejo Jurídico que no es suficiente con este requisito, toda vez que la norma básica somete a autorización el desempeño de tales funciones por los centros de la Administración regional.

El sistema prevé dos tipos de autorización: una general, la contemplada por los artículos 2.4 y 12.1 del Proyecto, que permite a los centros privados y públicos dependientes de otras Administraciones alcanzar la condición de CIFP; y otra específica, que permite a los centros desarrollar las concretas funciones previstas en el artículo 6.2 RD 1558/2005, y que constituyen un plus sobre las funciones básicas de los CIFP, enumeradas por el apartado 1 del precepto.



Para realizar estas tareas específicas, la norma básica somete a autorización no sólo a los centros privados concertados y a los públicos dependientes de otras Administraciones públicas, como hace el Proyecto (artículos 4.2, letra b y 12.2), sino que también exige esa autorización para los centros dependientes de la Administración regional. Así ha de interpretarse el primer párrafo del artículo 6.2 RD 1558/2005, cuando establece que las indicadas funciones podrán desarrollarse por “*los centros integrantes de la Red a la que se refiere el artículo 4 y los centros integrados privados concertados*”, que cuenten con autorización a tales efectos. El artículo 4, por su parte, tras reconocer que la formación a lo largo de la vida es un derecho de las personas que los poderes públicos deben asegurar, establece que, para facilitar su ejercicio, “*las Administraciones competentes organizarán una Red de centros integrados de titularidad pública*”. Esta Red, por tanto, no estará integrada únicamente por centros dependientes de otras Administraciones, sino que también incorporará a los creados o transformados por la propia Administración regional, en la medida en que también éstos son centros de titularidad pública.

En consecuencia, también los centros dependientes de la Administración regional que pretendan realizar las funciones previstas en el artículo 6.2 RD 1558/2005 habrán de obtener la autorización específica prevista en el artículo 4.2, b) del Proyecto, lo que habrá de reflejarse, igualmente, en la redacción de su artículo 12.2.

— Artículo 5. Requisitos y condiciones.

a) En la letra a), del apartado 3 debe sustituirse “quien” por “que”.

b) El apartado 4 prevé la implantación de un sistema de gestión de la calidad en cada centro, limitándose a exigir su puesta en funcionamiento en el plazo máximo de 3 años desde la creación o autorización del CIFP. Dado lo escueto de la previsión normativa, surgen dudas acerca de si esta medida es desarrollo y aplicación de lo establecido en el artículo 9.3 RD 1558/2005, que exige la implantación en cada centro de un sistema de mejora continua que garantice la calidad de las acciones del Proyecto funcional de cada centro.

De regular ambos preceptos (el del Proyecto y la norma básica) la misma realidad, la redacción propuesta podría resultar suficiente, toda vez que la norma básica ofrece las líneas generales del sistema, al determinar tanto la orientación del mismo hacia la evaluación del cumplimiento de los objetivos del proyecto funcional, como las magnitudes (grado de inserción laboral de los alumnos y usuarios y satisfacción de los mismos) que, como mínimo, han de ser valoradas. No obstante, para evitar dudas interpretativas, debería vincularse claramente la previsión del apartado 4 con el artículo 9.3 de la norma básica, bastando a tal efecto con comenzar el referido precepto con la expresión “De conformidad con lo establecido en el artículo 9.3 del Real Decreto....”

En el supuesto contrario, es decir, si lo que se pretende es establecer un sistema de gestión de calidad diferente del previsto en la normativa estatal, la regulación proyectada sería manifiestamente insuficiente, pues debería configurar, al menos en trazos gruesos, sus elementos constitutivos, que dotara de una mínima homogeneidad su posterior desarrollo y aplicación individualizada por cada centro.

c) El apartado 5 es redundante e innecesario. En efecto, reproduce, casi a la letra, el segundo párrafo del artículo 8.3 RD 1558/2005, al que ya se remite el artículo objeto de comentario en su apartado 1, al establecer que los CIFP habrán de reunir las condiciones establecidas en el artículo 8 RD 1558/2005.

De hecho, deja sin desarrollar un extremo que la norma básica remite a la potestad reglamentaria de las Administraciones competentes, como es el de la determinación de los requisitos exigibles al personal a que se refiere el precepto.

Por otra parte, debe recordarse la constante doctrina de este Consejo Jurídico acerca de los riesgos que implica la técnica consistente en la reproducción, en la normativa regional de desarrollo, de preceptos de carácter básico, cuando se omite cualquier indicación acerca de su verdadero origen y naturaleza. Comoquiera que tal doctrina es suficientemente conocida por la Consejería consultante (por todos, Dictamen 165/2007) no se estima necesaria su reproducción.

2. Al Capítulo II. Centros integrados de formación profesional de la Administración regional.

— Artículo 9. Reglamento orgánico.

a) El Proyecto prevé la existencia de dos tipos de reglamento orgánico, uno común a todos los CIFP y otro específico de cada centro. Atendido el régimen propuesto, se podría prescindir de ambos instrumentos.

En efecto, el contenido del reglamento orgánico común, que ha de aprobar el Consejo de Gobierno (cabe entender que a propuesta conjunta de las Consejerías competentes en materia de Educación y de Empleo, aunque no se diga expresamente), en el que se establecerá la estructura orgánica de los CIFP y “*cuantas cuestiones sean necesarias para su organización y funcionamiento*”, podría incorporarse al Proyecto sometido a consulta, pues sería coherente con su objeto y rango normativo.

Por su parte, el reglamento orgánico específico de cada centro, que no “*podrá disponer algo contrario a lo expresado en el reglamento orgánico común a todos los centros integrados*”, y que establecerá “*los aspectos organizativos singulares derivados de la oferta formativa propia del centro*” (art. 9.1, tercer párrafo, del Proyecto), podría ser sustituido por el preceptivo proyecto funcional de centro, que de forma necesaria ha de contener “*el sistema organizativo, los procedimientos de gestión, los proyectos curriculares de ciclo formativo, las programaciones didácticas y el plan de acción tutorial*” (art. 9.2 RD 1558/2005). Se conseguiría con ello simplificar los instrumentos organizativos de los CIFP, evitando eventuales contradicciones y duplicaciones, derivadas de la ausencia en la norma proyectada de criterios eficaces para discernir qué contenidos organizativos corresponderían a cada reglamento orgánico y cuáles al proyecto funcional.

Por otra parte, dada la prevista supraordenación de los reglamentos orgánicos sobre el proyecto funcional, la labor de los órganos de participación del centro en la elaboración, propuesta y aprobación de este último queda muy disminuida, en la medida en que su actuación quedará constreñida por los límites que previamente haya fijado la Administración en dichos reglamentos, y sin que, en contrapartida, el Proyecto prevea su intervención en la elaboración de los nuevos instrumentos organizativos.

b) Los diferentes párrafos del apartado 1 deberían ser numerados, pasando a convertirse en apartados.

c) En el párrafo segundo del primer apartado, debe sustituirse la expresión “*se regirán por su reglamento orgánico común a todos los centros*” por “*se regirán por un reglamento orgánico...*”

En el mismo párrafo, debe completarse la denominación del órgano consultivo, para adecuarla a la oficial: “Consejo Asesor Regional de Formación Profesional de la Región de Murcia”.

d) En el cuarto párrafo del apartado 1 debe sustituirse la palabra “convenio” por “Decreto”.

3. Al Capítulo III. Centros integrados privados y públicos no dependientes de la Administración regional.

— Artículo 12. Requisitos.

a) El apartado 1,c) exige como presupuesto para obtener la autorización de CIFP la de cumplir con el resto de requisitos y condiciones previstos en el RD 1558/2005, en el Proyecto “y en el resto de disposiciones aplicables a los centros docentes o a los centros que imparten formación profesional para el empleo”.

Considera el Consejo Jurídico que, atendida la separación de regímenes jurídicos operada por los artículos 107.2 y 118.5 LOE entre los centros docentes “ordinarios” y los CIFP, sería oportuno matizar que esos requisitos aplicables a los centros docentes y a los que imparten formación profesional para el empleo, sólo serían exigibles a los CIFP en la medida en que no resulten incompatibles o redundantes con los previstos en su régimen específico. Y es que son prácticamente coincidentes los preceptos que establecen los requisitos exigibles a unos y otros centros de formación profesional (artículos 8 RD 1558/2005 y 52 del Real Decreto 1538/2006, de 15 de diciembre, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo).

b) En el apartado 2,a) se establece que, para poder obtener la autorización prevista en el artículo 4.2 del Proyecto, será necesario tener vigente la autorización regulada en los artículos 2.4 y 12.1 del Proyecto, “sin perjuicio de que ambas autorizaciones se soliciten conjuntamente”. Si lo que se pretende con este último inciso es excepcionar la exigencia del requisito, cuando las dos autorizaciones se soliciten a un tiempo, debería sustituirse la locución “sin perjuicio de que”, por “salvo cuando”.

— Artículo 13. Renovación y revocación de autorizaciones.

Debería preverse de forma expresa un trámite de audiencia al titular del CIFP, durante la instrucción del procedimiento de revocación de la autorización. Del mismo modo, debería dársele audiencia con carácter previo a la desestimación de la solicitud de renovación.

III. A la parte final.

— Disposición final primera. Ejecución.

Atendidos los términos tan genéricos en que se expresa la Disposición, que atribuye a los Consejeros la facultad de adoptar las medidas necesarias para la aplicación y ejecución del Decreto, cabría entender incluida en dicha facultad desde una habilitación reglamentaria omnímoda, hasta la realización de actuaciones o el dictado de actos administrativos concretos y singulares tendentes a la aplicación del Decreto.

La primera resultaría contraria al régimen de la potestad reglamentaria, en tanto que ésta corresponde de forma originaria al Consejo de Gobierno (artículo 32.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia) y, sólo por derivación, a los Consejeros, cuando les esté específicamente atribuida por una norma de rango legal (artículos 38 y 52.1 de la Ley

6/2004), a salvo su potestad reglamentaria propia en los aspectos puramente organizativos de su Departamento.

Del mismo modo, el Consejero cuenta con un poder de dirección, gestión e inspección del Departamento del que es titular (artículo 16.2 de la Ley 7/2004), cuyo ejercicio ampara todas esas otras actuaciones de carácter no normativo a las que podría referirse la Disposición comentada.

En consecuencia, sea por la insuficiencia del rango normativo del Proyecto para efectuar una habilitación de potestad reglamentaria general, sea porque insiste en atribuir al Consejero potestades que ya posee por mandato de la Ley, la previsión contenida en la Disposición Final primera del Proyecto debería suprimirse.

— Se sugiere la inclusión de una nueva Disposición transitoria para regular la eventual transformación de institutos, en los que actualmente se imparten enseñanzas diferentes a la formación profesional, en CIFP. Y es que, de acuerdo con el artículo 4.3 del Proyecto, ningún centro integrado podrá impartir enseñanzas del sistema educativo distintas a la formación profesional inicial, salvo lo previsto en la transitoria primera del RD 1558/2005. La conjunción de esta limitación con la posibilidad de alcanzar la condición de CIFP mediante transformación de centros preexistentes (art. 8.1 del Proyecto) en los que se imparten otras enseñanzas aconseja regular el tránsito, bien mediante la cesación progresiva de las acciones formativas dirigidas a ellas, al modo de lo dispuesto por el Decreto gallego 154/2006, de 7 de septiembre, bien mediante la articulación de otro sistema transitorio que se estime oportuno.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma goza de competencia material para aprobar el futuro Decreto, de conformidad con lo señalado en la Consideración Tercera de este Dictamen.

**SEGUNDA.**- Revisten carácter esencial las observaciones formuladas en la Consideración Cuarta de este Dictamen, relativas a los siguientes preceptos:

— Artículo 6, en lo tocante a la aplicación a todos los centros, también privados, de la organización mínima establecida por la norma básica.

— Artículo 7, sobre la preceptiva existencia del Consejo Social en los centros privados no concertados y en relación a la representación del titular del centro.

— Artículo 10, en lo referente al nombramiento y cese del Director.

**TERCERA.**- Son, asimismo, observaciones de carácter esencial las contenidas en la Consideración Quinta y que afectan al artículo 4.2, letra b) y a la Disposición final primera.

**CUARTA.**- El resto de observaciones, de incorporarse, contribuirían a la mejor inserción del futuro Decreto en el ordenamiento y a su mejora técnica.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 41/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 03/03/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*NOTA: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 9/2008.*

**DICTAMEN 42/08.- Proyecto de Decreto por el que se establece el Currículo de las Enseñanzas Elementales de Danza para la Región de Murcia.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 10/03/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*La Comunidad Autónoma cuenta con un extenso margen de actuación en la definición de estas enseñanzas, que no ha de entenderse limitado por el RD 755/1992, el cual ha de considerarse tácitamente derogado por la LOE, sin que quepa mantener su vigencia al amparo de la Disposición transitoria undécima de la Ley.*

#### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha indeterminada, la Dirección General de Formación Profesional e Innovación Educativa elabora un primer borrador de Decreto por el que se establece el currículo de las enseñanzas elementales de Danza para la Región de Murcia.

El Anteproyecto se acompaña de la siguiente documentación:

a) Informe-memoria expresivo de los antecedentes y objetivos perseguidos con la aprobación de la futura norma, de su fundamento competencial y de su naturaleza ejecutiva respecto de la legislación básica estatal.

b) Informe sobre impacto por razón de género, según el cual el Proyecto no contiene disposición alguna que facilite situaciones de discriminación por razón de género que afecte a los derechos e intereses legítimos de los miembros de la comunidad educativa.

c) Estudio económico, que valora en 4.235 euros el coste de aplicar la nueva normativa. El informe parte de considerar que la única variación que introduce el nuevo currículo respecto de las enseñanzas actuales es la ampliación de dos horas lectivas semanales.

d) Propuesta del Director General de Formación Profesional e Innovación Educativa al Consejero de Educación, Ciencia e Investigación, para que eleve al Consejo de Gobierno el texto del Proyecto a fin de ser aprobado como Decreto.

e) Orden del Consejero consultante por la que se dispone la elevación del texto al Consejo de Gobierno para su aprobación como Decreto.

**SEGUNDO.-** Con fecha 6 de julio de 2007, se emite informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, que formula diversas observaciones tanto de técnica normativa como de contenido, que serán asumidas sólo de forma parcial, constando en el expediente la justificación del rechazo a las que no son objeto de incorporación al texto.

Resultado de las observaciones del Servicio Jurídico es la elaboración de un segundo borrador, que también consta en el expediente.

**TERCERO.-** Solicitado el preceptivo informe del Consejo Escolar de la Región de Murcia, se aprueba con fecha 6 de septiembre de 2007, en sentido favorable al texto, si bien realiza diversas observaciones que sólo parcialmente serán incorporadas al Proyecto. La justificación del rechazo a las que no lo son es el objeto del informe de la Dirección General de Ordenación Académica, que consta al folio 114 del expediente.

**CUARTO.-** Con fecha 25 de septiembre de 2007, la Directora General de Ordenación Académica justifica la urgencia de la tramitación del expediente en la necesidad de implantar las enseñanzas reguladas por el Proyecto en el referido curso, para cumplir así con el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo, establecida por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), conforme al Real Decreto 806/2006, de 30 de junio, que aprueba dicho calendario.

**QUINTO.-** Con fecha 1 de octubre de 2007, se emite informe de la Vicesecretaría de la Consejería impulsora del Proyecto.

**SEXTO.-** Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite con fecha 18 de octubre de 2007, en sentido favorable al Proyecto, formulando algunas observaciones, ninguna esencial.

La justificación del rechazo de las dos observaciones que no han sido incorporadas al texto se contiene en informe de la Directora General de Ordenación Académica.

La asunción del resto de sugerencias da como resultado la elaboración de un nuevo texto, el definitivo, que consta en el expediente autorizado como tal, mediante diligencia del Secretario General de la Consejería consultante.

En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 23 de noviembre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter y plazo de emisión del Dictamen.**

1. El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

En el Proyecto sometido a consulta concurren las notas que lo caracterizan como reglamento ejecutivo de la legislación básica estatal, dado que el objeto de la norma proyectada es el establecimiento del currículo de las enseñanzas elementales de danza en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, cumpliendo con ello el mandato establecido por el artículo 6.4 LOE. Nos encontramos, pues, con un reglamento fruto de un expreso mandato de regulación contenido en la norma básica, carácter que corresponde a la LOE en virtud de su Disposición Final Quinta.

También responde a esa encomienda estatal la ordenación de las referidas enseñanzas de régimen especial, toda vez que la propia LOE, en su artículo 48.1, dispone que las enseñanzas elementales de música y danza tendrán las características y la organización que las Administraciones educativas determinen.

Cabe, en definitiva, considerar el texto sometido a consulta como desarrollo de legislación básica estatal y el Dictamen solicitado como preceptivo.

2. Se ha solicitado por la Consejería consultante la tramitación de urgencia en la emisión del presente Dictamen, para que se despache en el plazo de urgencia —15 días— recogido por el artículo 10.5 LCJ, ruego que no es atendido, toda vez que cuando la consulta tiene entrada en el Consejo, el 23 de noviembre de 2007, el curso académico ya había empezado, lo que dejaba huérfana de fundamento la tramitación urgente, pues ésta se basaba en la obligación de implantar las enseñanzas objeto de regulación en el curso 2007-2008, medida que resultaba de imposible cumplimiento aun emitiéndose el Dictamen en el breve plazo de 15 días, pues para entonces el curso académico habría consumido ya una tercera parte de su extensión. Debe considerarse al respecto que la implantación efectiva de las enseñanzas objeto del Proyecto no se consigue con la mera aprobación y entrada en vigor del futuro Decreto, sino que son precisas nuevas actuaciones, tanto de la propia Consejería como de los centros educativos, para posibilitar su puesta en marcha, adquiriendo singular relevancia entre estas últimas las programaciones didácticas que concreten las enseñanzas definidas por el currículo. Corolario de lo expuesto es que debería suprimirse el apartado 1 de la Disposición transitoria única, atendida la imposibilidad de cumplir con lo allí establecido.

Debe destacarse que las razones de urgencia sí podían apreciarse al momento de comenzar la elaboración interna del Proyecto, a finales de junio del 2007, fecha ya de por sí muy tardía para comenzar el procedimiento de elaboración reglamentaria, cuando la normativa básica que establecía la obligación de implantar las enseñanzas en el curso 2007-2008 data de junio de 2006.

#### **SEGUNDA.- Competencia material y habilitación normativa.**

El Proyecto tiene un objeto plural, en la medida en que no se limita a fijar el currículo correspondiente a las enseñanzas elementales de danza, sino que, más allá, pretende ordenarlas, es decir, establecer sus características y organización, regulando aspectos relativos al ingreso en aquéllas, a la autonomía pedagógica y organizativa de los centros que las imparten y a la implantación de las enseñanzas. Por ello, la primera observación a realizar es que tanto la denominación de la norma como su artículo 1, destinado a regular su objeto, deberían reflejar el carácter diverso de éste.

Puede afirmarse, de principio, que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia cuenta con competencia suficiente para normar acerca de dichos extremos, al amparo del artículo 16 del Estatuto de Autonomía (EAMU), que le atribuye la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades

y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución y las leyes orgánicas que lo desarrollen.

Entre estas leyes orgánicas, la LOE dedica el Capítulo VI de su Título I a las enseñanzas artísticas, de la que forman parte las enseñanzas elementales de música y danza (art. 45.2, letra a, LOE) previendo su artículo 48.1 que estas últimas tendrán las características y la organización que las Administraciones educativas determinen.

Esta previsión de regulación autonómica es acorde, asimismo, con la Disposición final sexta de la referida Ley, según la cual sus normas podrán ser desarrolladas por las Comunidades Autónomas, a excepción de las relativas a aquellas materias cuya regulación se encomienda por la misma al Gobierno de la Nación o que corresponden al Estado conforme a lo establecido en la Disposición adicional primera, 2, de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación (en adelante LODE), es decir; la ordenación general del sistema educativo; la programación general de la enseñanza; la fijación de las enseñanzas mínimas y de las condiciones para la obtención, expedición y homologación de títulos; la Alta Inspección; y las demás facultades que, conforme al artículo 149.1,30ª CE, corresponden al Estado para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos.

Fijado a grandes rasgos el marco competencial, procede a continuación analizar cada uno de los aspectos que son objeto de regulación en el Proyecto para determinar en qué medida resultan acordes con aquél.

#### 1. El currículo de las enseñanzas elementales de danza.

Al margen de la genérica remisión normativa efectuada en favor de las Administraciones educativas por el artículo 48.1 LOE, el artículo 6.4 LOE dispone que *“las Administraciones educativas establecerán el currículo de las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, del que formarán parte los aspectos básicos señalados en apartados anteriores...”*. Tales aspectos básicos son los que el apartado 2 del mismo artículo identifica como enseñanzas mínimas, cuyo establecimiento queda reservado al Gobierno en relación con los objetivos, competencias básicas, contenidos y criterios de evaluación de cada enseñanza, con el fin de asegurar una formación común y la validez de los títulos correspondientes.

Estos aspectos básicos del currículo fueron fijados por el Real Decreto 755/1992, de 26 de junio, en desarrollo de las enseñanzas reguladas en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), sin que el Gobierno haya dictado un Real Decreto de enseñanzas mínimas tras la entrada en vigor de la LOE. Esta situación convierte en cuestión previa la de determinar si el referido RD 755/92 ha de considerarse vigente y aplicable en orden a la implantación de las enseñanzas elementales de danza definidas por la LOE.

Ha de recordarse a tal efecto que la Disposición transitoria undécima LOE establece que *“en las materias cuya regulación remite la presente Ley a ulteriores disposiciones reglamentarias, y en tanto éstas no sean dictadas, serán de aplicación, en cada caso, las normas de este rango que lo venían siendo a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, siempre que no se opongan a lo dispuesto en ella”*.

El referido Real Decreto y su desarrollo, la Orden Ministerial de 1 de agosto de 1992, por la que se establece el currículo del grado elemental de las enseñanzas de danza, se encontraban vigentes al momento de dictarse la LOE. Ahora bien, a diferencia de la LOGSE



(cuyo artículo 39.4 remitía el establecimiento del currículo de las enseñanzas de música y danza, en todos sus grados —elemental, medio y superior—, a lo dispuesto con carácter general en su artículo 4, sometiendo de manera expresa la ordenación de las enseñanzas elementales de música y danza al esquema de enseñanzas mínimas fijadas por el Estado y currículo establecido por la Administración educativa correspondiente) el artículo 46.1 LOE efectúa esa misma remisión, pero limitada ahora a la fijación del currículo de las enseñanzas artísticas profesionales, excluyendo, en consecuencia, el grado elemental de tales enseñanzas.

Si a ello se une la genérica y amplísima remisión que el artículo 48.1 LOE efectúa a favor de la actuación normativa de las Administraciones educativas, a las que deja la determinación de las características y organización de las enseñanzas elementales de música y danza (previsión inexistente en la LOGSE), sin establecer la vigente Ley básica norma alguna en materia de ordenación de tales enseñanzas, a diferencia de lo que hace en el artículo 46 con los niveles profesional y superior de las enseñanzas artísticas, puede concluirse que la Comunidad Autónoma cuenta con un extenso margen de actuación en la definición de estas enseñanzas, que no ha de entenderse limitado por el RD 755/1992, el cual ha de considerarse tácitamente derogado por la LOE, sin que quepa mantener su vigencia al amparo de la Disposición transitoria undécima de la Ley.

## 2. Implantación de las enseñanzas.

Las disposiciones adicional segunda y transitoria del Proyecto vienen a regular la implantación de las enseñanzas objeto del mismo, previendo situaciones transversales entre las enseñanzas fijadas por la LOGSE y las previstas en la LOE, lo que debería llevar a su refundición en una única disposición. Así, se disciplina la incorporación del alumnado procedente del sistema anterior a los cursos correspondientes del nuevo, tanto en el caso de repetición de curso como de promoción, y ya sea ésta ordinaria, por haber superado adecuadamente las asignaturas del curso, o extraordinaria, como ocurre cuando el alumno obtiene evaluación negativa en una sola asignatura.

Precisamente este último supuesto, previsto en la Disposición adicional segunda, apartado 2, merece una consideración de corte competencial. En efecto, según el precepto, cuando un alumno tenga calificación negativa en una asignatura del curso que esté realizando de las enseñanzas de grado elemental establecidas en la LOGSE, se incorporará al curso siguiente de las enseñanzas reguladas en el Proyecto. Desconoce así la reserva competencial que la Disposición adicional quinta RD 806/2006, efectúa a favor del Ministerio de Educación y Ciencia, para regular las condiciones de promoción desde un curso del sistema que se extingue a otro del nuevo sistema, cuando aquél no hubiera sido superado en su totalidad. El carácter básico de la norma, fijado por su Disposición final primera, impide a la Comunidad Autónoma ordenar la promoción desde un curso de un sistema a un curso del nuevo, cuando aquél no hubiera sido superado en su integridad, por lo que el apartado 2 de la Disposición adicional segunda del Proyecto queda afectado de incompetencia, debiendo ser suprimido.

Por lo demás, y al margen de lo indicado en el párrafo precedente, la extensión de la competencia regional de desarrollo legislativo, su coherencia con la habilitación normativa genérica contenida en la LOE y la no inclusión de las materias objeto de consideración entre aquellas que merecen la reserva de regulación a favor del Estado, permiten concluir que la Comunidad Autónoma puede establecer normas de ordenación de las enseñanzas elementales de danza, disciplinar el ingreso en las mismas, fijar su currículo, desarrollar el régimen de autonomía pedagógica y organizativa de los centros que las imparten y regular el

proceso de implantación de las enseñanzas. En su ejercicio, y en atención al modelo “bases más desarrollo” a que aquélla responde, el Consejo de Gobierno habrá de ajustarse a los límites establecidos por las leyes orgánicas que desarrollan el artículo 27 de la Constitución y demás normas básicas que incidan sobre la materia.

El ejercicio de la competencia corresponde al Consejo de Gobierno en virtud de sus funciones estatutarias (artículo 32 EAMU) y legales (artículos 21.1, 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia).

### **TERCERA.- Procedimiento de elaboración.**

Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, si bien han de advertirse las siguientes carencias:

1. El trámite consistente en la preceptiva memoria que justifique la oportunidad del Proyecto y que incluya la motivación técnica y jurídica, de las concretas determinaciones normativas propuestas, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, no puede entenderse cumplimentado con la escueta fundamentación contenida en el informe-memoria que contiene el expediente.

2. Carece el expediente de la relación de disposiciones cuya vigencia resultará afectada por la entrada en vigor de la nueva norma, omisión que resulta coherente con la ausencia de disposición derogatoria, derivada de la inexistencia de regulación regional en la materia. Adviértase, no obstante, que de los términos en que se expresa el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, cabe interpretar que cualquier afección de la vigencia ha de ser tenida en cuenta, es decir, no sólo la más radical que supone la derogación, sino también otras incidencias de menor intensidad, tales como las modificaciones, expresas o tácitas, de preceptos concretos, el desplazamiento de la aplicación por vía de supletoriedad de normas estatales por la aprobación de normas regionales, etc. Y es que la exigencia contenida en el precepto legal se enmarca, en la fase de elaboración normativa, entre aquellas actuaciones que persiguen aportar un conocimiento pleno no sólo de las razones o motivos que justifican la oportunidad y necesidad de la norma en general o de las concretas determinaciones normativas que establezca, sino también de las consecuencias de toda índole que tendrá su aprobación, para posibilitar su mejor inserción en el ordenamiento, evitando indeseables antinomias y vacíos de regulación.

En este sentido, la entrada en vigor del futuro Decreto determinará que deje de aplicarse en la Comunidad Autónoma la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia, de 1 de agosto de 1992, por la que se establece el currículo de las enseñanzas de danza de grado elemental.

### **CUARTA.- Texto sometido a Dictamen.**

El texto que figura como definitivo en el expediente consta de una parte expositiva innominada, 17 artículos divididos en 6 capítulos (I, *disposiciones de carácter general*; II, *del currículo*; III, *del ingreso en las enseñanzas*; IV, *de la evaluación, la promoción y la permanencia*; V, *de los documentos de evaluación*; y VI, *de la autonomía pedagógica y organizativa de los centros*), 3 Disposiciones adicionales, una transitoria y una final, así como 4 Anexos.

Se observa que la titulación del Capítulo VI debe ir precedida de la expresión introductoria “de la”.

**QUINTA.- Observaciones al texto.**

— Fórmula promulgatoria.

La referencia a los informes y consultas efectuados en la elaboración del Proyecto, como el del Consejo Escolar de la Región de Murcia, debe consignarse en párrafo independiente de la fórmula promulgatoria, en la cual únicamente debe figurar la indicación del presente Dictamen, para expresar si la norma se ajusta al mismo o se separa de él (Directrices 13 y 16 de las de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005).

— Artículo 4. Contenido del currículo.

En rigor no es correcto afirmar que el currículo se compone de las asignaturas que se determinan en el anexo I, toda vez que al hacerlo se aparta el Proyecto de la definición básica de currículo que ofrece el artículo 6.1 LOE, según la cual se entiende por tal “*el conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación*” de cada enseñanza. En su virtud, sería más adecuado recoger tal definición en el apartado 1 del precepto proyectado, estableciendo que el currículo se compone de los elementos indicados y se organiza en las asignaturas correspondientes, conforme al modelo seguido por los artículos 2.1 y 5 RD 775/1992.

— Artículos 6 y 7. Procedimientos de ingreso en las enseñanzas.

Como quiera que el artículo 7 se destina específicamente a regular la prueba de ingreso a curso distinto de primero, los apartados 2 y 3 del artículo 6 deberían trasladarse al primero de los preceptos citados, en orden a mejorar la distribución sistemática de los contenidos. Así, por ejemplo, el indicado artículo 7 podría quedar con la siguiente composición en apartados:

1, el apartado 2 del artículo 6.

2, el apartado 1 del artículo 7.

3, el apartado 3 del artículo 6, a excepción de su letra e), que debería ser reemplazada por el apartado 2 del artículo 7.

4, la letra e) del artículo 6.3.

— Artículo 9. Matrícula en más de un curso.

Prevé el precepto la posibilidad excepcional de que los alumnos que demuestren un alto rendimiento en las enseñanzas puedan realizar matrícula en más de un curso, para lo que deberán contar con el informe favorable del equipo docente y de la comisión de coordinación pedagógica. Una vez matriculado sólo asistirá a las clases correspondientes al curso superior.

Debería precisarse que esta última regla sólo será aplicable en el caso de las asignaturas de carácter progresivo a que se refiere el artículo 10.8 del Proyecto, en cuya virtud la superación de una de ellas supondrá la evaluación positiva de la asignatura correlativa del curso anterior. Sin embargo, si existe una asignatura no progresiva (el expediente no arroja luz acerca de este extremo), quizás el alumno debería poder asistir a las clases de dicha asignatura correspondientes a los cursos en los que se haya matriculado.

Si todas las asignaturas fueran progresivas, debería modificarse la redacción del artículo 10.8 del Proyecto, eliminando la, en consecuencia, inútil mención a las que no lo son y generalizando la regla a todas las que componen las enseñanzas objeto de regulación.

— Artículo 11. Promoción.

Debe suprimirse el último inciso del apartado 4, pues puede inducir al error de considerar que es necesario contar con el certificado de enseñanzas elementales de danza o de haberlas cursado, aunque no se hubieran completado y superado, para poder acceder a las enseñanzas profesionales, cuando no es así. A estas últimas puede accederse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 LOE, es decir, mediante una prueba de ingreso, para la que no es requisito previo haber cursado enseñanzas elementales de danza.

Cuestión distinta sería que el precepto pretendiera establecer una suerte de convalidación de las asignaturas de las enseñanzas elementales derivada de la superación de la prueba de acceso a las profesionales, en cuyo caso, la redacción actual del precepto no sería la más afortunada.

— Artículo 16. Autonomía pedagógica y organizativa de los centros.

Es doctrina consolidada del Consejo Jurídico que, cuando se pretenda incluir en normas reglamentarias regionales preceptos que son reproducción de la Ley o norma básica que se desarrolla, mediante llamadas concretas se deje advertencia en el texto del reglamento de cuáles son los contenidos básicos volcados al mismo, para así facilitar su comprensión e interpretación, a la par que se evitan potenciales ilegalidades al dictar la Comunidad Autónoma normas en materias sobre las que carece de competencia. Asimismo, cuando se considere oportuno o necesario proceder a la reproducción de los contenidos legales en las normas reglamentarias, debe transcribirse literalmente el artículo, sin introducir modificaciones o alteraciones en su redacción.

Se hace esta consideración al advertir que existen en el Proyecto preceptos que vuelcan normas básicas sin efectuar advertencia expresa de su origen estatal (artículo 17.1, que reproduce parte del artículo 91.1 LOE) y alterando parcialmente su redacción, como ocurre, a modo de ejemplo, con el artículo 16.6, que reproduce el artículo 125 LOE, si bien suprime la referencia al currículo como contenido necesario de la programación general anual del centro.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar la norma sometida a consulta, excepto la regulación contenida en la Disposición adicional segunda, apartado 2, que debe ser suprimida, conforme a lo indicado en la Consideración Segunda, 2, de este Dictamen. Esta observación tiene carácter esencial.

**SEGUNDA.**- La tramitación del Proyecto se ha ajustado a las normas que disciplinan el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de las carencias puestas de manifiesto en la Consideración Tercera de este Dictamen.

**TERCERA.**- El resto de observaciones, de incorporarse al texto del Proyecto, contribuirían a su mayor perfección técnica y mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 43/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.****Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)****Fecha: 10/03/08****Extracto de Doctrina**

*Conviene aquí recordar la muy asentada doctrina jurisprudencial que admite la ruptura del nexo causal y consecuentemente la exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en los supuestos en que, como el presente, el resultado lesivo es imputable a la conducción impropia de la accidentada (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo y 8 de octubre de 1998).*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El día 16 de septiembre de 2004 tuvo entrada en el Registro de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes un escrito de x. por el que formulaba reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños habidos en el vehículo de su propiedad RENAULT Clío, matrícula “\_\_”, a consecuencia del accidente que tuvo lugar el 13 de julio de 2004, a las 7:15 horas, en la carretera del Paretón (antigua carretera Mazarón-Totana). Según relata la interesada, el percance ocurrió cuando circulaba por la citada vía y de modo imprevisto y sin que hubiese señal alguna que lo advirtiese, el asfalto de la carretera dejó de ser firme volviéndose arenoso; como consecuencia de esta circunstancia perdió el control de su automóvil saliéndose de la calzada, sufriendo su vehículo diversos daños, y ella tuvo que ser atendida en el Hospital Santa María del Rosell, donde se le diagnosticó un esguince cervical, dolencia de la que aún no había recibido el alta médica en el momento de formular su reclamación.

Considera la x. que el accidente se produjo como consecuencia de la falta de señalización en la vía de las obras que se estaban realizando. Sin embargo, añade la interesada, transcurridos 45 minutos desde que se produjo el accidente, “comenzaron a llegar camiones y maquinaria de obra que descargaron señales viales de peligro, comenzando a realizar obras de reparación del asfaltado”.

Acompaña a su solicitud los siguientes documentos: a) informe del servicio de urgencias del Hospital Santa María del Rosell de Cartagena; b) informe del Centro Médico Espuña; c) fotografías correspondientes al lugar donde ocurrió el accidente.

Solicita se dicte resolución declarando la responsabilidad patrimonial de la Administración por los hechos denunciados, y se reconozca su derecho a percibir la indemnización que, en su momento, se concretará por los daños materiales y físicos sufridos en su vehículo y en su persona.

**SEGUNDO.-** El órgano instructor del procedimiento requiere a la interesada para que mejore su solicitud, mediante la aportación de diversa documentación, al tiempo que le traslada la información a la que hace referencia el artículo 142.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

El requerimiento es cumplimentado por la reclamante con la aportación de la documentación que le había sido requerida, al tiempo que solicita la práctica de las siguientes pruebas:

a) Documental, consistente en que se tengan por reproducidos cuantos documentos han sido aportados hasta ese momento al expediente de responsabilidad patrimonial.

b) Testifical, consistente en declaración de x.

**TERCERO.-** En fecha 10 de diciembre de 2004 tiene entrada en el Registro de la Consejería consultante, escrito de la reclamante, en el que manifiesta haber sido dada de alta el 8 de septiembre de 2004 con secuela de cervicalgia. Asimismo, concreta el quantum indemnizatorio en la cifra de 5.310,14 euros, según el siguiente detalle:

— 58 días de baja no impositiva a 45,81 euros: 2.656,98 euros.

— Cervicalgia: 3 puntos por 652,82 euros cada uno: 1.958,46 euros.

— Corrección 10% por perjuicios económicos: 461,54 euros.

— Neumáticos del vehículo (gasto que no asumió su aseguradora): 233,16 euros.

Acompaña informe de alta médica, en el que se indican las secuelas que padece.

**CUARTO.-** Solicitado informe a la Dirección General de Carreteras este órgano directivo remite, con fecha 21 de diciembre de 2004, informe del Ingeniero Técnico de Obras Públicas del Servicio de Conservación de la citada Dirección General, en el que, tras afirmar la titularidad regional de la carretera en la que acaeció el accidente, manifiesta lo siguiente:

*“a) Sólo se ha tenido conocimiento del evento lesivo a través de la reclamación patrimonial.*

*No se efectuaron tareas inmediatamente después del accidente ni en fechas posteriores “relacionadas con este siniestro” aún cuando la reclamante afirme que se colocaron señales y se procedió a reparar el asfalto.*

*Las señales que se colocaron correspondían a las señales móviles que se instalan protegiendo el tajo del asfaltado que iniciaba su trabajo alrededor de las 8 horas y que se estaba efectuando en la carretera para advertir de los trabajos que se realizaban en la calzada pudiendo interpretar la reclamante que se colocaron por el accidente ocurrido cuando en realidad la señalización móvil se coloca a diario y al comienzo de cada jornada de trabajo.*

*Asimismo no se personó el personal de servicio de carreteras como indica la reclamante sino el personal de la empresa adjudicataria de las obras para continuar con las mismas.*

*b) Las obras comenzaron el día 8 de julio de 2004, terminándose el día 24 de julio de 2004.*

*c) Dado que la carretera estaba perfectamente señalizada, en todo el tramo de actuación, el accidente se produce por una actuación inadecuada de la perjudicada al no respetar o advertir las señales verticales colocadas en la carretera.*

*d) No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de la carretera.*

*e) No se puede imputar a esta Administración o a otras Administraciones la responsabilidad de los hechos ni se conocen contratistas u otros agentes a los que atribuirle la responsabilidad.*

*f) La carretera se hallaba con la señalización fija de obras y en concreto desde el comienzo de la misma hasta el lugar del siniestro se encontraban colocadas las siguientes:*

*— Señal tipo TP 28 (Proyección de gravilla) aproximadamente a 1.300 m del lugar del accidente.*

*— Señal tipo TP 18 (Obras) aproximadamente a 1.100 m del lugar del accidente.*

*— Señal tipo TR 301 (Velocidad limitada a 40 km/h) aproximadamente a 1.250 m. del lugar del accidente.*

*— Cartel con texto “Precaución obras en 6 km con limitación de velocidad a 40km/h aproximadamente a 1.200 m del lugar del accidente.*

*— Señal TR 301 (velocidad limitada a 40 km/h) aproximadamente a 900 m del lugar del accidente.*

*— Señal tipo TR 301 (velocidad limitada a 40 km/h) aproximadamente a 200 m. del lugar del accidente*

*h) No se puede comprobar la valoración de los daños alegados.*

*i) No existen aspectos de carácter técnico en la producción del daño.*

*j) En el momento del accidente la calzada se encontraba con tramos de firme saneados y terminados en zahorra artificial como los que figuran en las fotografías aportadas motivo por el cual se limita la velocidad a 40 km/h y teniendo en cuenta que la zahorra estaba compactada a esa velocidad tan abundantemente señalizada no se producen deslizamientos con pérdida de control del vehículo sobre ese tipo de firme por lo que parece que la reclamante actuó de una forma inadecuada bien por no respetar la limitación de velocidad o por alguna otra causa ajena al servicio público de la carretera”.*

**QUINTO.-** Con fecha 11 de abril de 2005 la instructora dirige escrito a la reclamante notificándole la admisión de la prueba testifical propuesta, y señalando el siguiente día 5 de mayo para su práctica. Asimismo le advierte de deberá acudir a dicho acto provista del correspondiente pliego de preguntas a formular al testigo.

El día señalado comparece el testigo x. que, al responder a las preguntas generales del artículo 367.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, admite que le une una relación de pareja con la reclamante, manifestando, asimismo, que tiene interés en la reclamación. Seguidamente el testigo responde al pliego de preguntas presentado por la interesada, con el resultado que consta en los folios 95 y 96 del expediente.

**SEXTO.-** Mediante escrito fechado el día 25 de mayo de 2005 la reclamante aporta el original de las fotos de las que en su momento adjuntó copia a la reclamación, pero cuyo visionado era bastante defectuoso.

**SÉPTIMO.-** Conferido trámite de audiencia a la reclamante, ésta comparece formulando alegaciones en las que se ratifica en su reclamación y en el importe de la indemnización solicitada.

**OCTAVO.-** Con fecha 9 de abril de 2007, el instructor dicta propuesta de resolución en sentido desestimatorio al considerar que no concurren los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial, en particular, el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño padecido.

**NOVENO.-** Tras incorporar al expediente un extracto de secretaría y un índice de documentos, el Secretario General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, por delegación de su titular, remitió el expediente en solicitud de Dictamen, que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 17 de abril de 2007.

Examinadas las actuaciones se observa que, según se indica en el informe de la Dirección General de Carreteras (folio 59), la ejecución de las obras a cuya falta de señalización imputa la reclamante el accidente de circulación sufrido, había sido contratada con una empresa, sin que conste en el expediente que se le notificara en su momento la incoación del procedimiento ni se le otorgara trámite de audiencia final, vulnerándose, así, lo dispuesto en los artículos 1.3 *in fine* del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP) y 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Ante la omisión de este esencial trámite, el Consejo Jurídico en su sesión del día 24 de septiembre de 2007, adoptó el acuerdo núm. 17/2007 en el que se indicaba que para poder emitir Dictamen sobre el fondo del asunto era necesario que se completase el expediente con dicha actuación.

**DÉCIMO.-** Recibido el Acuerdo en la Consejería, el instructor, mediante escrito fechado el día 12 de noviembre de 2007, procedió a notificar a la empresa adjudicataria de las obras la apertura del trámite de audiencia al objeto de que pudiera examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimase pertinentes, sin que hiciera uso de este derecho.

Seguidamente el instructor procede a extender diligencia en la que se hace constar que al no haber presentado el contratista alegación alguna, no es preciso formular nueva propuesta de resolución.

**UNDÉCIMO.-** En tal estado de tramitación V.E. dispuso nuevamente la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 19 de diciembre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### CONSIDERACIONES

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

La solicitud de dictamen se ha formulado en cumplimiento de lo establecido en el número 9 del artículo 12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ). De acuerdo con ello se emite con carácter preceptivo.

#### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

La reclamante, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en un deficiente estado de los elementos de una vía pública dependiente de la Adminis-



tración, ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

En cuanto a la legitimación pasiva, al ser la carretera donde se produce el accidente de titularidad regional, como se desprende de la documentación incorporada al procedimiento, dicha legitimación corresponde a la Administración regional, y el órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.2, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Por otro lado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

El resto del procedimiento seguido por la Administración instructora respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el RRP. No obstante, es preciso realizar determinadas puntualizaciones sobre los concretos extremos que a continuación se indican:

a) Se ha superado ampliamente el plazo máximo de resolución y notificación que el artículo 13.3 RRP establece en seis meses. Especial reprobación merece la paralización que sufre el impulso del expediente entre el momento en el que la reclamante presenta alegaciones en el trámite de audiencia (18 de abril de 2006) y la fecha en la que se formula la propuesta de resolución (9 de abril de 2007), sin que entre ambos momentos se haya producido ninguna otra actuación que justifique tal dilación.

b) Cuando se produce un cambio en el instructor del procedimiento —circunstancia que en el presente caso se da en dos ocasiones— se debe poner en conocimiento del interesado, al objeto de que pueda alegar lo que a su derecho convenga en relación con las causas de abstención y recusación (artículos 28 y 29 LPAC). En todo caso, trasladadas a la reclamante las actuaciones llevadas a cabo por los nuevos instructores, aquélla se aquietó ante el cambio de titularidad del órgano instructor, de donde cabe deducir que no concurría causa alguna de abstención o recusación.

**TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

Por otro lado, la causación de la lesión resarcible puede provenir tanto de una acción como de una omisión de los servicios públicos. En el supuesto que nos ocupa la reclamante sitúa la causa generadora de los daños en una omisión, por cuanto considera que las obras que se estaban realizando en la vía pública no se encontraban debidamente señalizadas. Pues bien, sólo si se consigue establecer una relación de causa a efecto entre la mencionada omisión y el daño alegado podría ser estimada la reclamación, pues el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetiva sólo exime de prueba de existencia de culpa, pero no del imprescindible nexo de causalidad entre la conducta de los servicios públicos y el daño.

De la instrucción practicada en el expediente resulta acreditada la realidad y certeza del accidente ocurrido el día 13 de julio de 2004, así como que, a causa de él, se produjeron daños materiales en el vehículo siniestrado y lesiones en la conductora. La cuestión que corresponde plantearse ahora consiste en determinar si ese resultado dañoso es o no imputable al funcionamiento de los servicios públicos de la Administración regional, tal como pretende la reclamante.

Tanto la propuesta de resolución formulada por el instructor como el informe emitido por el Ingeniero Técnico de Obras Públicas de la Dirección General de Carreteras, se manifiestan en el sentido de señalar que la causa del accidente no es imputable al funcionamiento del servicio público, sino al incorrecto proceder de la conductora.

El Consejo Jurídico comparte este planteamiento. En efecto, una apreciación conjunta de las actuaciones obrantes en el expediente pone de manifiesto que, en contra de lo que mantiene la conductora, las obras que se estaban ejecutando en la carretera por la que circulaba el día del siniestro se encontraban perfectamente señalizadas (informe técnico antes mencionado y que obra a los folios 54, 55 y 56 del expediente). Las señales móviles que los obreros de la empresa contratista colocaron momentos después del accidente estaban destinadas —como se indica en el citado informe técnico— a proteger “*el tajo del asfaltado que iniciaba su trabajo alrededor de las 8 horas*”. Se trata, por lo tanto, de unas señales, complementarias a las fijas que sí existían, que se instalan y retiran a diario coincidiendo con el inicio y fin de las concretas obras que se ejecutan en esa jornada. Las señales fijas de obras advertían de que éstas se estaban llevando a cabo, de que existía proyección de grava, de que debía circularse con precaución y, finalmente, limitaban la velocidad a 40 Km/h. El único informe técnico que obra en el expediente indica, como causa del accidente, la falta de adecuación de la velocidad con la que circulaba la reclamante atendiendo las circunstancias —debidamente indicadas— que concurrían en la calzada, las cuales, además, eran conocidas por conductora ya que transitaba a diario por ella (declaración del testigo que figura al folio 95), lo que exigía que extremara la diligencia en la conducción. Afirma el Ingeniero Técnico que en el momento de ocurrir el siniestro la zahorra artificial con la que estaba cubierto el firme se encontraba perfectamente compactada y, por lo tanto, de haber circulado a la velocidad permitida, es decir, 40 Km/h, no se hubiese producido deslizamiento alguno del vehículo.

Esta conclusión de contenido técnico no se ve desvirtuada por la prueba testifical practicada a instancia de parte, ya que, tal como aparece en la correspondiente diligencia, la persona que testificó no presenció los hechos y, además, tiene amistad íntima con la conductora, siendo, por lo tanto, parte interesada (así lo reconoce al responder a las preguntas generales del art. 367.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin que, por lo tanto, de sus declaraciones quepa presumir la necesaria objetividad.

La misma suerte debe correr la prueba documental consistente en fotografías del lugar de los hechos. En efecto, este documento gráfico lo que viene es a corroborar el contenido del informe del técnico de la Dirección General de Carreteras: Se observan las señales de limitación de velocidad; se constata que los trabajadores de la empresa contratista están señalizando el tajo; se advierte que la zahorra se encuentra compactada; se comprueba la existencia de una señal de advertencia de peligro por gravilla suelta (folio 5); y, por último, se aprecia que a la altura de la calzada por donde el vehículo se deslizó y se salió del firme no existe desnivel alguno (foto núm. 6, obrante al folio 98). El desnivel que aparece en las fotos 1 y 2 (folio 103) no se encuentra en el tramo en el que ocurrió el accidente (en estas dos últimas fotos se puede observar la existencia de línea longitudinal sobre la calzada, en tanto que en la foto núm. 6 dicha línea no aparece).

Todo lo anterior, a falta de otro informe técnico por el que se acredite lo contrario (atestado de la Guardia Civil o similar), nos lleva a entender, con el Ingeniero Técnico de la Dirección General de Carreteras, que el comportamiento de la conductora no respondió en modo alguno al mandato establecido en el artículo 19 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, que obliga a respetar, en todo caso, los límites de velocidad, sin que, además, se atuviese a la obligación impuesta por el artículo 9.2 del citado texto legal, a cuyo tenor el particular deberá conducir con la diligencia y precaución necesarias para evitar todo daño, propio o ajeno.

Conviene aquí recordar la muy asentada doctrina jurisprudencial que admite la ruptura del nexo causal y consecuentemente la exoneración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en los supuestos en que, como el presente, el resultado lesivo es imputable a la conducción impropia de la accidentada (Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo y 8 de octubre de 1998).

Valoradas las circunstancias expresadas, este Consejo Jurídico coincide con el parecer expresado por el órgano instructor de que ha quedado acreditada la concurrencia de causas excluyentes de la responsabilidad patrimonial de la Administración por circulación indebida de la interesada, al hacerlo a una velocidad superior a la permitida y, en cualquier caso, excesiva para las condiciones imperantes en aquel momento en la vía. Procede, por tanto, desestimar la reclamación formulada, por no concurrir en este supuesto el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y el daño sufrido.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir los requisitos que determinan su existencia.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 44/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante:** Consejero de Educación y Cultura (2002)

**Fecha:** 10/03/08

#### **Extracto de Doctrina**

*NOTA: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 18/2008.*

**DICTAMEN 45/08.- Resolución de contrato formalizado con la mercantil x, por la gestión y explotación del albergue municipal y zona recreativa en el municipio de Librilla.**

**Consultante:** Alcalde del Ayuntamiento de Librilla

**Fecha:** 10/03/08

#### **Extracto de Doctrina**

*Conforme a una consolidada doctrina jurisprudencial y consultiva, la determinación de la naturaleza de un concreto negocio jurídico público, ya sea contrato, convenio o cualquier otro de características análogas, no depende de la denominación otorgada al mismo por las partes intervinientes, sino de su real contenido (por todas, STS, 3ª, de 14 de abril de 1990). Del mismo modo, el Consejo de Estado tiene declarado que la calificación de los contratos celebrados por la Administración debe dilucidarse a la vista de los términos y estructura de cada acuerdo de voluntades, afirmando que la naturaleza jurídica de una relación contractual es indisponible para las partes, de forma que aquella dependerá de la estructura misma de la relación, sin que necesariamente las declaraciones contenidas en el clausulado contractual comporten un cambio en la naturaleza jurídica (Dictamen 52375/1988).*

#### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Librilla, de 6 de marzo de 2007, se inicia expediente de contratación para la concesión de la gestión y explotación del albergue municipal y de la zona recreativa y de ocio “\_\_\_”, aprobando en el mismo acto el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, de las que destacan las siguientes:

— Cláusula 1. Objeto del contrato y naturaleza jurídica.

*La presente contratación tiene por objeto (...) la gestión y explotación, mediante concesión, del albergue municipal de Librilla y zona recreativa y de ocio ubicado en el paraje de “\_\_\_”.*

*La explotación comprenderá los servicios de alojamiento, manutención, gestión de visitas de centros escolares y otros colectivos o particulares, organización de eventos, excursiones, cursos, jornadas y seminarios, actividades de ocio y tiempo libre o eventos de similar naturaleza, servicios bar y restaurante, así como control de material inventariado y el mantenimiento de todas las zonas comprendidas en el complejo.*

(...)

*El contrato derivado de la adjudicación del presente pliego se tipifica como un contrato de concesión de obras públicas regulado en el Título V, Libro II del TRLCAP”.*

— Cláusula 2. Plazo de vigencia.

*El plazo de vigencia de la presente contratación se fija en 4 años, a contar desde la firma del contrato.*

(...)

— Cláusula 5. Canon de la concesión.

*Los licitadores deberán presentar con sus ofertas estudio económico del servicio en el que se determinen los ingresos y gastos previstos por la explotación del servicio, incluidos los gastos generales y el margen de beneficio industrial para el concesionario. La diferencia resultante entre la totalidad de ingresos y la totalidad de gastos del plazo total de la concesión constituirá el canon a abonar al Ayuntamiento, siendo satisfecha la cuarta parte al principio de cada anualidad en la Tesorería del Ayuntamiento.*

— Cláusula 6. Obligaciones del adjudicatario en el desarrollo del contrato.

(...)

*3. El adjudicatario mantendrá en perfecto estado de limpieza y mantenimiento todas las instalaciones incluidas en el objeto de esta licitación.*

*4. El adjudicatario será responsable de la reposición de todas las instalaciones, servicios y dotaciones del complejo, por su merma, desgaste u obsolescencia, sean o no debidos a un uso normal. Todos los gastos necesarios para el mantenimiento integral de las instalaciones descritas en el Anexo I del presente Pliego, así como aquellos necesarios para el uso al que va destinado el inmueble, serán de cuenta y cargo del adjudicatario. Esta Cláusula hace igualmente referencia a los elementos que el adjudicatario pudiera sumar a los descritos en dicho anexo como consecuencia de la aplicación de la cláusula siguiente.*

*5. Será de cuenta del adjudicatario la ejecución de cualquier obra o mejora necesaria para la correcta explotación del servicio, y no descrita en el Anexo I de este Pliego, para lo que deberá contar previamente con el consentimiento del Ayuntamiento. Las reformas que por imperativo legal, por cambios en la normativa del sector, deban acometerse, y siempre a partir de la toma de posesión de las instalaciones, serán de cuenta y cargo del adjudicatario.*

*6. El adjudicatario deberá equipar las instalaciones al fin previsto, siendo de su cargo y responsabilidad la obtención de los permisos y autorizaciones necesarios para la ocupación y uso del citado inmueble. En cualquier caso, la autorización estará sometida a la concesión de las oportunas licencias y permisos administrativos.*

(...)

9. *Será de cuenta y costa del adjudicatario la realización de gestiones, pago de todos los gastos, tasas, arbitrios, redacción y visado de los proyectos que haya que presentar en los organismos y compañías competentes, a efectos de obtener el alta y permisos para el funcionamiento de las instalaciones, máquinas y equipos, aunque hayan de ser tituladas a nombre de la administración o de la persona o entidad que ésta designe.*

(...)

13. *En todo momento el adjudicatario deberá cumplir con los preceptos que marque la ley en materia de gestión de albergues y de establecimientos de restauración, especialmente en aquellas que afecten a la seguridad de cosas y personas. El adjudicatario garantiza el correcto funcionamiento así como la gestión del Albergue y zona recreativa y de ocio, obligándose a facilitar a los clientes el mejor nivel de servicio y de trato posibles.*

(...)

16. *El concesionario mantendrá abierta las instalaciones todos los días del año en el horario que se determine, no pudiendo permanecer cerradas las instalaciones salvo autorización expresa del Ayuntamiento.*

— Cláusula 22. Adjudicación y formalización del contrato.

(...)

3. *En el plazo máximo de 15 días a contar desde la fecha de adjudicación, se deberá iniciar la prestación del servicio de Albergue y resto de actividades.*

Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 17 de abril de 2007, se adjudica el contrato a la mercantil “--, S.L.”, formalizándose con fecha 30 de abril de 2007. Su estipulación segunda dispone que el precio del contrato es de 108.000 euros, “*que el adjudicatario ingresará por cuartas partes al principio de cada anualidad*”.

Según consta en los antecedentes del contrato, el adjudicatario constituyó garantía definitiva por importe de 60.000 euros.

**SEGUNDO.-** Por Acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de 12 de septiembre de 2007, se inicia expediente para la resolución del contrato, con incautación de la garantía, confiriendo trámite de audiencia al contratista y a su avalista.

El Ayuntamiento esgrime, como causas de resolución contractual al amparo del artículo 111, letra h), del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), que el contratista no ha abonado la cantidad de 27.000 euros correspondiente a la primera anualidad del canon de la concesión y que no mantiene abiertas las instalaciones todos los días del año, habiéndolas cerrado sin la autorización del Ayuntamiento.

**TERCERO.-** Con fecha 18 de octubre de 2007, uno de los administradores de la contratista presenta alegaciones mostrando su oposición a la resolución del contrato, con base en las siguientes alegaciones:

a) Respecto a la omisión del abono de la parte del canon correspondiente a la primera anualidad del contrato, la mercantil considera que la obligación de pago debe hacerse efectiva al inicio de cada año natural, dejando al principio de la vigencia del contrato un margen de tiempo razonable durante el cual pueda el contratista obtener el rendimiento previsto

de la explotación para poder afrontar dicho pago. Afirma, además, que la prueba de que tal interpretación es la correcta es la actitud de la Corporación, que no ha requerido a la adjudicataria el cumplimiento de sus obligaciones económicas con anterioridad al acuerdo de iniciación del procedimiento resolutorio.

b) Si no se han mantenido abiertas las instalaciones ha sido por la imposibilidad de prestar los servicios contratados, debido a una serie de incumplimientos previos atribuibles al Ayuntamiento, que impidían que pudiera comenzar la prestación en el momento en que aquélla debía hacerlo, pues siendo adjudicado el contrato el 17 de abril de 2007 y formalizado el 30 siguiente, tres días después de la inauguración oficial de las instalaciones, la prestación debía iniciarse a los 15 días de la adjudicación, es decir, de forma inmediata tras la formalización. En consecuencia, si, prácticamente desde el mismo día de la firma del contrato, el concesionario venía obligado a prestar servicios de albergue, bar y restaurante, ello *“implicaba que desde ese mismo momento se le había dado posesión de unas instalaciones en las que no existía obstáculo alguno para poder disponer de las mismas para la explotación de dichos servicios”*.

Sin embargo, la realidad era muy distinta, como se demostró al solicitar la empresa, el 16 de mayo de 2007, la pertinente autorización sanitaria para la elaboración de comidas en el bar y restaurante objeto de la concesión. Personados en las instalaciones los inspectores de la Consejería de Sanidad, levantaron acta en la que se ponían de manifiesto diversas deficiencias higiénico-sanitarias, al tiempo que advertían de la defectuosa cumplimentación de la solicitud, al ser el Ayuntamiento el titular de las instalaciones, otorgando un plazo de 10 días para subsanarla. Atendiendo dicho requerimiento de subsanación, el 7 de mayo de 2007 (sic), el Alcalde de Librilla presenta nueva solicitud de autorización sanitaria, sin que hasta la fecha se haya comunicado resolución alguna.

Del mismo modo, se ha denegado por la Consejería competente en materia de Turismo la autorización de apertura y clasificación como restaurante, pues el informe técnico emitido por la Inspección de Turismo advierte diversas deficiencias relativas a la capacidad del local, a la disposición de los aseos y en materia de accesibilidad, así como la ausencia de climatización. Del mismo modo, se hace eco de las Actas de Inspección levantadas por las autoridades sanitarias, donde constan las siguientes deficiencias respecto al servicio de restauración: “escasa superficie de trabajo en cocina para el volumen de producción”, “insuficiencia de cámaras frigoríficas”, y “carencia de mobiliario para útiles”. También recoge la existencia de un informe desfavorable de una empresa de calidad medioambiental relativo al depósito de agua y de sus instalaciones.

Asimismo, se solicitó del Instituto de la Juventud de la Región de Murcia el reconocimiento oficial como Albergue Juvenil, requiriendo el organismo autonómico que se aportara diversa documentación que, a su vez, la empresa pidió al Ayuntamiento que le fuera facilitada, sin que esta última petición haya sido satisfecha. Considera la contratista que la única explicación para esta actitud municipal es que *“el Ayuntamiento es consciente de que las instalaciones no cumplen los requisitos exigidos en la normativa aplicable para poder obtener la autorización, ya que el aforo de las literas supera ampliamente el permitido, no existen instalaciones para lavar y tender la ropa, la potabilidad del agua y la idoneidad de las instalaciones es absolutamente desfavorable”*, etc.; de hecho, el Ayuntamiento ya intentó en el 2005 el reconocimiento oficial como albergue juvenil para las instalaciones ahora concedidas, y no lo logró debido a las deficiencias advertidas en su momento por el Servicio de Sanidad Ambiental.

En suma, considera la contratista que las instalaciones presentan irregularidades que no son imputables a ella, ni le resulta exigible su subsanación, por ser anteriores a la formalización del contrato. Comoquiera que dichas irregularidades convierten a las instalaciones en no aptas para la prestación de los servicios que son objeto del contrato, su incumplimiento es atribuible al Ayuntamiento, al que exige que así lo reconozca y que proceda a devolver las fianzas constituidas y a indemnizar a la adjudicataria en el importe de las inversiones realizadas y rendimientos dejados de obtener, por una cantidad total de 120.000 euros, más el abono de una factura que adjunta al escrito de alegaciones.

Junto a las alegaciones, aporta diversa documentación acreditativa de lo en ellas manifestado.

**CUARTO.-** Con fecha 5 de febrero de 2008 se formula propuesta a la Junta de Gobierno Local, para que proceda a resolver el contrato con incautación de la garantía definitiva. Argumenta la propuesta que el PCAP obligaba al adjudicatario a obtener todos los permisos y autorizaciones necesarios para la puesta en servicio de las instalaciones y que, cuando las recibió, no hizo constar ningún reparo u objeción sobre la inadecuación de las mismas para la prestación del servicio, dando su consentimiento.

En cuanto al momento en que el contratista viene obligado al pago del canon, considera que es el del comienzo de cada anualidad de vigencia del contrato, desde la firma de éste.

En tal estado de tramitación y tras incorporar el preceptivo índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 13 de febrero de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución formulada por el Ayuntamiento de Librilla para declarar resuelto un contrato administrativo de concesión de obra pública, habiéndose formulado oposición por parte del contratista a tal pretensión municipal, concurriendo con tal circunstancia el supuesto previsto en el artículo 249.1, d) y 2 TRLCAP y 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.- Procedimiento.**

A la vista del expediente remitido, se considera que se ha seguido lo establecido en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General del TRLCAP, que establece el procedimiento a seguir en materia de resolución de contratos administrativos.

No obstante, y aunque la urgencia con la que han de evacuarse los informes en el seno del procedimiento de resolución contractual mueven a este Consejo Jurídico a dictaminar sobre el fondo, deben ponerse de manifiesto las siguientes deficiencias en la tramitación y en la conformación del expediente remitido a este Órgano Consultivo.

a) La propuesta de resolución que se somete a consulta no ofrece dato alguno acerca de quién la formula a la Junta de Gobierno Local (cuya competencia para resolver el contrato



tampoco aparece justificada en el expediente) y carece de firma, por lo que difícilmente puede considerarse como copia autorizada del texto definitivo de la propuesta del acto que constituye el objeto de la consulta y que exige el artículo 46.2, letra c) 1º, del Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril (en adelante RCJ).

b) El expediente remitido al Consejo Jurídico carece del preceptivo extracto de secretaría y no está foliado, lo que constituye un nuevo incumplimiento del referido artículo 46.2 RCJ, en sus letras b) y c).

c) Del mismo modo, dispone el referido precepto reglamentario que la consulta se acompañará de los antecedentes de todo orden que puedan influir en el Dictamen, lo que obligaba a incorporar al expediente la documentación relativa a la fase de adjudicación del contrato, singularmente la oferta del adjudicatario.

Asimismo, el contratista pone de manifiesto en sus alegaciones que el Ayuntamiento ha realizado diversas actuaciones relacionadas con el objeto del contrato cuya resolución pretende, cuya plasmación documental no consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico.

### **TERCERA.- La verdadera naturaleza del contrato.**

Conforme a una consolidada doctrina jurisprudencial y consultiva, la determinación de la naturaleza de un concreto negocio jurídico público, ya sea contrato, convenio o cualquier otro de características análogas, no depende de la denominación otorgada al mismo por las partes intervinientes, sino de su real contenido (por todas, STS, 3ª, de 14 de abril de 1990). Del mismo modo, el Consejo de Estado tiene declarado que la calificación de los contratos celebrados por la Administración debe dilucidarse a la vista de los términos y estructura de cada acuerdo de voluntades, afirmando que la naturaleza jurídica de una relación contractual es indisponible para las partes, de forma que aquélla dependerá de la estructura misma de la relación, sin que necesariamente las declaraciones contenidas en el clausulado contractual comporten un cambio en la naturaleza jurídica (Dictamen 52375/1988).

Tras la reforma operada en el TRLCAP por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, coexisten en aquél dos contratos de objeto similar aunque diferente: el de concesión de obras públicas, en su modalidad de explotación de obras ya construidas (artículos 220 y ss TRLCAP) y el de gestión de servicios públicos (artículos 154 y ss TRLCAP). Este último se define en el indicado artículo 154 como aquél mediante el que la Administración encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público, pudiendo adoptar, de conformidad con el artículo 156 TRLCAP, la modalidad de concesión, por lo que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura. Por su parte, el artículo 220.1 TRLCAP define el contrato de concesión de obras públicas como aquél mediante el cual se otorga solamente la explotación de las obras, reconociendo al concesionario el derecho a recibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra.

La distinción entre ambos contratos no siempre es fácil, aunque como pauta interpretativa puede acudir al carácter preponderante de la obra o del servicio. Según este criterio, también utilizado por la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho Comunitario 2000/C 121/02, cuando el objeto principal del contrato lo constituye el servicio, es decir, la realización de una actividad de prestación que tiene por destinatarios a los ciudadanos, de forma que la utilización de las instalaciones públicas es un

medio meramente accesorio de esa prestación principal, nos encontramos ante un contrato de gestión de servicios públicos.

Por el contrario, cuando la explotación de la obra pública es el objeto primordial del contrato, en la medida que no comprende actividad prestacional alguna, sino que consiste en la explotación económica de la mera utilización de la infraestructura pública por los ciudadanos, estaríamos ante un contrato de concesión de obras públicas.

Si aplicamos el criterio expuesto al contrato cuya resolución se pretende, advertimos que el objeto principal del mismo viene constituido por una clara actividad prestacional, como son los “*servicios de alojamiento, manutención, gestión de visitas de centros escolares y otros colectivos o particulares, organización de eventos, excursiones, cursos, jornadas y seminarios, actividades de ocio y tiempo libre o eventos de similar naturaleza, servicios bar y restaurante*”. La realización de estas actividades convierten en secundaria la utilización de las instalaciones del Albergue municipal, que aparece como mero instrumento accesorio para la prestación de los servicios.

La misma propuesta de resolución, al referirse al objeto del contrato, afirma de manera expresa que “*nos encontramos ante un servicio que presta el Ayuntamiento y que, como sucede con otros servicios municipales —recogida de basura, limpieza viaria, abastecimiento de agua potable— se presta todos los días del año*”.

En su virtud, a la luz del objeto del contrato, su calificación más adecuada sería la de gestión de servicios públicos, en modalidad concesional, y no de concesión de obras públicas. Consecuencia de ello es que, en virtud de lo dispuesto por el artículo 6 TRLCAP, el régimen aplicable a la ejecución del contrato y a los eventuales incumplimientos alegados por una y otra parte, será el establecido por las normas rectoras del contrato de gestión de servicios públicos, lo que, por otra parte, poca trascendencia práctica tiene en orden a la resolución contractual que se pretende, pues las normas de uno y otro tipo de contratos contemplan como causa de resolución el incumplimiento del contratista, con pérdida de la fianza constituida cuando aquél le sea imputable.

De hecho, el acuerdo de inicio del procedimiento de resolución contractual alude, como causa de la misma, al incumplimiento por el contratista de sus obligaciones esenciales, con cita expresa del artículo 111, letra h) TRLCAP, y no del 264, letra j) del mismo cuerpo legal, que contiene idéntica causa de resolución, como norma específica del contrato de concesión de obras públicas.

**CUARTA.- De las causas de resolución esgrimidas por la Administración.**

La propuesta de resolución, con base en el informe jurídico obrante en el expediente, se fundamenta en el incumplimiento de dos obligaciones esenciales del contratista:

a) La falta de pago del precio del contrato.

b) La empresa contratista no mantiene abiertas las instalaciones todos los días del año, habiendo cerrado las instalaciones sin autorización expresa del Ayuntamiento.

1. Incumplimiento por el contratista de su obligación de abonar el canon de la concesión.

De conformidad con la estipulación segunda del contrato, su precio se establece en la cantidad de 108.000 euros, que el adjudicatario ingresará en la tesorería municipal por cuartas partes al principio de cada anualidad.

Por su parte, la Cláusula quinta del PCAP dispone que los licitadores deberán presentar con sus ofertas estudio económico del servicio en el que se determinen los ingresos y gastos previstos por la explotación del servicio, incluidos los gastos generales y el margen de beneficio industrial para el concesionario. La diferencia resultante entre la totalidad de ingresos y la totalidad de gastos del plazo total de la concesión constituirá el canon a abonar al Ayuntamiento, siendo satisfecha la cuarta parte al principio de cada anualidad en la Tesorería del Ayuntamiento.

Según la propuesta de resolución, el contratista no ha abonado la parte del canon correspondiente a la primera anualidad, lo que debía realizar al comienzo de la vigencia del contrato; mientras que, para aquél, a la fecha del inicio del procedimiento de resolución contractual, el 12 de septiembre de 2007, todavía no había surgido su obligación de pago, la cual nacería al comienzo del año natural siguiente a la formalización del contrato, es decir, a partir del 1 de enero de 2008, alegando en apoyo de su interpretación el hecho de que el Ayuntamiento no le requiriera, con anterioridad al acuerdo de iniciación del procedimiento resolutorio, el pago de dicho canon.

Atendidas las diferencias surgidas entre las partes del contrato en orden a establecer cuál es el momento en que debe procederse al abono del canon, debe recordarse que el artículo 59 TRLCAP atribuye al órgano de la Administración contratante la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos y resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento.

Ahora bien, como se encarga de matizar la jurisprudencia, *“tal prerrogativa tiene su razón de ser en la mejor satisfacción posible del interés público, ínsito en toda la actividad administrativa, y desde luego no supone una facultad ejercitada caprichosa o arbitrariamente, rotundamente prohibida por el artículo 9.3 de nuestra Constitución. La finalidad perseguida por el citado precepto de la Ley de Contratación Estatal, no es otra que la de solucionar cualquier divergencia o conflicto durante la ejecución del respectivo contrato, siempre, desde luego, en aras del interés público. Mas esta facultad o poder de decisión ejecutoria, objeto, en todo caso de control y revisión jurisdiccional, debe acomodarse a las mismas normas de la contratación entre particulares, determinadas en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, válidas y eficaces en el ámbito de la contratación administrativa, aunque siempre con la importante matización que supone el interés público presente en tal tipo de contratación”* (STS, 3ª, de 14 de diciembre de 1995).

Considera el Consejo Jurídico que la interpretación efectuada por la Corporación Municipal es ajustada a tales criterios interpretativos, no sólo porque los términos del contrato parecen claros, lo que aboca a estar al sentido literal de sus términos (art. 1281 del Código Civil), sino también porque, aunque se estimara dudosa la cláusula referida al pago de la anualidad, de conformidad con el artículo 1285 del Código Civil, aquélla debe interpretarse en el conjunto del contrato (las cláusulas deben interpretarse *“las unas por las otras”*), atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas. A tal efecto, la estipulación relativa al pago de la anualidad ha de interpretarse en relación con la que fija el plazo de vigencia del contrato *“en cuatro años, a contar desde la firma del contrato”*. A falta de estipulación en contrario que demore la eficacia de aquél para alguna de las partes, la vigencia del contrato hace nacer en cada contratante las obligaciones sinalagmáticas que derivan de él y que, para el concesionario, se traducen, en lo que ahora importa, en la obligación de abono de la primera anualidad del canon.

Por otra parte, dada la imposibilidad de prestar los servicios objeto del contrato antes de tener la posesión de las instalaciones que le dan soporte, el canon sólo resulta exigible

desde el momento en que se ponen a disposición del concesionario las instalaciones y éste las recibe sin formular reserva u objeción alguna acerca de su aptitud para soportar la prestación de los servicios que constituyen el objeto del contrato.

En consecuencia, la obligación de pago del canon surge para el contratista desde el momento en que se firma el contrato y éste adquiere vigencia, si bien, no parece que pueda exigírsele el pago hasta el momento en que el Ayuntamiento le cede el uso de las instalaciones, lo que, a falta de mayor información, cabe presumir que acontece en el momento de la firma.

Debe precisarse, además, que la mercantil en ningún momento niega que esté obligada a efectuar el pago del referido canon, pues sus alegaciones sobre los eventuales incumplimientos del Ayuntamiento, que pretenden mostrar que las instalaciones que le fueron entregadas no eran aptas para los usos a que debían destinarse, no se hacen en orden a constituir una excusa de cumplimiento de la obligación de pago, sino tan sólo para intentar justificar la imposibilidad de mantener abiertas las instalaciones durante todo el año.

En cualquier caso, aun aceptando la interpretación sugerida por el contratista, éste debería haber abonado los 27.000 euros correspondientes a la primera anualidad del canon en enero de 2008, lo que no consta que haya efectuado.

En definitiva, cabe considerar acreditado que el contratista ha incurrido en un incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales, pues tal calificación merece la falta de pago del canon de la concesión (así lo entiende, entre otras, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 36/2002, de 23 de enero), incumplimiento que, por otra parte, sólo a él es imputable, pues carece de eficacia enervante de dicha calificación el hecho de que el Ayuntamiento no le requiriera el pago con anterioridad al acuerdo de inicio del procedimiento resolutorio, toda vez que la eficacia de las obligaciones contractuales no dependen de la previa intimación de la parte a la que benefician.

En cualquier caso, y en relación a esta circunstancia, debe indicarse que consta en el expediente un documento (acta de constitución de la Comisión Mixta de Seguimiento del contrato, de fecha 5 de junio de 2007), en el que el Ayuntamiento “*insta a la empresa adjudicataria al pronto cumplimiento íntegro de las obligaciones contraídas por la misma según el pliego de condiciones*”. La generalidad de tal requerimiento permitiría entender incluida la intimación del pago, si bien la propuesta de resolución parece desmentir esta consideración al aludir a la buena fe de la Administración, que no requiere el abono inmediato del canon para dejar un margen de tiempo que permitiera al contratista obtener un rendimiento de la explotación.

2. Incumplimiento de la obligación de mantener abiertas las instalaciones todos los días del año, habiendo cerrado las instalaciones sin autorización expresa del Ayuntamiento.

De conformidad con la Cláusula sexta, 16, del PCAP, el concesionario “*mantendrá abiertas las instalaciones todos los días del año en el horario que se determine, no pudiendo permanecer cerradas las instalaciones salvo autorización expresa del Ayuntamiento*”.

Del expediente se desprende de forma meridiana el incumplimiento de esta obligación contractual, toda vez que constan diversas actuaciones de la Policía Local que ponen de manifiesto la realidad del cierre de las instalaciones, salvo los fines de semana de verano por la noche (documento 5). De hecho, el cierre de las instalaciones es admitido por el

contratista, que no lo niega, centrando sus alegaciones en justificar su actitud en el previo incumplimiento de las obligaciones que incumben al Ayuntamiento, en la medida en que se le ceden unas instalaciones que no son aptas para prestar los servicios a que estaban destinadas.

Así pues, acreditado el incumplimiento contractual, la cuestión se centra en determinar a quién es imputable, si al contratista o a la Administración municipal.

Las alegaciones de la mercantil insisten en dibujar unas instalaciones absolutamente inapropiadas para la prestación de los servicios objeto del contrato, toda vez que ha resultado imposible obtener de la Administración autonómica los preceptivos permisos, autorizaciones y licencias para su funcionamiento como restaurante y albergue, ni siquiera la autorización sanitaria para poder preparar comidas, constituyendo tales servicios parte esencial del objeto contractual.

Alega en su descargo el contratista que, comoquiera que en el acuerdo de adjudicación del contrato, notificado el 17 de abril de 2007, se le imponía la obligación de iniciar la prestación del servicio de albergue y resto de actividades en el plazo de 15 días desde la fecha de adjudicación y dado que el 27 de abril se inauguraron oficialmente las instalaciones, formalizándose el contrato 3 días más tarde, prácticamente desde el mismo día de la formalización del contrato el concesionario debía comenzar la prestación del servicio, lo que a su vez implicaba que se le había dado posesión de unas instalaciones en las que no existía obstáculo para la explotación de los servicios.

Las alegaciones del contratista remiten al principio de confianza legítima en la actuación del Ayuntamiento, configurado por la doctrina jurisprudencial a partir del conflicto entre la estricta legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica, decantándose a favor de esta última en virtud del aludido principio. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, la de 21 de septiembre de 2000, con cita de las sentencias del mismo Alto Tribunal de 1 de febrero y de 5 de octubre de 1990) sostiene que, en el conflicto que se suscita entre la estricta legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última sobre aquella, cuando la Administración mediante actos externos inequívocos mueve al administrado a realizar una actividad que le origina unos numerosos desembolsos económicos, acogiendo un principio que, aunque no extraño a nuestro ordenamiento jurídico bajo la denominación de la buena fe, ha sido asumido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea bajo la rúbrica de “principio de protección de la confianza legítima del ciudadano” en el actuar de la Administración, si bien no se aplica a los supuestos de cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha confianza se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración, lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquél a confiar en la apariencia de legalidad que la actuación administrativa a través de actos concretos revela, moviendo a la voluntad del administrado a realizar determinados actos, inversiones económicas, medios materiales y personales, que después no concuerdan con la verdadera voluntad de la Administración y sus consecuencias, reveladas y producidas con posterioridad a la material realización de aquéllos por los particulares; máxime cuando dicha apariencia formal de legalidad que indujo a racional confusión en el interesado, originó en la práctica para éste unos daños y perjuicios que, jurídicamente, no tiene que soportar.

En el supuesto sometido a consulta, parece evidente que el adjudicatario, al suscribir el contrato, se dejó llevar por esa confianza en la actuación de la Administración, en el convencimiento de que unas instalaciones municipales destinadas a la prestación de unos determi-

nados servicios serían aptas para la prestación de los mismos. Ahora bien, ni el PCAP, “lex contractu”, que adquiere fuerza vinculante para las partes (sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1990 y 21 de enero de 1994), ni el contrato mismo contenían indicación alguna de que el Ayuntamiento se obligaba a entregar las instalaciones en condiciones de ser inmediatamente explotadas.

De hecho, la Cláusula sexta, 5 PCAP dispone que será de cuenta del adjudicatario la ejecución de cualquier obra o mejora necesaria para la correcta explotación del servicio, y no descrita en el Anexo I de este Pliego (dicho Anexo contiene únicamente el inventario de bienes de equipamiento, no la descripción de las instalaciones), así como también las reformas que por imperativo legal, por cambio en la normativa del sector, deban acometerse tras la toma de posesión de los bienes municipales, de donde se desprende que el concesionario asume la responsabilidad de acometer las obras necesarias para poner y mantener en uso las instalaciones.

Del mismo modo, la Cláusula 22 establece la obligación del adjudicatario de comenzar la prestación de los servicios en el plazo de 15 días desde la adjudicación del contrato, por lo que tal imposición, que le fue recordada en el acuerdo de adjudicación, no resultó sorpresiva para el concesionario, que debía conocerla. Por ello, en el momento de concurrir a la adjudicación del contrato, el contratista debió valorar las obras y mejoras que debería acometer en orden a la puesta en servicio de las instalaciones, lo que al parecer no hizo con la suficiente prudencia.

En cualquier caso, la causa esgrimida por el Ayuntamiento para justificar la resolución del contrato no atiende a la falta de prestación de los servicios para los que no se ha podido obtener las pertinentes autorizaciones y calificaciones administrativas, sino al incumplimiento del deber de mantener abiertas las instalaciones durante todos los días del año, que incide negativamente en el principio de continuidad en la prestación de los servicios públicos.

Y es que, tal y como se desprende del expediente, a pesar de no poder prestar los servicios de restaurante y no contar con la calificación oficial como albergue juvenil, lo cierto es que el adjudicatario ha venido desarrollando algunas actividades en el centro, como acredita la reclamación al Ayuntamiento para que le abone una factura por importe de 2.753,33 euros en concepto de “*excursión de 14 chavales con comida incluida; actividad medioambiental y de aventura del 10, 11 y 12 de julio de 2007 con 29 jóvenes en el Albergue de “—”; 1 monitor de apoyo para discapacitados*”. Es evidente que, aun no pudiendo prestar determinados servicios de los que constituyen el objeto del contrato, el contratista efectuó otros plenamente incardinables en dicho objeto, como la organización de excursiones y actividades de ocio y tiempo libre.

Asimismo, consta en el expediente un informe de la Policía Local de Librilla en el que se relata que, el 24 de julio de 2007, el albergue está cerrado y que existe un cartel informativo según el cual el horario de verano de las instalaciones se reduce a los viernes, sábados y domingos, de 19,30 a 00,30 horas. Atendidas las horas en las que permanece abierto el local, cabe inferir que algún servicio se prestaba en las instalaciones, presumiblemente el de bar.

En consecuencia, la no obtención de los permisos administrativos necesarios para la realización de algunos de los servicios objeto del contrato, si bien podría haber justificado una petición al Ayuntamiento de revisión del canon para reajustar el equilibrio financiero

del contrato, ante la disminución de los ingresos inicialmente previstos, o solicitar de la Administración contratante una autorización para proceder al cierre durante algunos días, no habilita al concesionario para decidir, de forma unilateral, el abandono de las instalaciones y proceder a su cierre, descuidando las labores de vigilancia inherentes a la posesión, lo que redundaría en desperfectos y hurtos en las instalaciones.

Corolario de lo expuesto es que, acreditado el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contratista, cabe considerar que concurre en el supuesto planteado la causa de resolución expresada en el artículo 111, letra h) TRLCAP. La propuesta de resolución debe contener una referencia a dicho precepto que, en la sometida a la consideración de este Consejo Jurídico, no consta.

#### **QUINTA.- Sobre la incautación de la fianza y la liquidación del contrato.**

1. Dispone el artículo 113.4 TRLCAP que, cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada.

Como se desprende del precepto transcrito, no todo incumplimiento contractual conlleva la potestad de la Administración de incautar la fianza, sino tan sólo aquél que puede calificarse de culpable.

En las consideraciones precedentes se ha razonado que los incumplimientos contractuales son imputables al adjudicatario, pues sólo a él puede imputarse la falta de abono del canon, en tanto que la eficacia de dicha obligación no dependía de la previa intimación de pago del Ayuntamiento al contratista. Asimismo, el incumplimiento de la obligación de mantener abiertas las instalaciones todos los días del año también a él le resulta imputable, en la medida en que decidió unilateralmente proceder al cierre sin solicitar la previa autorización municipal.

2. Es doctrina consolidada de este Consejo Jurídico (Dictámenes 75/2000, 103/2003, 82/2005 y 165/2005), deudora de la del Consejo de Estado, que tanto la liquidación del contrato como la posible exigencia de indemnización de daños y perjuicios a la contratista, han de efectuarse conforme a un procedimiento que preceptivamente ha de incluir la audiencia de la concesionaria y del avalista. Ello no obsta a la inclusión de dichas determinaciones dinerarias en la resolución que pone fin al procedimiento de extinción del contrato, pero para ello será necesario que durante la tramitación que conduce a dicha resolución se haya garantizado la audiencia de los interesados respecto de aquellos extremos que fundamentan la liquidación y eventual exigencia de indemnización, lo que no consta que se haya realizado en el supuesto sometido a consulta.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 113.4 y 5 TRLCAP, ante el incumplimiento culpable del contratista procede la incautación de la garantía, debiendo indemnizar a la Administración los daños y perjuicios que se pudiesen haber ocasionado en lo que excedan del importe de aquélla, y dado que el acuerdo de resolución contractual ha de contener pronunciamiento expreso acerca de la pérdida o devolución de la garantía, procede informar favorablemente la propuesta de resolución sometida a consulta, en tanto que propone la resolución del contrato y la incautación de la garantía, si bien la determinación del saldo resultante del contrato ha de efectuarse mediante un procedimiento “ad hoc” con audiencia de los interesados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 113 RCAP.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se informa favorablemente la propuesta de resolución del contrato con pérdida de la garantía constituida.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 46/08.- Proyecto de Decreto por el que se establece el Currículo de las Enseñanzas Elementales de Música para la Región de Murcia.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 12/03/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Dada la genérica y amplísima remisión que el artículo 48.1 LOE efectúa a favor de la actuación normativa de las Administraciones educativas, a las que deja la determinación de las características y organización de las enseñanzas elementales de música y danza (previsión inexistente en la LOGSE), sin establecer la vigente Ley básica norma alguna en materia de ordenación de tales enseñanzas, a diferencia de lo que hace en el artículo 46 con los niveles profesional y superior de las enseñanzas artísticas, puede concluirse que la Comunidad Autónoma cuenta con un extenso margen de actuación en la definición y configuración de estas enseñanzas.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha indeterminada, la Dirección General de Formación Profesional e Innovación Educativa elabora un primer borrador de Decreto por el que se establece el currículo de las enseñanzas elementales de música para la Región de Murcia.

El Anteproyecto se acompaña de la siguiente documentación:

a) Informe-memoria expresivo de los antecedentes y objetivos perseguidos con la aprobación de la futura norma, de su fundamento competencial y de su naturaleza ejecutiva respecto de la legislación básica estatal.

b) Informe sobre impacto por razón de género, según el cual el Proyecto no contiene disposición alguna que facilite situaciones de discriminación por razón de género que afecte a los derechos e intereses legítimos de los miembros de la comunidad educativa.

c) Estudio económico, que valora en una franja de entre 44.470 y 50.823 euros el coste de aplicar la nueva normativa. El informe parte de considerar que las únicas variaciones con repercusión económica que introduce el nuevo currículo respecto de las enseñanzas actua-



les, se producen tanto en la asignatura de Coro, pues se modifica la ratio, tiempo lectivo y cursos en los que se imparte, como en la previsión de un pianista acompañante, tanto para su presencia en la clase colectiva como para colaborar con los alumnos en audiciones y actividades programadas.

d) Propuesta del Director General de Formación Profesional e Innovación Educativa al Consejero de Educación, Ciencia e Investigación, para que eleve al Consejo de Gobierno el texto del Proyecto a fin de ser aprobado como Decreto.

e) Texto de la Orden del Consejero consultante por la que se dispone la elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno para su aprobación como Decreto.

**SEGUNDO.-** Con fecha 10 de julio de 2007, se emite informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, que formula diversas observaciones tanto de técnica normativa como de contenido, que serán asumidas en su mayoría, constando en el expediente la justificación del rechazo a las que no son objeto de incorporación al texto.

Resultado de las observaciones del Servicio Jurídico es la elaboración de un segundo borrador que también consta en el expediente.

**TERCERO.-** Solicitado el preceptivo informe del Consejo Escolar de la Región de Murcia, se aprueba con fecha 6 de septiembre de 2007, en sentido favorable al texto, si bien realiza diversas observaciones que sólo parcialmente serán incorporadas al Proyecto. La justificación del rechazo a las que no lo son es el objeto del informe de la Dirección General de Ordenación Académica, que consta al folio 149 del expediente.

**CUARTO.-** Con fecha 25 de septiembre de 2007, la Directora General de Ordenación Académica justifica la urgencia de la tramitación del expediente en la necesidad de implantar las enseñanzas reguladas por el Proyecto en el referido curso, para cumplir así con el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo, establecida por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), conforme al Real Decreto 806/2006, de 30 de junio, que aprueba dicho calendario.

**QUINTO.-** Con fecha 1 de octubre de 2007, se emite informe de la Vicesecretaría de la Consejería impulsora del Proyecto.

**SEXTO.-** Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite con fecha 15 de octubre de 2007, en sentido favorable al Proyecto, formulando algunas observaciones, ninguna esencial.

La justificación del rechazo de las observaciones que no han sido incorporadas al texto, así como las adaptaciones efectuadas en orden a una mejor asunción de aquéllas, se contiene en informe de la Directora General de Ordenación Académica.

La inclusión del resto de sugerencias da como resultado la elaboración de un nuevo texto, el definitivo, que consta en el expediente autorizado como tal, mediante diligencia del Secretario General de la Consejería consultante.

En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 23 de noviembre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter y plazo de emisión del Dictamen.**

1. El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

En el Proyecto sometido a consulta concurren las notas que lo caracterizan como reglamento ejecutivo de la legislación básica estatal, dado que el objeto de la norma proyectada es el establecimiento del currículo de las enseñanzas elementales de música en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, cumpliendo con ello el mandato establecido por el artículo 6.4 LOE. Nos encontramos, pues, con un reglamento fruto de un expreso mandato de regulación contenido en la norma básica, carácter que corresponde a la LOE en virtud de su Disposición final Quinta.

También responde a esa encomienda estatal la ordenación de las referidas enseñanzas de régimen especial, toda vez que la propia LOE, en su artículo 48.1, dispone que las enseñanzas elementales de música y danza tendrán las características y la organización que las Administraciones educativas determinen.

Cabe, en definitiva, considerar el texto sometido a consulta como desarrollo de legislación básica estatal y el Dictamen solicitado como preceptivo.

2. Se ha solicitado por la Consejería consultante la tramitación de urgencia en la emisión del presente Dictamen, para que se despache en el plazo de urgencia —15 días— recogido por el artículo 10.5 LCJ, ruego que no es atendido, toda vez que cuando la consulta tiene entrada en el Consejo, el 23 de noviembre de 2007, el curso académico ya había empezado, lo que dejaba huérfana de fundamento la tramitación urgente, pues ésta se basaba en la obligación de implantar las enseñanzas objeto de regulación en el curso 2007-2008, medida que resultaba de imposible cumplimiento aun emitiéndose el Dictamen en el breve plazo de 15 días, pues para entonces el curso académico habría consumido ya una tercera parte de su extensión. Debe considerarse al respecto que la implantación efectiva de las enseñanzas objeto del Proyecto no se consigue con la mera aprobación y entrada en vigor del futuro Decreto, sino que son precisas nuevas actuaciones, tanto de la propia Consejería como de los centros educativos, para posibilitar su puesta en marcha, adquiriendo singular relevancia entre estas últimas las programaciones didácticas que concreten las enseñanzas definidas por el currículo. Corolario de lo expuesto es que debería suprimirse el apartado 1 de la Disposición transitoria primera, atendida la imposibilidad de cumplir con lo allí establecido.

Debe destacarse que las razones de urgencia sí podían apreciarse al momento de comenzar la elaboración interna del Proyecto, a finales de junio del 2007, fecha ya de por sí muy tardía para iniciar el procedimiento de elaboración reglamentaria, cuando la normativa básica que establecía la obligación de implantar las enseñanzas en el curso 2007-2008 data de junio de 2006.

### **SEGUNDA.- Competencia material y habilitación normativa.**

El Proyecto tiene un objeto plural, en la medida en que no se limita a fijar el currículo correspondiente a las enseñanzas elementales de música, sino que, más allá, pretende ordenarlas, es decir, establecer sus características y organización, regulando aspectos relativos al ingreso en aquéllas, a la autonomía pedagógica y organizativa de los centros que las

imparten y a la implantación de las enseñanzas. Por ello, la primera observación a realizar es que tanto la denominación de la norma como su artículo 1, destinado a regular su objeto, deberían reflejar el carácter diverso de éste.

Puede afirmarse, de principio, que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia cuenta con competencia suficiente para normar acerca de dichos extremos, al amparo del artículo 16 del Estatuto de Autonomía (EAMU), que le atribuye la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución y las leyes orgánicas que lo desarrollen.

Entre estas leyes orgánicas, la LOE dedica el Capítulo VI de su Título I a las enseñanzas artísticas, de las que forman parte las enseñanzas elementales de música y danza (art. 45.2, letra a, LOE) previendo su artículo 48.1 que estas últimas tendrán las características y la organización que las Administraciones educativas determinen.

Esta previsión de regulación autonómica es acorde, asimismo, con la Disposición final sexta de la referida Ley, según la cual sus normas podrán ser desarrolladas por las Comunidades Autónomas, a excepción de las relativas a aquellas materias cuya regulación se encomienda por la misma al Gobierno de la Nación o que corresponden al Estado conforme a lo establecido en la Disposición adicional primera, 2, de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación (en adelante LODE), es decir: la ordenación general del sistema educativo; la programación general de la enseñanza; la fijación de las enseñanzas mínimas y de las condiciones para la obtención, expedición y homologación de títulos; la Alta Inspección; y las demás facultades que, conforme al artículo 149.1.30ª CE, corresponden al Estado para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos.

Fijado a grandes rasgos el marco competencial, procede a continuación analizar cada uno de los aspectos que son objeto de regulación en el Proyecto para determinar en qué medida resultan acordes con aquél.

#### 1. El currículo de las enseñanzas elementales de música.

Al margen de la genérica remisión normativa efectuada en favor de las Administraciones educativas por el artículo 48.1 LOE, el artículo 6.4 de la misma Ley dispone que *“las Administraciones educativas establecerán el currículo de las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, del que formarán parte los aspectos básicos señalados en apartados anteriores...”*. Tales aspectos básicos son los que el apartado 2 del mismo artículo identifica como enseñanzas mínimas, cuyo establecimiento queda reservado al Gobierno en relación con los objetivos, competencias básicas, contenidos y criterios de evaluación de cada enseñanza, con el fin de asegurar una formación común y la validez de los títulos correspondientes.

Estos aspectos básicos del currículo, para los grados elemental y medio de las enseñanzas de música, fueron fijados por el Real Decreto 756/1992, de 26 de junio, en desarrollo de las enseñanzas reguladas en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE). Tras la entrada en vigor de la LOE, el Gobierno ha derogado de forma expresa el reglamento de 1992, con ocasión de la aprobación del Real Decreto 1577/2006, de 22 de diciembre, por el que se establecen los aspectos básicos del currículo de las enseñanzas profesionales de música reguladas por la LOE, pero no ha dictado un Real Decreto de enseñanzas mínimas para las elementales de música.

Y es que, a diferencia de la LOGSE (cuyo artículo 39.4 remitía el establecimiento del currículo de las enseñanzas de música y danza, en todos sus grados —elemental, medio y superior—, a lo dispuesto con carácter general en el artículo 4 de la Ley, sometiendo de manera expresa la ordenación de las enseñanzas elementales de música y danza al esquema de las enseñanzas mínimas fijadas por el Estado y currículo establecido por la Administración educativa correspondiente), el artículo 46.1 LOE efectúa esa misma remisión, pero limitada ahora a la fijación del currículo de las enseñanzas artísticas profesionales, excluyendo, en consecuencia, su grado elemental.

Si a ello se une la genérica y amplísima remisión que el artículo 48.1 LOE efectúa a favor de la actuación normativa de las Administraciones educativas, a las que deja la determinación de las características y organización de las enseñanzas elementales de música y danza (previsión inexistente en la LOGSE), sin establecer la vigente Ley básica norma alguna en materia de ordenación de tales enseñanzas, a diferencia de lo que hace en el artículo 46 con los niveles profesional y superior de las enseñanzas artísticas, puede concluirse que la Comunidad Autónoma cuenta con un extenso margen de actuación en la definición y configuración de estas enseñanzas.

## 2. Implantación de las enseñanzas.

Las disposiciones adicional segunda y transitoria primera del Proyecto vienen a regular la implantación de las enseñanzas objeto del mismo, previendo situaciones transversales entre las fijadas por la LOGSE y las previstas en la LOE, lo que debería llevar a su refundición en una única disposición. Así, se disciplina la incorporación del alumnado procedente del sistema anterior a los cursos correspondientes del nuevo, tanto en el caso de repetición de curso como de promoción, y ya sea ésta ordinaria, por haber superado adecuadamente las asignaturas del curso, o extraordinaria, como ocurre cuando el alumno obtiene evaluación negativa en una sola asignatura.

Precisamente este último supuesto, previsto en la Disposición adicional segunda, apartado 2, merece una consideración de corte competencial. En efecto, según el precepto, cuando un alumno tenga calificación negativa en una asignatura del curso que esté realizando de las enseñanzas de grado elemental establecidas en la LOGSE, se incorporará al curso siguiente de las enseñanzas reguladas en el Proyecto. Desconoce así la reserva competencial que la Disposición adicional quinta RD 806/2006 efectúa a favor del Ministerio de Educación y Ciencia, para regular las condiciones de promoción desde un curso del sistema que se extingue a otro del nuevo sistema, cuando aquél no hubiera sido superado en su totalidad. El carácter básico de la norma, fijado por su Disposición final primera, impide a la Comunidad Autónoma ordenar dicha promoción, por lo que el apartado 2 de la Disposición adicional segunda del Proyecto queda afectado de incompetencia, debiendo ser suprimido.

Por lo demás, y al margen de lo indicado en el párrafo precedente, la extensión de la competencia regional de desarrollo legislativo, su coherencia con la habilitación normativa genérica contenida en la LOE y la no inclusión de las materias objeto de consideración entre aquellas que merecen la reserva de regulación a favor del Estado, permiten concluir que la Comunidad Autónoma puede establecer normas de ordenación de las enseñanzas elementales de música, disciplinar el ingreso en las mismas, fijar su currículo, desarrollar el régimen de autonomía pedagógica y organizativa de los centros que las imparten y regular el proceso de implantación de las enseñanzas. En su ejercicio, y en atención al modelo “bases más desarrollo” a que aquélla responde, el Consejo de Gobierno habrá de ajustarse a los

límites establecidos por las leyes orgánicas que desarrollan el artículo 27 de la Constitución y demás normas básicas que incidan sobre la materia.

El ejercicio de la competencia corresponde al Consejo de Gobierno, en virtud de sus funciones estatutarias (artículo 32 EAMU) y legales (artículos 21.1, 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia).

#### **TERCERA.- Procedimiento de elaboración.**

Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, si bien el trámite consistente en la preceptiva memoria que justifique la oportunidad del Proyecto y que incluya la motivación técnica y jurídica de las concretas determinaciones normativas propuestas, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, no puede entenderse cumplimentado con la escueta fundamentación contenida en el informe-memoria que obra en el expediente.

Tampoco contiene el expediente una relación de las disposiciones cuya vigencia quedará afectada por la entrada en vigor de la nueva norma, no siendo suficiente la inclusión de la disposición derogatoria en el Proyecto. Adviértase, a tal efecto, que de los términos en que se expresa el artículo 53.1 de la Ley 6/2004, cabe interpretar que cualquier afección de la vigencia ha de ser tenida en cuenta, es decir, no sólo la más radical que supone la derogación, sino también otras incidencias de menor intensidad, tales como las modificaciones, expresas o tácitas, de preceptos concretos, el desplazamiento de la aplicación por vía de supletoriedad de normas estatales por la aprobación de normas regionales, etc. Y es que la exigencia contenida en el precepto legal se enmarca, en la fase de elaboración normativa, entre aquellas actuaciones que persiguen aportar un conocimiento pleno no sólo de las razones o motivos que justifican la oportunidad y necesidad de la norma en general o de las concretas determinaciones normativas que establezca, sino también de las consecuencias de toda índole que tendrá su aprobación, para posibilitar su mejor inserción en el ordenamiento, evitando indeseables antinomias y vacíos de regulación.

En este sentido, la entrada en vigor del futuro Decreto determinará que deje de aplicarse en la Comunidad Autónoma la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 28 de agosto de 1992, por la que se establece el currículo de los grados elemental y medio de las enseñanzas de Música y se regula el acceso a dichos grados.

#### **CUARTA.- Texto sometido a Dictamen.**

El texto que figura como definitivo en el expediente consta de una parte expositiva innominada, 20 artículos divididos en 6 capítulos (I, *disposiciones de carácter general*; II, *del currículo*; III, *del ingreso en las enseñanzas*; IV, *de la evaluación, la promoción y la permanencia*; V, *de los documentos de evaluación*; y VI, *de la autonomía pedagógica y organizativa de los centros*), tres Disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y una final, así como 4 Anexos.

Se observa que la titulación del Capítulo VI debe ir precedida de la expresión introductoria “de la”.

#### **QUINTA.- Observaciones al texto.**

— Fórmula promulgatoria.

La referencia a los informes y consultas efectuados en la elaboración del Proyecto, como el del Consejo Escolar de la Región de Murcia, debe consignarse en párrafo independiente de la fórmula promulgatoria, en la cual únicamente debe figurar la indicación del presente Dictamen, para expresar si la norma se ajusta al mismo o se separa de él (Directrices 13 y 16 de las de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005).

— Artículo 4. Especialidades de las enseñanzas elementales de música.

Deben suprimirse los paréntesis en la norma relativa a la especialidad de clave. Asimismo, sería más adecuado sustituir la vaga expresión “sin perjuicio de”, por “en las condiciones establecidas por la Disposición transitoria segunda de este Decreto”, o similar.

— Artículo 5. Contenido del currículo.

En rigor no es correcto afirmar que el currículo se compone de las asignaturas que se determinan en el anexo I, toda vez que al hacerlo se aparta el Proyecto de la definición básica de currículo que ofrece el artículo 6.1 LOE, según la cual se entiende por tal “*el conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación*” de cada enseñanza. En su virtud, sería más adecuado recoger tal definición en el apartado 1 del precepto proyectado, estableciendo que el currículo se compone de los elementos indicados y se organiza en las asignaturas correspondientes, conforme al modelo seguido por los artículos 2.1 y 6 del derogado RD 776/1992.

— Artículos 9 y 10. Procedimientos de ingreso en las enseñanzas.

Comoquiera que el artículo 10 se destina específicamente a regular la prueba de ingreso a curso distinto de primero, los apartados 2 y 3 del artículo 9 deberían trasladarse al primero de los preceptos citados, en orden a mejorar la distribución sistemática de los contenidos. Así, por ejemplo, el indicado artículo 10 podría quedar con la siguiente composición en apartados:

1, el apartado 2 del artículo 9.

2 a 5, los apartados 1 a 4 del artículo 10.

6, el apartado 3 del artículo 9, a excepción de su letra e), que debería ser reemplazada por el apartado 5 del artículo 10.

7, la letra e) del artículo 9.3.

— Artículo 12. Matrícula en más de un curso.

Prevé el precepto la posibilidad excepcional de que los alumnos que demuestren un alto rendimiento en las enseñanzas puedan realizar matrícula en más de un curso, para lo que deberán contar con el informe favorable del equipo docente y de la comisión de coordinación pedagógica. Una vez matriculado, sólo asistirá a las clases correspondientes al curso superior.

Debería precisarse que esta última regla sólo será aplicable en el caso de las asignaturas de carácter progresivo a que se refiere el artículo 13.8 del Proyecto, en cuya virtud la superación de una de ellas supondrá la evaluación positiva de la asignatura correlativa del curso anterior. Sin embargo, si existe alguna asignatura no progresiva, quizás el alumno debería poder asistir a las clases de dicha asignatura correspondientes a los cursos en los que se haya matriculado.

Se hace esta observación al advertir que, al regular la promoción de curso del alumno que no ha superado una asignatura, el artículo 14.2 del Proyecto parece limitar las asignaturas de carácter progresivo a las referidas a la práctica instrumental o vocal, excluyendo las restantes, al disponer que la recuperación de las primeras deberá realizarse en la clase del curso superior, mientras que, en las demás, el alumno deberá asistir a las clases de la asignatura no superada.

— Artículo 14. Promoción.

Debe suprimirse el último inciso del apartado 4, pues puede inducir al error de considerar que es necesario contar con el certificado de enseñanzas elementales de música o de haberlas cursado, aunque no se hubieran completado y superado, para poder acceder a las enseñanzas profesionales, cuando no es así. A estas últimas puede accederse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 49 LOE, es decir, mediante una prueba de ingreso, para la que no es requisito previo haber cursado enseñanzas elementales de música.

Cuestión distinta sería que el precepto pretendiera establecer una suerte de convalidación de las asignaturas de las enseñanzas elementales derivada de la superación de la prueba de acceso a las profesionales, en cuyo caso la redacción actual del precepto no sería la más afortunada.

— Artículo 19. Autonomía pedagógica y organizativa de los centros.

Es doctrina consolidada del Consejo Jurídico que, cuando se pretenda incluir en normas reglamentarias regionales preceptos que son reproducción de la Ley o norma básica que se desarrolla, mediante llamadas concretas se deje advertencia en el texto del reglamento de cuáles son los contenidos básicos volcados al mismo, para así facilitar su comprensión e interpretación, a la par que se evitan potenciales ilegalidades al dictar la Comunidad Autónoma normas en materias sobre las que carece de competencia. Asimismo, cuando se considere oportuno o necesario proceder a la reproducción de los contenidos legales en las normas reglamentarias, debe transcribirse literalmente el artículo, sin introducir modificaciones o alteraciones en su redacción.

Se hace esta consideración al advertir que existen en el Proyecto preceptos que vuelcan normas básicas sin efectuar advertencia expresa de su origen estatal (artículo 20.1, que reproduce parte del artículo 91.1 LOE) y alterando parcialmente su redacción, como ocurre, a modo de ejemplo, con el artículo 19.6, que reproduce el artículo 125 LOE, si bien suprime la referencia al currículo como contenido necesario de la programación general anual del centro.

— Disposición derogatoria única.

La derogación de la Orden de 4 de mayo de 2001, de la Consejería de Educación y Universidades, de modificación puntual de la Orden de 28 de agosto de 2002 del Ministerio de Educación y Ciencia, por la que se establece el currículo de los grados elemental y medio de las enseñanzas de música y se regula el acceso a dichos grados, encontraría mejor acomodo en el Decreto por el que se establecerá el currículo de las enseñanzas profesionales de música, cuyo Proyecto pende de Dictamen en este Consejo Jurídico, toda vez que la norma que se pretende derogar afecta exclusivamente a enseñanzas de grado medio que, en la nueva configuración del sistema educativo fijada por la LOE, son sustituidas por aquéllas, sin incidencia sobre las de grado elemental a que se contrae el Proyecto objeto del presente Dictamen.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar la norma sometida a consulta, excepto la regulación contenida en la Disposición adicional segunda, apartado 2, que debe ser suprimida, conforme a lo indicado en la Consideración Segunda, 2, de este Dictamen. Esta observación tiene carácter esencial.

**SEGUNDA.**- La tramitación del Proyecto se ha ajustado a las normas que disciplinan el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de las carencias puestas de manifiesto en la Consideración Tercera de este Dictamen.

**TERCERA.**- El resto de observaciones, de incorporarse al texto del Proyecto, contribuirían a su mayor perfección técnica y mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 47/08.- Revisión de oficio del contrato adjudicado a la mercantil x, el 27 de febrero de 2001, por el que el Ayuntamiento de San Javier adquirió unos terrenos para la construcción del nuevo Hospital Comarcal que, finalmente, no fueron destinados a dicho fin.**

**Consultante: Alcaldesa del Ayuntamiento de San Javier**

**Fecha: 12/03/08**

### **Extracto de Doctrina**

*1. Debe tenerse presente que tal acción del artículo 102 LPAC confiere a quien la ejerce un verdadero derecho a la tramitación del procedimiento y al pronunciamiento final de la Administración, pesando sobre ella, además, la obligación de resolver que con carácter general establece el artículo 42 LPAC.*

*2. Consejo de Estado y Tribunal Supremo coinciden, pues, en que el carácter administrativo o civil de un contrato sólo puede inferirse de un análisis sustantivo del mismo, sin que sean siempre determinantes las declaraciones de sometimiento a un determinado régimen jurídico o a un determinado orden jurisdiccional. Esta cualificación sustantiva o material del contrato dependerá, fundamentalmente, de su contenido y finalidad (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo y de 26 de noviembre de 1985 y de 17 de julio de 1999). En consecuencia, tendrá carácter administrativo el contrato cuando quede constancia de su conexión con el fin de “interés público”, reputándose como privado si tal conexión no queda acreditada (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre y 28 de noviembre de 1981 y de 14 de julio de 1982). Esa conexión, a su vez, se manifiesta en una normativa específica de aplicación a los efectos y extinción de los contratos administrativos (inaplicable, pues, a los contratos privados) que desplaza, respecto de éstos, al Derecho privado o común, representando, en lo sustancial, una ruptura del principio de paridad*



*entre las partes propia de la contratación entre particulares derivada de la atribución a la Administración contratante de un conjunto de prerrogativas exorbitantes, ausentes en la contratación privada, y actualmente aludidas por el artículo 59.1 TRLCAP.*

*3. La imposibilidad del contenido, según la doctrina legal del Consejo de Estado, apunta más al aspecto material que al legal (Dictamen 651/2000). Es imposible lo que materialmente no se puede realizar, bien porque sea contrario a las leyes físicas o bien porque forme parte de un supuesto de hecho irreal o inexistente.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** La representación de la mercantil --, S.L., mediante escrito registrado de entrada en el Ayuntamiento de San Javier el 31 de mayo de 2007, instó la anulación del contrato que se le había adjudicado, en virtud del cual dicho Ayuntamiento adquirió la propiedad de un trozo de terreno situado en el partido de la “—”, de San Javier, compraventa formalizada en escritura pública suscrita el 20 de marzo de 2001 ante el Notario x., con el número 514 de su protocolo. Después de señalar los hechos que consideró oportunos, alega que el contrato es de naturaleza administrativa y le son aplicables las causas de invalidez de los contratos de las Administraciones Públicas (arts. 61 y 62 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, TRLCAP), fundamentando su criterio en el artículo 5 TRLCAP, en el 112 del Real Decreto Legislativo 781/1996, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de disposiciones vigentes en materia de régimen local, así como en diversas resoluciones jurisprudenciales y Dictámenes del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico; desde este punto de vista atribuye al contrato nulidad de pleno derecho por imposibilidad de su contenido (art. 62.1c) LPAC en relación con el 62 TRLCAP). Señala también que, al no destinarse los terrenos a hospital comarcal, tal como se contrató, se ha cumplido la condición resolutoria de la que las partes hicieron depender los efectos del contrato; atribuye también al contrato la pérdida de su causa, la provocación de un enriquecimiento injusto a favor del Ayuntamiento y desviación de poder. Finaliza solicitando que se declare la anulación del contrato y la restitución de prestaciones.

Adicionalmente solicita la suspensión cautelar del acuerdo de Pleno de 22 de febrero de 2007, que decidió la enajenación de los mencionados terrenos mediante procedimiento abierto y subasta y aprobar el pliego de cláusulas administrativas particulares, así como el anuncio de licitación publicado en el BORM nº 97 de 28 de abril de 2007, siendo el presupuesto base de licitación 7.315.000 euros, al alza. Respecto a ello manifiesta que tal medida está plenamente justificada ya que, de adjudicarse la enajenación durante el transcurso de este procedimiento, podría dar lugar a la aparición de un tercero hipotecario frustrando el objeto de la pretensión de nulidad.

**SEGUNDO.-** Según la documentación remitida por el Ayuntamiento de San Javier relativa al expediente instruido para tal adquisición, resulta que el citado Ayuntamiento adjudicó a la mercantil --, S.L. el contrato titulado “*adquisición de un terreno destinado a la ubicación del nuevo Hospital Comarcal*” en la cantidad de 259.777.000 pesetas, mediante acuerdo plenario de 24 de abril de 2001. Se trata de un terreno en término municipal de San Javier, partido de la “—”, de 7 hectáreas, 42 áreas y 22 centiáreas, inscrito en el Registro de la Propiedad número 1 de San Javier, al libro 268 de San Javier, folio 31, finca 22.844, inscripción 5ª.

El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, suscrito el 5 de junio de 2000 por el Jefe de Sección de Asuntos Generales, señala en la Cláusula I como objeto del contrato “*la adquisición de un terreno para la ubicación del nuevo Hospital Comarcal*”; en la Cláusula XV establece que “*la adjudicación quedará condicionada a la aceptación de los terrenos por parte de la Consejería de Sanidad*”; la XVII remite las causas de resolución del contrato a las previstas en el artículo 112 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP); la XVIII remite el régimen de preparación y adjudicación del contrato a la LCAP y la XIX señala como jurisdicción competente la contencioso-administrativa.

Dicho Pliego fue aprobado en sesión plenaria de 29 de junio de 2000, a propuesta de la Alcaldía, según la cual la adquisición de los terrenos es “*para la construcción del nuevo Hospital Comarcal*”.

Se suscribió por el Arquitecto municipal el Pliego de Prescripciones Técnicas (5 de junio de 2000); de fecha 6 de junio hay un informe de Secretaría que califica tal contrato como privado; consta informe de la Interventora municipal (5 de junio de 2000).

El anuncio de licitación se publicó en el BORM nº 185, de 10 de agosto de 2000, haciendo constar que el objeto del contrato es la adquisición de un terreno para la construcción del futuro Hospital Comarcal.

**TERCERO.-** Remite también el Ayuntamiento de San Javier los siguientes escritos y documentos recibidos en esa corporación, procedentes de la Consejería de Sanidad y de la de Economía y Hacienda:

— El primero, de fecha 4 de marzo de 2005, es una comunicación de la Consejera de Sanidad al Alcalde señalándole que el solar de 50.000 metros cuadrados ofrecido por el Ayuntamiento es insuficiente, porque se precisa uno de 100.000 como mínimo.

— El segundo, de 9 de mayo de 2005, lo remite el Secretario General de la Consejería de Sanidad al Alcalde y trata sobre la nueva oferta de solar realizada por el Ayuntamiento a dicha Consejería para la ubicación del nuevo Hospital Comarcal; manifiesta que se aceptan provisionalmente como idóneos para la construcción del centro hospitalario los terrenos situados en San Javier, partida de “—”, paraje de “—”, inscritos en el Registro de San Javier uno, libro 205, folio 249 vuelto, finca número 17.545.

— El tercero es remitido al Alcalde por el Director General de Patrimonio (Consejería de Economía y Hacienda) comunicándole que el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma ha decidido aceptar la cesión de tales terrenos (Decreto 183/2006, de 22 de septiembre); consta acta de entrega suscrita el 26 de octubre de 2006, por la que el Alcalde entrega el solar al Director General de Patrimonio, que lo recibe y toma posesión del mismo en nombre de la Administración regional.

**CUARTO.-** Remite el Ayuntamiento, a efectos del presente Dictamen, un expediente municipal de enajenación, iniciado por providencia de la Alcaldía de 8 de mayo de 2006, de los siguientes terrenos patrimoniales: en término municipal de San Javier, partido de la “—”, de 7 hectáreas, 42 áreas y 22 centiáreas, inscrito en el Registro de la Propiedad número 1 de San Javier, al libro 268 de San Javier, folio 31, finca 22.844, inscripción 5ª. En dicho expediente se acordó en sesión plenaria de 22 de febrero de 2007 enajenar los mencionados terrenos mediante procedimiento abierto y subasta y aprobar el pliego de cláusulas administrativas particulares; el anuncio de licitación se publicó en el BORM nº 97 de 28 de abril de 2007, siendo el presupuesto base de licitación 7.135.000 euros, al alza.

Integrados en el expediente de enajenación constan:

— Informe de Secretaría, de 9 de febrero de 2007. Partiendo de que el terreno a enajenar está integrado en el patrimonio municipal de suelo, concluye que los ingresos obtenidos mediante su venta sólo pueden destinarse a los fines legalmente previstos dentro de la rúbrica genérica “*otros fines de interés social*”, que deberían ser explicitados y calificados por el Pleno (art. 197 del texto refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Decreto-Legislativo 1/2005, de 10 de junio, TRLS).

— Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, de 7 de diciembre de 2006.

— Informe del Arquitecto municipal de 27 de octubre de 2006. Indica que el terreno a enajenar, a esa fecha, está incluido como no urbanizable dentro de las normas subsidiarias, y como urbanizable en el avance de PGOU en tramitación, con unas expectativas de aprovechamiento suficientes para la edificación de 133 viviendas; contando con una repercusión del precio del suelo a cada vivienda de 55.000 euros, valora el terreno en 7.315.000 euros.

— Informe de la Interventora municipal, de 8 de febrero de 2007, en el que, entre otras apreciaciones, hace hincapié en la interpretación restrictiva de la finalidad de los ingresos procedentes de la enajenación del patrimonio municipal de suelo, según el art. 197 TRLS.

— Certificado del Secretario expedido con el visto bueno del Alcalde el 8 de mayo de 2006, sobre inclusión en el inventario municipal de bienes, como patrimonial, del terreno de referencia ubicado en la “—”.

**QUINTO.-** En el procedimiento de anulación instado por --, S.L., constan como actos de instrucción, únicamente, un informe del Letrado municipal de 8 de octubre de 2007; un acuerdo de pleno de 13 de noviembre de 2007 por el que admitió a trámite la solicitud, incoándose expediente y solicitándose simultáneamente el Dictamen del Consejo Jurídico; y una propuesta de la Alcaldesa al Pleno para desestimar la revisión instada.

El informe del Letrado municipal llega a las siguientes conclusiones:

1) De acuerdo con el artículo 102.3 LPAC, procede la desestimación de plano y sin más trámite de la solicitud de revisión de oficio.

2) Procede la desestimación de plano de la solicitud de suspensión cautelar del acuerdo de enajenación, por haberse adoptado ya la misma en los Autos de recurso contencioso-administrativo que se siguen ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Cartagena (pieza de suspensión 240/2007).

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

Al haberse instado la anulación del contrato con base en lo dispuesto por los artículos 62 y 102 LPAC y, también 62 TRLCAP, el Dictamen se emite con carácter preceptivo, de acuerdo con el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

**SEGUNDA.- Sobre el procedimiento.**

El artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, indica que “*las Corporaciones locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común*”. El artículo 110.1 LBRL atribuye al Pleno de la Corporación la competencia para la declaración de la nulidad de pleno derecho.

A su vez, el artículo 64.1 TRLCAP establece lo siguiente: “*La declaración de nulidad de los contratos por las causas expresadas en el artículo 62 (causas de derecho administrativo) podrá ser acordada por el órgano de contratación, de oficio o a instancia de los interesados, de conformidad con los requisitos y plazos establecidos en el artículo 102 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*”.

Considera el Ayuntamiento consultante que procede la desestimación de plano de la pretensión, por concurrir la causa establecida en el 102.3 LPAC, según el cual “*el órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad del artículo 62 o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales*”.

Sin embargo, no puede entenderse que ésa sea una debida aplicación del precepto. En primer lugar, porque en este análisis formal de la pretensión, previo al estudio del fondo del asunto, no puede prescindirse de los términos en que está formulada aquélla y de los fundamentos legales de los que se acompaña; en concreto, la instante razona y atribuye naturaleza jurídica de derecho administrativo al contrato, argumentando a partir de ahí la aplicación de las causas de nulidad de ese orden jurídico. Tal planteamiento no encaja entre las excepciones a la tramitación del procedimiento que señala el artículo 102 citado, ya que es ostensible que sí se basa la solicitud en una causa de nulidad del artículo 62.1 LPAC, la de la letra c), referida a actos de contenido imposible; además, se ejercita por persona legitimada, ante el Ayuntamiento de San Javier, por un acto de adjudicación contractual dictada por él mismo, y no es extemporánea, ya que es imprescriptible; coinciden por tanto las circunstancias que habilitan para tener correctamente interpuesta la acción.

Debe tenerse presente que tal acción del artículo 102 LPAC confiere a quien la ejercita un verdadero derecho a la tramitación del procedimiento y al pronunciamiento final de la Administración, pesando sobre ella, además, la obligación de resolver que con carácter general establece el artículo 42 LPAC. De las actuaciones remitidas resulta la existencia de un recurso contencioso-administrativo en el que se ha decretado la suspensión de efectos del acuerdo de enajenación de los terrenos, circunstancia que no se encuentra entre las excepciones a la obligación de resolver establecidas por el precepto legal citado, resultando, además, que las pretensiones de anulación y resolución de la compraventa de 2001, objeto del expediente sometido a consulta, resultan perfectamente delimitadas de la que pueda haberse postulado en la impugnación del acuerdo de enajenación anunciado en el BORM nº 97 de 28 de abril de 2007.

La acción de nulidad se ejercitó el 30 de mayo de 2007 y, a la fecha de entrada de la consulta en el Consejo Jurídico (19 de diciembre de 2007), ya había vencido el plazo de 3 meses que habilita al interesado para entender desestimada la acción.

Por otro lado, la mercantil alega para la invalidez del contrato otras causas de derecho privado, así como de derecho administrativo, pero basadas en el incumplimiento del contrato, fundamentándolo en el artículo 111,g) TRLCAP (“*El incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales*”), aspecto que enlaza con la obligación contractual que habría asumido el Ayuntamiento de destinar el inmueble a su cesión a la Consejería de Sanidad para la construcción de un hospital comarcal, cuestión que, por lo que más adelante se dirá, tiene, a su vez, directa relación con la condición resolutoria recogida en la Cláusula XXV del Pliego. Desde este ángulo hay que recordar también que el artículo 112.2, último párrafo, TRLCAP, indica que el derecho para ejercitar la resolución del contrato corresponde a la parte a la que no le sea imputable la circunstancia que da lugar a la misma, cualidad que concurre en el promotor del procedimiento.

La dialéctica entre la solicitud de revisión y la propuesta de resolución se ha articulado constituyendo eje central de la misma el de la naturaleza del contrato para, a partir de ahí, anudar la aplicación de unas causas resolutorias de derecho administrativo, al ser ésta la naturaleza del contrato que se defiende por la interesada, o bien negando que tales causas tengan aplicabilidad, por negarse también tal naturaleza, como sostiene el Ayuntamiento. Siendo esta cuestión de mucho interés, puede no ser, sin embargo, absolutamente determinante de la resolución que pueda ser adoptada en el expediente porque, aun en los contratos privados de la Administración, los actos de preparación y adjudicación, en su cualidad de actos separables, pertenecen al régimen jurídico del derecho público, aunque la regulación de fondo pueda ser privada (art. 9.1 TRLCAP).

El tiempo para el ejercicio de la acción de nulidad o de la solicitud de resolución del contrato debe tener como referencia la fecha del anuncio de la licitación, que se publicó en el BORM nº 97 de 28 de abril de 2007, momento a partir del cual se manifiesta de manera general que el destino de los terrenos no será la cesión a la Consejería de Sanidad para la construcción de un hospital comarcal. El interesado ejercitó su pretensión el 30 de mayo siguiente, por lo que, desde el punto de vista de la relación contractual, no puede afirmarse un uso indebido de la facultad de instar la resolución que, desde el prisma de la acción de nulidad es imprescriptible, como ya se ha dicho. Desde la óptica de la resolución del contrato, también se encuentra la acción dentro del plazo para su ejercicio (15 años según el art. 1964 del Código Civil, en adelante C.c.).

### **TERCERA.- Sobre la naturaleza del contrato.**

I. No discutida la naturaleza contractual del negocio jurídico objeto de Dictamen, así como la condición de Administración pública que corresponde al Ayuntamiento de San Javier, las normas de aplicación han de buscarse, necesariamente, en el TRLCAP, por disponer así el artículo 1.2 del mismo, y por remisión del artículo 111 y siguientes del texto refundido de disposiciones vigentes sobre régimen local.

Como se colige con el mero examen de su objeto, el contrato ahora examinado no se incluye dentro de la clase de los administrativos típicos del artículo 5.2, a) TRLCAP, y la lectura del apartado 3 del mencionado artículo 5 TRLCAP muestra que la calificación que aparentemente parece corresponderle es la de contrato privado de la Administración, pues se incluyen dentro de tal norma “*los restantes contratos celebrados por la Administración*”,

los cuales, se dice, “*tendrán la consideración de contratos privados y, en particular, los contratos de compraventa (...), y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles (...)*”.

No obstante, esta aparente calificación ha de contrastarse con la categoría de los contratos administrativos especiales, aludida por la letra b) del artículo 5.2 TRLCAP junto a los típicos o nominados (caracterizados por su objeto): “*los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley*”.

Doctrina y jurisprudencia coinciden en que la inclusión de esta categoría supone el abandono del criterio puramente objetivo como definidor del contrato administrativo para mantener, junto a aquél, un criterio teleológico o finalista. Señala así la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1997 que “el criterio tradicionalmente seguido por la doctrina jurisprudencial en base al artículo 3 de la Ley Jurisdiccional califica los contratos efectuados por la Administración Pública como administrativos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, cuando tengan por finalidad obras y servicios públicos de toda especie, bien lo sea de modo directo o de modo indirecto o mediato, de tal modo que la calificación es de contrato administrativo cuando el mismo persigue un interés público cuya satisfacción le corresponde. Tras la reforma de la Ley de Contratos del Estado de 1973 se ha venido ampliando aún más tal concepto —sentencias de 11 de mayo de 1982, 7 de noviembre de 1983, 11 de noviembre de 1985, 8 de marzo de 1986, etc.—, de contrato administrativo al conectarlo con la característica esencial de su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o una especial tutela de interés público”.

Por su parte, el Consejo de Estado, en el Dictamen 1336/2005, de 17 de diciembre, indica que la delimitación del contrato administrativo frente al contrato privado se fundamenta en el criterio de la vinculación contractual a un servicio público, entendida esta expresión no en un sentido estricto, que la circunscribiría a una determinada forma de la actividad administrativa (distinta de la de policía y el fomento), sino en su acepción más amplia, como equivalente a cualquier actividad que, por considerarse de realización necesaria para la satisfacción de un interés público, esté atribuida a la Administración como competencia propia ejercitable mediante funciones que le son peculiares [(Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1990; dictámenes de 20 de mayo de 1993 (expediente 378/93), de 11 de octubre de 1995 (expediente 1.100/95) y de 23 de julio de 1998 (expediente 243/98)]; diversos informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa así lo afirman también, entre los que cabe mencionar el 5/96, de 7 de marzo, el 67/99, de 6 de julio de 2000, y el 8/02, de 30 de enero de 2002.

Asimismo, la naturaleza jurídica del vínculo contractual ha de inferirse, fundamentalmente, de las declaraciones contractuales. Decía al respecto el Consejo de Estado en su Dictamen de 15 de julio de 1982 (expediente 44.443) que la calificación de los contratos celebrados por la Administración como contratos administrativos o como contratos privados es cuestión que debe dilucidarse a la vista de los términos y estructura de cada acuerdo de voluntades y, en consecuencia, las declaraciones de renuncia a la aplicación del fuero o de la legislación de contratos administrativos no pueden alterar la naturaleza contractual que se derive de su propia estructura. En este mismo sentido, se ha afirmado que la calificación

de los contratos no depende de la que las partes hayan querido atribuirles (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1987 y de 20 de noviembre de 1996).

Consejo de Estado y Tribunal Supremo coinciden, pues, en que el carácter administrativo o civil de un contrato sólo puede inferirse de un análisis sustantivo del mismo, sin que sean siempre determinantes las declaraciones de sometimiento a un determinado régimen jurídico o a un determinado orden jurisdiccional. Esta cualificación sustantiva o material del contrato dependerá, fundamentalmente, de su contenido y finalidad (Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de marzo y de 26 de noviembre de 1985 y de 17 de julio de 1999). En consecuencia, tendrá carácter administrativo el contrato cuando quede constancia de su conexión con el fin de “interés público”, reputándose como privado si tal conexión no queda acreditada (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de octubre y 28 de noviembre de 1981 y de 14 de julio de 1982). Esa conexión, a su vez, se manifiesta en una normativa específica de aplicación a los efectos y extinción de los contratos administrativos (inaplicable, pues, a los contratos privados) que desplaza, respecto de éstos, al Derecho privado o común, representando, en lo sustancial, una ruptura del principio de paridad entre las partes propia de la contratación entre particulares derivada de la atribución a la Administración contratante de un conjunto de prerrogativas exorbitantes, ausentes en la contratación privada, y actualmente aludidas por el artículo 59.1 TRLCAP.

La conexión entre tales principios (carácter administrativo del contrato ligado a su finalidad de interés público, de un lado, y posición exorbitante en éste de la Administración, de otro) es enteramente lógica, pues es precisamente la íntima vinculación al interés público del contrato administrativo la razón que justifica (en aras a garantizar su satisfacción mediante el instrumento contractual) la quiebra de la paridad entre las partes propia de contrato civil o privado, mediante la entrega a la Administración de intensos poderes nacidos de normas de Derecho público. Como ya manifestó en su día la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con la nueva definición de la figura del contrato administrativo especial, contenida en la entonces vigente Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, la diferencia entre dicha regulación y la anteriormente obrante en la Ley de Contratos del Estado sería “para ampliar el ámbito de los contratos administrativos especiales, pues la vinculación al giro o tráfico de la Administración contratante, al tratarse de una mera vinculación y no de una pertenencia estricta, permite incluir en esta categoría a los contratos que afectan al concreto interés público perseguido por la Administración de que se trate (Informe 5/1996, de 7 de marzo).

En igual sentido se manifestó este Consejo Jurídico en el Dictamen 129/2003, al afirmar que *“la calificación de un contrato como administrativo resulta procedente cuando la vinculación de su objeto al interés público alcanza una entidad tal que dicho interés no tolera que la Administración se despoje de sus prerrogativas exorbitantes, vinculación la mencionada que aparece clara y ostensible cuando el objeto contractual se incluye dentro del ámbito de los cometidos que el ordenamiento jurídico ha confiado al órgano contratante (por todas, STS de 23 de mayo de 1988).*

*En esa línea argumental, ampliamente aceptada, se admite que típicos contratos civiles, como el arrendamiento o la compraventa, pudieran ser calificados como administrativos al estar la entidad pública actuando en el ejercicio de competencias propias que precisan de la especial tutela del interés público que proporciona el Derecho Administrativo. Así, una compraventa de finca con destino a la construcción de viviendas de protección oficial (STS de 11 de junio de 2003), o una compraventa de parcelas con la obligación de la adjudica-*

*taria de construir viviendas según programa y proyecto aprobado por el Ayuntamiento para regir la subasta (STS de 30 de mayo de 2000) o, incluso, una permuta cuando el acuerdo municipal de aceptación expresó que la misma tenía por fin adquirir locales destinados a oficinas y servicios municipales (STS de 18 de marzo de 2002).*

*Esa interpretación teleológica se apoyaba fuertemente, además, en el artículo 3 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 1956, que sometía a la esfera de tal jurisdicción las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, cuando tuvieren por finalidad obras o servicios públicos de toda especie, y suponía, en cierta manera, que la sustantivación administrativa debiera dilucidarse, para supuestos dudosos, a través de la incorporación de la causa al contrato mismo o a las bases por las que se rigiese la contratación. En caso contrario, los contratos referidos en el artículo 5.3 TRLCAP deberían calificarse como privados (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de noviembre de 1981). La sentencia de 21 de junio de 2000, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, obedece también a ese planteamiento*

*El criterio jurisprudencial expuesto puede mantenerse en la actualidad, aunque la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa haya variado la redacción de 1956, regulando ahora la competencia de ese orden jurisdiccional respecto a los “contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de contratación de las Administraciones públicas” (art. 2,b), ya que tal cambio no introduce giro sustancial en el actual marco normativo”.*

II. La calificación como compraventa no es excluyente del carácter administrativo de un contrato, como expresamente ha argumentado el Consejo de Estado (Dictamen 1336/2005, ya citado). El contrato de compraventa de bienes inmuebles es un contrato eminentemente civil cuyo régimen jurídico se encuentra disciplinado en los artículos 1445 y siguientes C.c. No obstante, como resulta del artículo 5.2 TRLCAP y antes del 4 de la Ley de Contratos del Estado, su raíz civil no es óbice para una eventual calificación del contrato como “administrativo especial”, cuando así lo declare una ley o la causa del vínculo contractual esté ligada a la satisfacción de forma directa o inmediata de una finalidad pública de la específica competencia de la Administración contratante.

Al hilo de esta previsión la jurisprudencia, en algún caso, ha venido calificando contratos de compraventa de inmuebles como administrativos especiales en atención al fin público incorporado a la causa del contrato.

Así, en la Sentencia de 15 de junio de 1976, referida a la Administración Local, el Tribunal Supremo califica como “administrativa” una compraventa de terrenos habida cuenta que, “aun cuando, en principio, estos contratos son civiles, (...) sólo en supuestos especiales en que la edificación responda a concreta y acreditada necesidad general (...) incluyéndose dicho fin público en la causa del contrato como elemento esencial del mismo”, se subsume el vínculo contractual en un supraconcepto de contrato administrativo que abarca figuras distintas de las formas contractuales típicas. Y en la Sentencia de 16 de diciembre de 1980, que confirma el criterio de calificación de un contrato como “administrativo” atendiendo a su finalidad, dice: “En principio el contrato de compraventa de un bien inmueble (...) debe considerarse como de carácter civil”, si bien “(...) cuando el contrato de que se trata tiende a la satisfacción directa e inmediata de una finalidad pública (...) y se integra dicha finalidad en la causa del contrato, debe subsumirse éste dentro de un concepto amplio de obras y servicios públicos”.



Por otra parte, el Consejo de Estado, en el dictamen de 18 de junio de 1971 (expediente 37.513), afirmaba que “la calificación del contrato como de comisión de transporte es compatible, por supuesto, con su naturaleza administrativa”. Y en la misma línea hay que tener en cuenta los dictámenes de 11 de octubre de 1995 (expediente 1.100/95), de 17 de septiembre de 1998 (expediente 3.086/98) y de 28 de septiembre de 2000 (expediente 2.399/2000). También en sentido análogo se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros, en su informe nº 17/70, de 9 de abril de 1970, citado por el Consejo de Estado, en el que mantuvo que “en el consorcio forestal se encuentra inmerso un contrato de raíz civil. Este contrato, de evidentes raíces civiles, se transforma en administrativo por la incidencia del servicio público: la repoblación forestal, fin del contrato, es, a su vez, objeto del servicio público que impulsa y gestiona el Patrimonio Forestal del Estado. Por esta razón el contrato es apartado del Derecho civil y sometido al ordenamiento jurídico-administrativo”.

En consecuencia, aun cuando el contrato de compraventa de inmuebles es un contrato de raíz civil —abstracción hecha de los actos administrativos preparatorios, separables del resto—, es posible que, cuando la causa del vínculo contractual esté ligada directamente a la satisfacción de una finalidad pública de la específica competencia de la Administración contratante, el contrato pueda tener naturaleza jurídico-administrativa.

III. Puede afirmarse que el contrato suscrito por el Ayuntamiento está vinculado directa e inmediatamente a una finalidad pública de la específica competencia del mismo.

Por un lado, hay que tener en cuenta ese concepto amplio con que la noción de finalidad pública o de servicio público se ha perfilado a estos efectos en el plano jurisprudencial. Como se ha señalado anteriormente, el Tribunal Supremo ha afirmado que existe contrato administrativo siempre y cuando el órgano con el que se celebra el contrato y a través del cual expresa su voluntad la Administración actúa dentro del ámbito específico de las competencias y atribuciones cuyo ejercicio constituye el cumplimiento de las propias responsabilidades legales. En el presente caso y a la vista de las disposiciones normativas que contienen el régimen jurídico de la entidad local, parece claro que el contrato suscrito se inscribe en el marco de las competencias que en materia de sanidad y asistencia social ostentan los Ayuntamientos.

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, establece con carácter básico (art. 2) lo siguiente:

Artículo 4.1:

*“Tanto el Estado como las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas competentes, organizarán y desarrollarán todas las acciones sanitarias (...) dentro de una concepción integral del sistema sanitario”.*

Artículo 44:

1. *“Todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integrarán el Sistema Nacional de Salud.*

2. *El Sistema Nacional de Salud es el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en los términos establecidos en la presente Ley”*

Artículo 50:

*“1. En cada Comunidad Autónoma se constituirá un Servicio de Salud integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias, que estará gestionado, como se establece en los artículos siguientes, bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma.*

*2. No obstante el carácter integrado del Servicio, cada Administración Territorial podrá mantener la titularidad de los centros y establecimientos dependientes de la misma, a la entrada en vigor de la presente Ley, aunque, en todo caso, con adscripción funcional al Servicio de Salud de cada Comunidad Autónoma”.*

Artículo 51:

*1. Los Servicios de Salud que se creen en las Comunidades Autónomas planificarán con criterios de racionalización de los recursos, de acuerdo con las necesidades sanitarias de cada territorio. La base de la planificación será la división de todo el territorio en demarcaciones geográficas, al objeto de poner en práctica los principios generales y las atenciones básicas a la salud que se enuncian en esta Ley.*

*2. La ordenación territorial de los Servicios será competencia de las Comunidades Autónomas y se basará en la aplicación de un concepto integrado de atención a la salud.*

*3. Las Administraciones territoriales intracomunitarias no podrán crear o establecer nuevos centros o servicios sanitarios, sino de acuerdo con los planes de salud de cada Comunidad Autónoma y previa autorización de la misma.*

Al mismo tiempo el artículo 28 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local, señala lo siguiente:

*“Los Municipios pueden realizar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones públicas y, en particular, las relativas a (...) la sanidad y la protección del medio ambiente”.*

Desde tales premisas puede afirmarse que el contrato de compraventa indicado está vinculado al giro o tráfico específico del Ayuntamiento de San Javier, y que está incardinado en el ejercicio de una de las competencias que legalmente se le han atribuido. Contribuir con un terreno a la construcción de un hospital es una competencia propia de los Municipios, complementaria de la competencia de sanidad de la Comunidad Autónoma; realizar actividades complementarias de las de otras Administraciones en materia de sanidad es una competencia de los municipios específicamente atribuida; y si es una competencia propia es de su giro o tráfico específico.

Y precisamente por la íntima e inmediata vinculación de tal contrato al fin de interés público reseñado, ha de concluirse que resultará imprescindible garantizar la protección del mismo mediante la sumisión de tal negocio jurídico a un régimen legal caracterizado por el otorgamiento de prerrogativas exorbitantes a la Administración, lo que es tanto como afirmar la ineludible necesidad de su calificación como contrato administrativo especial. Como se ha señalado por la doctrina, otra solución equivaldría a dejar la satisfacción de tales cualificados intereses públicos a merced de un libre juego de voluntades contractuales colocadas en situación de paridad.

Otros argumentos abundan en esta conclusión. De una parte, como claramente se desprende de los preceptos transcritos, también los Ayuntamientos pueden ser titulares de

centros sanitarios y hospitalarios, pero, más allá de ello, en la legislación básica late una concepción unitaria de la organización sanitaria que da lugar al concepto de Sistema Nacional de Salud en el que se integran los centros o servicios sanitarios de las Comunidades Autónomas. Dice el TS que *“la forma preceptiva o imperativa en que el referido art. 44 dispone que el Sistema Nacional de Salud estará integrado por todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la Salud, unido a que el art. 50 de la propia Ley General de Sanidad señala que en cada Comunidad Autónoma se constituirá un Servicio de Salud “integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones y Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias...” pone de manifiesto claramente que, desde la entrada en vigor de dicha Ley General de Sanidad, todos los centros y servicios sanitarios públicos han pasado a integrar o formar parte del Sistema Nacional de Salud, con independencia de su integración formal en los Servicios autonómicos de Salud o en el INSALUD, lo que indirectamente se confirma por lo dispuesto en los arts. 50.2, 51.3, 55.2, 78 y 79.1, b) y d) de la reiterada Ley General de Sanidad”*. Quiere ello decir que, en cualquier caso, la aportación de un terreno para la construcción de un hospital del Sistema Nacional de Salud es una actividad directamente vinculada al servicio público, lo que significa también, a *sensu contrario*, que la actividad municipal que se desarrolla a través del contrato no es del mero interés privado del Ayuntamiento: es notorio que no se refiere a gestión mercantil o a la gestión del patrimonio privado, supuestos en lo que el contrato se habría de regir, efectivamente, por el derecho privado, como es el caso examinado en el Dictamen 129/2003 de este Consejo Jurídico.

IV. No obstante lo anterior, el examen de los posibles vicios de validez del contrato desde la perspectiva del derecho público no está necesariamente condicionado por la naturaleza del negocio jurídico, ya que la separabilidad del fondo de los actos de preparación y adjudicación centra de nuevo en el régimen jurídico administrativo la aplicación de dichas causas de nulidad, porque la doctrina de los actos separables supone una comunidad de normas de los contratos administrativos y privados, una zona común de la contratación de las Administraciones públicas (art. 9.1 TRLCAP). Por tanto, aun en el caso de que se llegara a la conclusión de que el contrato es de naturaleza privada, el acto de adjudicación es susceptible de incurrir en las mismas causas de nulidad que en el régimen jurídico administrativo.

**CUARTA.- Sobre la alegada nulidad de pleno derecho del contrato por la causa prevista en el artículo 62.1. c) LPAC.**

Entre otros posibles vicios, se alega por la contratista que el contrato es nulo de pleno derecho por la causa del artículo 62.1.c) LPAC, es decir, por tener un contenido imposible.

La imposibilidad del contenido, según la doctrina legal del Consejo de Estado, apunta más al aspecto material que al legal (Dictamen 651/2000). Es imposible lo que materialmente no se puede realizar, bien porque sea contrario a las leyes físicas o bien porque forme parte de un supuesto de hecho irreal o inexistente. En consecuencia, ha calificado de acto de contenido imposible la adjudicación de un contrato a una persona ya fallecida (dictamen de 28 de abril de 1983) o el nombramiento de un funcionario para un puesto de trabajo inexistente (dictamen 1.705/94, de 29 de septiembre de 1994) o el contrato de permuta cuando una de las partes no es propietaria del bien que ha de entregar (dictamen 53.403, de 29 de junio de 1989). El precepto también incluye los actos afectados por la llamada imposibilidad lógica, es decir, aquéllos que encierran una contradicción interna en sus términos (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de mayo de 2000).

Examinada la documentación que presenta los hechos, se aprecia en las actuaciones relatadas que el Ayuntamiento acordó la adjudicación del contrato adquiriendo un bien de poco más de 70.000 metros cuadrados (folio 49) cuando el requerimiento presentado por la Consejería de Sanidad era de un mínimo de 100.000 metros cuadrados (folio 38). Con independencia del error padecido respecto al supuesto de hecho del que se partió para realizar la adquisición resulta que, conforme a la doctrina del Consejo de Estado, es imposible lo que materialmente no se puede realizar, y queda clara la imposibilidad física de que una parcela de 70.000 metros cuadrados llegue a medir 100.000.

El acto de adjudicación es un acto de contenido imposible al ser irreal plantear la construcción de un hospital sobre una parcela que no reunía los requisitos de cabida imprescindibles requeridos por el ente al que se habría de ceder, necesitándose para tal fin otra parcela completamente distinta, posteriormente aceptada por la Comunidad Autónoma.

Por otra parte, el acto de adjudicación encerraría también una contradicción lógica en sus términos, ya que se formula la adquisición para la “ubicación del nuevo Hospital Comarcal”, cuando tal fin no se puede lograr con esa parcela.

Así lo ha apreciado el TS para un supuesto próximo al dictaminado, como es la realización de un proyecto de obras que habían de ser ejecutadas en un terreno diferente al previsto (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de junio de 2003).

Concorre, pues, la causa de nulidad alegada del acto de adjudicación, dando como consecuencia la nulidad del contrato mismo que, una vez declarada, produce su entrada en liquidación (art. 65 TRLCAP).

Conforme a la doctrina de los actos separables antes expuesta, aun en el caso de que se llegara a la conclusión de que el contrato es de naturaleza privada, incurriría el acto de adjudicación en la misma causa de nulidad, con las mismas consecuencias de acarrear la del contrato y su liquidación.

**QUINTA.- Sobre la resolución del contrato por la causa prevista en el artículo 111. h) TRLCAP.**

Si en hipótesis se prescindiera de la conclusión obtenida en la anterior consideración no por ello habría que admitir la consumación de los efectos del contrato, ya que, como a continuación se expone, estaría incurrido en causa de resolución pactada.

En la Cláusula XV del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigió la adquisición se dice que “*la adjudicación quedará condicionada a la aceptación de los terrenos por parte de la Consejería de Sanidad*”; también, que serán aplicables las causas de resolución del artículo 112 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (Cláusula XVII), hoy recogidas en el 111 TRLCAP, cuyo apartado h) señala como tales “*aquellas que se establezcan expresamente en el contrato*”.

La expresa voluntad de la Consejería de Sanidad de no aceptar unos terrenos de cabida inferior a 100.000 metros cuadrados, la aceptación por la Comunidad Autónoma de otros terrenos diferentes con el fin de construir un hospital y, en fin, la decisión municipal de enajenar los terrenos adquiridos a la interesada, son signos evidentes de que, entendida como resolutoria, se ha producido la condición incorporada a la Cláusula XV, puesto que no se ha aceptado el terreno por la Consejería de Sanidad, ni lo puede aceptar, porque ya ha aceptado la cesión de otro a propuesta del mismo Ayuntamiento. En efecto, conforme a la dicción del Pliego queda claro que las obligaciones derivadas del acto de adjudicación, de haber naci-

do, no tendrían el carácter de puras, ya que su definitiva adquisición quedó condicionada al acontecimiento de que la Consejería de Sanidad aceptara la cesión de los terrenos como hábiles para la construcción de un hospital, es decir, a la condición de que ocurra algo que ya, indudablemente, no tendrá lugar (art. 1.117 C.c.). Las obligaciones han podido exigirse aunque “*sin perjuicio de los efectos de la resolución*” (art. 1.113, párrafo segundo, C.c.), que determina la pérdida de los posibles derechos adquiridos (art.1.114 C.c.)

En este supuesto resolutorio, igual que en el de la nulidad, el régimen jurídico aplicable es común a los contratos administrativos y civiles, por así resultar de lo dispuesto en el artículo 9.1 TRLCAP e, igual también que en el caso anterior, a la misma conclusión habría de llegarse fuera cual fuese la naturaleza del contrato.

#### **SEXTA.- Sobre la liquidación del contrato.**

De acuerdo con los artículos 64 y 65 TRLCAP, la declaración de nulidad de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en su virtud, y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido. También la resolución convencional implica la liquidación del contrato que, en el caso de originarse por una causa prevista en él, se regirá por las normas relativas a la causa legal con la que guarde analogía, a tenor todo ello de lo establecido en el artículo 112 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; esta analogía sólo parece que pueda encontrarse con la resolución por mutuo acuerdo del artículo 111.c) TRLCAP, que no tiene una regla específica sobre la manera de ser aplicada, omisión que conduce a acudir a las normas supletorias del C.c., como más adelante se expone.

En todo caso, la liquidación supone que el Ayuntamiento debe restituir a la contratista en la propiedad de la finca y ésta debe restituir el importe recibido. La cuestión central que debe afrontarse entonces es determinar cual de las partes contratantes debe soportar una posible diferencia de valor, cuestión que, dado el substrato civil del contrato, impone tener en cuenta las reglas del C.c. sobre el juego de la condición resolutoria, concretamente las resultantes de los artículos 1.123, párrafo segundo, y 1.122.5ª, disponiendo éste que las mejoras de la cosa, naturales o por obra del tiempo —a la que se puede asimilar el aumento de valor derivado de la nueva clasificación—, ceden a favor del acreedor; esta condición, respecto al precio, corresponde al Ayuntamiento.

Indica el informe de valoración del Arquitecto municipal que los terrenos, antes rústicos, figuran como urbanizables en el Avance del Planeamiento que se encuentra en tramitación, aspecto éste que ha sido ponderado para determinar el importe que el contratista habría de reintegrar, ponderación que, necesariamente, ha de partir de lo que establece el derecho positivo aplicable.

Para ello debe tenerse en cuenta que el avance del planeamiento, tal como se regula por el artículo 132 TRLS, sólo tendrá efectos administrativos internos preparatorios de la redacción del planeamiento definitivo, si bien es cierto que incorpora unas expectativas que deben ser objeto de valoración. Por otra parte, de acuerdo con la Disposición transitoria tercera de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, son aplicables los criterios de valoración de la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen de Suelo y Valoraciones, los cuales parten de señalar que la valoración ha de entenderse referida al momento de iniciación del procedimiento, que en este caso es el mes de mayo de 2007.

En este marco normativo, la valoración del terreno deberá determinarse en expediente contradictorio posterior.

Finalmente, debe tener en cuenta la Corporación los informes emitidos por la Interventora (8 de febrero de 2007) y el Secretario (9 de febrero de 2007), según los cuales la parcela objeto del presente procedimiento estaría integrada en el Patrimonio Municipal de Suelo y, por tanto, el importe percibido por el Ayuntamiento como consecuencia de la resolución contractual debe destinarse a los fines de interés social previstos por el artículo 198 TRLS.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Procede estimar la pretensión de la interesada por concurrir la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 62,1,c) LPAC, al ser la adjudicación de contenido imposible; y por concurrir también la causa de resolución del artículo 111, h) TRLCAP, al que se remite la Cláusula XVII del Pliego en relación con la XV, al haberse producido la causa resolutoria expresa según la cual *“la adjudicación quedará condicionada a la aceptación de los terrenos por parte de la Consejería de Sanidad”*.

**SEGUNDA.-** La liquidación del contrato habrá de realizarse mediante posterior expediente contradictorio.

No obstante, V.E. resolverá.

### **DICTAMEN 48/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante:** Consejera de Sanidad (2004)

**Fecha:** 12/03/08

### **Extracto de Doctrina**

*La consecuencia de la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidades es que se indemniza no el daño final, sino el porcentaje de oportunidad..*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 16 de febrero de 2004, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud (SMS) por los daños sufridos como consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria recibida.

Según la reclamante, el 21 de mayo de 2002 acude a consulta de Ginecología, por presentar desde hacía un mes inflamación del pezón mama derecha y secreción serosanguí-

nolenta, así como adenopatía axilar de carácter inflamatorio. Se le hace mamografía, que no es concluyente, y se diagnostica como mastitis, citando para revisión en 1 año.

Ante la persistencia del cuadro, vuelve a la misma consulta el 4 de febrero de 2003, y se prescribe mamografía (que no se puede realizar) y ecografía de mama derecha, que se lleva a cabo 3 días después. Se vuelve a diagnosticar como mastitis y se prescribe tratamiento médico, con revisión a los 8 días.

Al persistir los dolores, acude al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca el 10 de febrero de 2003, donde se le realiza PAAF que desvela un carcinoma de mama y ganglio axilar. Se practican estudios de extensión, que informan de existencia de metástasis hepáticas, pautándose tratamiento con quimioterapia, que continúa al momento de presentar la reclamación.

Considera la reclamante que se produjo un error de diagnóstico y que el cuadro que presentaba ya inicialmente y, sobre todo, en la consulta de 7 de febrero de 2003, debió llevar al Ginecólogo a realizar pruebas diagnósticas (PAAF, biopsia, etc.) que hubieran permitido alcanzar un diagnóstico precoz del carcinoma, el cual, atendida la extensión del cuadro y la existencia de metástasis hepáticas, cabe presumir que estaba instaurado desde hacía tiempo.

Solicita una indemnización de 300.000 euros, incluidos daños morales.

**SEGUNDO.-** Con fecha 20 de marzo de 2004, se requiere de subsanación a la interesada, para que concrete los medios de prueba de que pretende valerse e identifique la consulta de ginecología a la que acudió.

**TERCERO.-** Comoquiera que el requerimiento no fue atendido por la reclamante, con fecha 25 de junio de 2004 la Directora Gerente del SMS dicta resolución acordando el archivo del expediente por desistimiento de la interesada.

**CUARTO.-** Con fecha 14 de julio de 2004, el esposo de la reclamante, x., actuando en nombre propio y en el de su hija, comunican al SMS el fallecimiento de la reclamante y su subrogación en el estado del procedimiento.

Aportan documentación acreditativa de la defunción de la esposa y madre, respectivamente, de los interesados, acaecida el 13 de junio de 2004, en el Hospital Virgen de la Arrixaca, como consecuencia de diseminación neoplásica derivada de carcinoma de mama. La fallecida tenía 34 años.

Se aporta, asimismo, fotocopia del Libro de Familia.

**QUINTO.-** Tras requerir a los interesados para que subsanen la solicitud inicial en los mismos términos que, en su día, fue requerida la reclamante, el 12 de agosto de 2004 presentan escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, en el que reproducen el relato fáctico de la inicialmente efectuada por aquélla, identificando la consulta de Ginecología en que fue atendida (Centro Médico de San Andrés) y el facultativo que la asistió (Dr. x.).

Reiteran asimismo los fundamentos jurídicos en que se basaba la primera reclamación y la pretensión económica inicialmente formulada y proponen prueba documental (historia clínica), pericial a aportar por los interesados, y testifical, para que la hermana de la fallecida declare acerca del proceso médico seguido y del alcance de la enfermedad.

**SEXTO.-** Admitida a trámite la reclamación por Resolución de la Directora Gerente del SMS, de fecha 1 de octubre de 2004, se encarga la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del Ente, que procede a comunicar la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la correduría de seguros del SMS y a recabar la copia de la historia clínica de la paciente e informe de los facultativos que la atendieron en el Hospital y en el Centro de Especialidades “Jesús Quesada Sanz”.

**SÉPTIMO.-** Se remite la historia clínica de la paciente, así como informe del ginecólogo que la atendió (Dr. x.), que es del siguiente tenor literal:

*“Paciente que acude a la consulta el día 21/5/02, siendo atendida por el Dr. x., con secreción sero-purulenta en mama derecha y adenopatía en línea mamo axilar rodadera. Se prescribe mamografía.*

*Vuelve el día 3/7/02, siendo atendida por el Dr. x., con mamografía sin alteraciones importantes.*

*A la exploración: No secreción mamaria a la expresión. Adenopatía axilar derecha. Revisar al año.*

*Vuelve el día 4/2/03, siendo atendida nuevamente por el Dr. x. Se prescribe mamografía que se realiza el día 7/2/03, cuyo informe se adjunta en fotocopia.*

*Se implanta tratamiento con:*

*Pantomicina cada 6 horas.*

*Varidasa cada 6 horas.*

*Voltarén cada 12 horas.*

*Volver a los 8 días para realizar PAAF.*

*A fecha de hoy, no ha vuelto por consulta”.*

La mamografía mencionada por el Dr. x., realizada el 7 de febrero de 2003, informa de los siguientes hallazgos:

*“No conseguimos realizar mamografía de la MD por no tolerar la paciente la compresión necesaria.*

*MI de patrón fibroglandular moderadamente hiperdenso (esto disminuye algo la sensibilidad de la mamografía).*

*Aunque el tejido denso puede ocultar alguna lesión, no se detectan formaciones nodulares o cálcicas sospechosas.*

*Realizo ecografía de MD en la que no se detectan formaciones nodulares ecográficas sólidas ni líquidas, ni áreas de alteración de la ecoestructura. Patrón ductal no dilatado”.*

**OCTAVO.-** Tras comunicar la instrucción a los reclamantes la apertura del período de prueba y la admisión de los medios de prueba por ellos propuestos, excepto la testifical de la hermana de la paciente, que se estima innecesaria, aportan informe pericial médico que alcanza las siguientes conclusiones:

*“1.- No se practicaron las pruebas diagnósticas necesarias a la paciente en mayo de 2002, a pesar de presentar un cuadro clínico de aumento de tamaño de mama derecha, secreción por el pezón, adenopatía axilar y mamografía NO concluyente. La simple realización de PAAF, Biopsia, etc., permiten el diagnóstico de certeza del carcinoma de mama.*



2.- *La extensión del cuadro, así como la existencia de metástasis hepáticas, hacen presumir la larga instauración del mismo.*

3.- *En este tipo de patologías, el diagnóstico precoz y el consiguiente tratamiento están directamente ligados al pronóstico del mismo.*

4.- *Es evidente el error de diagnóstico, al menos, en la revisión de 7-2-2003”.*

**NOVENO.-** Solicitado informe a la Inspección Sanitaria, se emite el 22 de enero de 2007, indicando que:

*“El cáncer de mama es una enfermedad que cuando debuta o se hace el diagnóstico ha pasado por fases en que puede ser indetectable con las pruebas complementarias habituales.*

*Los signos y síntomas en la exploración nos guiarán para considerar si se debe o no seguir estudiando en busca de datos para poder hacer diagnóstico precoz del cuadro y que indicarán razonadamente la necesidad o no de utilizar las pruebas complementarias a nuestra disposición.*

*No se encuentran en la historia clínica otras anotaciones del resultado de la exploración del día 21 de mayo de 2002, que la observación de secreción serosanguinolenta por mama derecha y adenopatía grande, rodadera, en línea axilar.*

*En este caso, la secreción serosanguinolenta unilateral por el pezón es un signo de alarma que merece una toma de muestra para estudio citológico.*

*No tenemos referencia de que se haya realizado.*

#### CONCLUSIONES

*Independientemente de la imposibilidad de valorar si el desenlace del proceso hubiese sido el mismo habiendo realizado un diagnóstico precoz, consideramos que no se completó el abanico de pruebas que están disponibles habitualmente para el diagnóstico de cáncer de mama”.*

**DÉCIMO.-** Consta en el expediente que por la compañía aseguradora del SMS se iniciaron negociaciones con los reclamantes en orden a llegar a un acuerdo indemnizatorio, que fracasaron.

**UNDÉCIMO.-** Con fecha 27 de septiembre de 2007, la instrucción solicita a la correduría de seguros que emita informe valorativo acerca de la reclamación, el cual alcanza la siguiente conclusión:

*“1.- En la atención prestada a la perjudicada, se produce un retraso de 265 días en el diagnóstico de un cáncer de mama.*

*2.- Dadas las características del tipo de cáncer diagnosticado, presencia de adenopatías, la edad de la perjudicada y el grado de diferenciación tumoral, y otros factores pronósticos (marcadores tumorales), resulta difícil afirmar que un diagnóstico realizado a fecha de primera consulta, en mayo de 2002 hubiera influido de forma determinante en la evolución posterior del cuadro clínico.*

*En consecuencia, se estima el daño resarcible en función del tiempo de demora en el diagnóstico, considerando el daño producido por el desconocimiento de un estado de*

*enfermedad que motivó diversas asistencias médicas sin éxito hasta el momento del diagnóstico. Dicho daño se estima en un total de 13.354,65 euros, conforme a la valoración anteriormente realizada”.*

**DUODÉCIMO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, se personan los reclamantes por medio de letrado, retiran copia de diversos documentos obrantes en el expediente y presentan escrito de alegaciones para ratificarse en las contenidas en la solicitud inicial.

**DECIMOTERCERO.-** Con fecha 17 de diciembre de 2007, la instrucción formula propuesta de resolución estimatoria de *“la reclamación patrimonial interpuesta por x. y posteriormente subrogado en su lugar por su esposo x. en la cuantía de 13.354,65 euros”.*

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido el pasado 16 de enero de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Legitimación.

La propuesta de resolución considera, al menos tácitamente, que existió una subrogación procesal de los familiares de la paciente en el procedimiento por ella iniciado. Sin embargo, el expediente muestra que no nos encontramos ante una sucesión de reclamantes, sino ante reclamaciones sucesivas y diferentes.

En efecto, en un principio formula reclamación de responsabilidad patrimonial la x., en calidad de paciente que sufre en su persona los daños que imputa a la deficiente asistencia sanitaria recibida. Por parte del SMS se le requiere para que subsane y complete la solicitud, con advertencia expresa de tenerla por desistida de su pretensión si no cumplimenta el requerimiento. Comoquiera que transcurra el plazo concedido al efecto sin que la interesada proceda a subsanar su escrito inicial, se dicta resolución que pone fin al procedimiento por desistimiento de la actora y se ordena el archivo del expediente (folio 11 del expediente).

Es al notificar esta resolución, que el marido y la hija de la paciente comunican al SMS el fallecimiento de ésta y su intención de subrogarse en el procedimiento por ella iniciado (folio 20). El Ente Público admite esta solicitud y requiere de subsanación a los interesados en idénticos términos que a la primera reclamante. La contestación de aquéllos, sin embargo, no es un escrito de subsanación, sino que vienen a formular una nueva reclamación de

responsabilidad patrimonial, ahora ya como directos interesados y no como herederos de la fallecida (folio 31).

Por tanto, cabe entender que es esta segunda reclamación la que origina el presente procedimiento, toda vez que el primero quedó finalizado por la resolución que declaraba el desistimiento de la actora, sin que el SMS la haya revocado o dejado sin efecto de forma expresa, ni haya sido formalmente recurrida por los interesados.

En cualquier caso, y al margen de la improcedencia de admitir la subrogación de los interesados en un procedimiento que ya había fenecido, lo cierto es que la propia actuación del x. al formular una nueva reclamación de responsabilidad patrimonial y no limitarse a subsanar los defectos del primer procedimiento aclara la situación procesal del expediente, que queda centrado en la reclamación formulada por los familiares de la paciente, como consecuencia del fallecimiento de ésta, el cual se imputa a un retraso diagnóstico.

Por tanto, la reclamación interpuesta por el viudo y la hija de la fallecida lo fue por quienes gozan de legitimación activa para ello, derivada de la pérdida afectiva de un familiar tan cercano.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en su condición de titular de la función pública de asistencia sanitaria de la población y titular de los centros sanitarios (Hospital Virgen de la Arrixaca y Centro de Especialidades “Dr. Jesús Quesada Sanz”) donde se atendió a la paciente.

#### **TERCERA.- Plazo y procedimiento.**

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) establece para la prescripción del derecho a reclamar, pues, producido el óbito de la paciente el 13 de junio de 2004, la acción resarcitoria se ejercita el 12 de agosto, apenas dos meses después.

El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ya ha excedido en mucho el de seis meses establecido por el artículo 13 RRP.

No obstante, debe recordarse a la Consejería consultante la doctrina de este Consejo Jurídico relativa a la improcedencia de requerir de subsanación a los interesados para que efectúen la proposición de prueba en el escrito inicial de reclamación, con la consecuencia de tenerles por desistidos de su pretensión si desoyen tal requerimiento (Dictámenes 189/2003, 125/2004 y 5/2006, entre otros).

#### **CUARTA.- Concurrencia de requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional

(artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y ss. LPAC, y desarrollados por abundante jurisprudencia:

1) El primero es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico; y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Cuando las reclamaciones de los particulares se refieren a la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por la prestación de servicios sanitarios, el requisito de que la actuación médica se haya ajustado o no a la *lex artis ad hoc* adquiere un singular relieve, debido a que si la actuación de los facultativos se acomodó y desarrolló con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia médica, y así se prueba en la instrucción del procedimiento, los resultados lesivos no podrán atribuirse a la Administración sanitaria, bien porque no pueda afirmarse que concurra aquel nexo causal, bien porque ni siquiera pueda determinarse la existencia de una lesión indemnizable, debido a que los resultados lesivos, normalmente, serán consecuencia de la evolución de las propias enfermedades del paciente, aun a pesar del correcto funcionamiento de los servicios sanitarios.

**QUINTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos: la omisión de medios y el error de diagnóstico.**

Los reclamantes afirman que, cuando la fallecida acudió a la consulta de ginecología el 21 de mayo de 2002, con un cuadro clínico de aumento de tamaño de mama, secreción por el pezón, adenopatía axilar y mamografía no concluyente, debió haberse realizado alguna prueba diagnóstica adicional (PAAF, biopsia, etc.), lo que hubiera permitido el diagnóstico precoz del carcinoma de mama, y la adopción de las medidas terapéuticas necesarias que hubieran evitado la muerte de la paciente.

Así pues, la imputación del daño al servicio público se objetiva como omisión de medios, bien por escatimar la Administración pruebas y recursos que hubieran revelado la verdadera naturaleza de la enfermedad, o bien por ser el médico que le atendió incapaz de diagnosticarla con las pruebas practicadas.

A la luz de tales argumentos, la determinación de si se adoptaron las medidas necesarias para llegar al temprano diagnóstico de la enfermedad, si el facultativo valoró adecuadamente los síntomas y resultados de las pruebas realizadas, se convierte en cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación de la Administración.

Y es que la obligación que incumbe a la Administración en la prestación sanitaria es de medios, no de resultados, pues si bien no se le puede exigir una curación en todos los casos,

dado el carácter contingente de la salud y la vida de los pacientes, sí que viene compelida a prestar la asistencia sanitaria con el despliegue de todos los medios a su alcance. De no hacerlo así, o de no acreditar su efectiva utilización, el daño devendrá en antijurídico.

Aplicado al supuesto objeto de consulta, la antijuridicidad del daño y el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño sufrido, derivarían de la no aplicación de todos los medios diagnósticos adecuados o de una valoración médica errónea de los datos aportados por las pruebas practicadas, cuestiones que aparecen íntimamente relacionadas con el criterio jurisprudencialmente configurado de la “lex artis”, como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata.

En este sentido, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “lex artis”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la *lex artis* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica, o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”*.

Descrita a grandes rasgos la doctrina relativa a la *lex artis*, habremos de acudir al expediente para desvelar en qué medida la actuación de los profesionales intervinientes se adecuó a dicho estándar.

La valoración de dicha actuación y en qué medida en las consultas de 21 de mayo y 3 de julio de 2002, y 4 y 7 de febrero de 2003, podía ya haberse identificado la verdadera etiología de la dolencia que presentaba la paciente, bien con las técnicas exploratorias utilizadas bien mediante la realización de una PAAF y biopsia, exige un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la medicina.

Consta en el expediente un informe pericial de parte, traído al procedimiento por los reclamantes, que concluye afirmando que no se practicaron las pruebas diagnósticas necesarias en mayo de 2002, a pesar del cuadro clínico que presentaba. Indica asimismo que la simple realización de PAAF, biopsia, etc. permiten el diagnóstico de certeza del carcinoma de mama. Sigue el informe indicando que: a) la extensión del cuadro, así como la existencia de metástasis hepáticas, hacen presumir la larga instauración del mismo; b) en este tipo de patologías, el diagnóstico precoz y el consiguiente tratamiento están directamente ligados al pronóstico del mismo; y c) considera evidente el error de diagnóstico, al menos en la revisión de 7 de febrero de 2003.

La Inspección Médica, por su parte, afirma que la secreción serosanguinolenta unilateral por el pezón, que presentaba la paciente el 21 de mayo de 2002, es un signo de alarma que merece una toma de muestra para estudio citológico, lo que le lleva a concluir que, independientemente de la imposibilidad de valorar si el desenlace del proceso hubiese sido el mismo habiendo realizado un diagnóstico precoz, considera que no se completó el abanico de pruebas que está disponible habitualmente para el cáncer de mama.

Aplicadas tales consideraciones al caso que nos ocupa, se advierte que la Inspección Médica concluye que no se aplicaron en su momento las técnicas diagnósticas precisas para determinar el alcance de la lesión tumoral que aquejaba a la paciente. A pesar de que el citado informe es ciertamente escueto, del relato de antecedentes que contiene y de sus conclusiones se desprende el parecer de la informante de que ante el cuadro clínico que presentaba la paciente el 21 de mayo de 2002, especialmente la secreción por el pezón, debió haberse procedido a emplear otras técnicas diagnósticas, señaladamente la toma de muestras para estudio citológico, que habrían posibilitado alcanzar un diagnóstico cierto ya en dicha fecha. Diagnóstico definitivo que, por el contrario, sólo fue obtenido cuando la paciente, tras acudir infructuosamente los días 4 y 7 de febrero de 2003 a su ginecólogo de zona, lo hace el 10 de febrero al Servicio de Urgencias del Hospital “Virgen de la Arrixaca”, siendo remitida a la consulta de mama, en la que se prescribe la realización de la biopsia por punción (PAAF), cuyo informe advierte de la existencia de un cáncer de mama con metástasis axilar.

Lo anterior lleva a considerar que existió un retraso, imputable a los servicios sanitarios públicos, en alcanzar el diagnóstico certero del cáncer, entre el 21 de mayo de 2002, fecha en la que de haberse realizado las pruebas diagnósticas aconsejadas por la ciencia médica se habría detectado el carcinoma, y el 10 de febrero de 2003, cuando tras realización de PAAF se diagnostica la patología oncológica.

Siendo así, y como expresamos en nuestro Dictamen 71/2006, ello generó *“una pérdida de posibilidades u oportunidades terapéuticas, que nos conduce a la conocida doctrina jurisprudencial de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria (STS, Sala 1ª, de 10 de octubre de 1998), que afecta esencialmente a los supuestos de error de diagnóstico y/o diagnóstico tardío, y a los de tratamiento y asistencia tardía. En el campo médico se habla de la pérdida de oportunidad de vida o curación para significar aquellos casos en que por la omisión de una ayuda diagnóstica, de un tratamiento diferente, de un adecuado diagnóstico, de un medicamento más completo, etc. se ha privado al paciente de una posibilidad de curación”*.

Cabe concluir, en consecuencia, que existe relación de causalidad entre el funcionamiento omisivo de los servicios sanitarios regionales y los daños sufridos por los reclamantes, que cabe concretar en la pérdida de oportunidades de su familiar de alcanzar la curación o, al menos, una mejoría de sus dolencias o la prolongación de su vida.

### SEXTA.- La cuantía de la indemnización.

Como ha quedado expuesto, la consecuencia de la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidades es que se indemniza no el daño final, sino el porcentaje de oportunidad, como sostiene la SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 15 de octubre de 2003: *“Por tanto, lo que debe ser objeto de reparación es, solamente, la pérdida de la oportunidad de que con un tratamiento más acorde a la lex artis se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable a la salud de la paciente ahora recurrente; el hecho de que se valore, exclusivamente, esta circunstancia obliga a que el importe de la indemnización deba acomodarse a esta circunstancia y que se modere proporcionalmente con el fin de que la cantidad en la que se fije la indemnización valore en exclusiva este concepto indemnizatorio”*; también como dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 22 de abril de 2002: *“pérdida de oportunidades o expectativas de curación, lo que significa que no es pertinente condenar a la Administración sanitaria como si el daño íntegro fuera atribuible a la misma, sino en una proporción resultante de una valoración aproximativa de las probabilidades de éxito que se hubiesen derivado del tratamiento correspondiente a un diagnóstico acertado”*.

El presente caso presenta unas singularidades que motivan que la tradicional dificultad inherente a estos casos se vea notablemente aumentada:

1. En primer lugar, la valoración de tal pérdida de oportunidades, necesariamente compleja, ha de basarse en criterios orientativos y equitativos, toda vez que los reclamantes no justifican en criterio alguno la cuantificación de la indemnización que solicitan (200.000 euros, más 100.000 euros por daños morales), aun cuando incumbe a la parte reclamante la carga de probar los elementos de cuantificación del daño en virtud de los cuales reclama, como recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, las sentencias de la Sala 3ª, de 3 de febrero de 1989 y 19 de febrero de 1992.

2. La ausencia en el Informe de la Inspección Médica de un análisis de la incidencia del retraso diagnóstico en la evolución de la dolencia de la paciente. Aun tratándose de cuestiones médicas de evidente dificultad, la determinación del *“quantum”* indemnizatorio debe basarse, según se dijo *ut supra*, en un estudio sobre los perjuicios que haya podido ocasionar a la enferma el retraso diagnóstico imputable a la Administración, lo que requiere de un análisis detallado de las características de la enfermedad y de su evolución, atendiendo a datos estadísticos y en consideración a las circunstancias del caso concreto (período de tiempo del retraso, estudios obrantes en la historia clínica que permitan analizar la evolución del tumor, fallecimiento final, etc.). Así, en un caso como el presente, en que por el servicio inspector competente *“en ningún momento se analiza concienzudamente la influencia del tiempo en el hecho lesivo”*, el Dictamen 67/2003 del Consejo Consultivo Andaluz concluye en la necesidad de realizar actos de instrucción complementarios como los mencionados, para que, con la debida contradicción, puedan obtenerse suficientes elementos de juicio que orienten con mayor concreción (en nuestro caso, con alguna concreción) sobre las consecuencias lesivas del retraso diagnóstico, y ello como requisito indispensable para proceder a una cuantificación motivada y no arbitraria de la indemnización. Así se recoge en nuestro Dictamen 184/2006.

A tal efecto, no puede considerarse suficiente la genérica conclusión que alcanza la Inspección Médica acerca de la *“imposibilidad de valorar si el desenlace del proceso hubiese sido el mismo habiendo realizado un diagnóstico precoz”*, en la medida en que aparece huérfana de todo razonamiento que le dé fundamento y, además, se contradice con el infor-

me valorativo de la cuantía indemnizatoria aportado al procedimiento por la correduría de seguros a instancias de la instrucción, el cual concluye que la demora en el diagnóstico y tratamiento no ha tenido influencia decisiva en el pronóstico final, pues en mayo de 2002 ya existiría un tumor localmente avanzado, con unas características de agresividad que conllevaban una elevada probabilidad de recidiva y una mortalidad elevada.

Por otra parte, el criterio utilizado en este último informe para alcanzar una cuantificación del daño (considerar como días de incapacidad los comprendidos entre el 21 de mayo de 2002 y el momento en que se alcanzó el diagnóstico correcto) no parece apropiado, toda vez que no atiende a la verdadera naturaleza del daño ocasionado con el diagnóstico tardío y que no es otro que la pérdida de oportunidades de curación o mejoría de la paciente.

En consecuencia, el órgano consultante, previo informe de la Inspección Médica que contemple la globalidad del proceso patológico de la paciente y la final audiencia del interesado, debe determinar en qué medida el fallecimiento de la paciente puede razonablemente imputarse al retraso diagnóstico objetivado en el periodo de tiempo a que antes se hizo referencia. La cuantificación de los conceptos que, a la vista del mencionado informe e historia clínica, hubiesen de considerarse indemnizables, habría de atenerse al baremo habitualmente tomado como referencia para la valoración de los daños a las personas, con un carácter meramente orientativo, conforme con lo establecido en casos análogos por la doctrina consultiva y la jurisprudencia, ponderando aquí muy señaladamente el lapso de tiempo en que la víctima estuvo sin tratamiento adecuado a la verdadera naturaleza de sus dolencias, con la natural angustia para la paciente y sus familiares ante el empeoramiento progresivo de su estado de salud y la creencia para éstos de que la demora en el diagnóstico pudo disminuir la posibilidad de superar la enfermedad.

De no poderse determinar aproximativa y razonablemente la incidencia del mencionado retraso diagnóstico en el proceso patológico de la paciente, habría que convenir en la existencia de una concurrencia de causas (existencia del tumor maligno, no imputable a la Administración, y retraso diagnóstico, sí imputable) de incidencia indeterminada en la producción de los daños en cuestión, lo que llevaría a imputar el 50% de relevancia a cada una de dichas causas y, por tanto, trasladándose dicho porcentaje a la cuantificación de la indemnización final, de forma análoga a lo que vino a concluir este Consejo Jurídico en los Dictámenes 4, 71 y 184 de 2006.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y los daños por los que se reclama, procediendo su indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Quinta de este Dictamen. En este extremo, la propuesta de resolución se informa favorablemente.

**SEGUNDA.-** La cuantía del resarcimiento debe ser determinada conforme a los criterios expresados en la Consideración Sexta de este Dictamen, por lo que, en este punto, la propuesta de resolución objeto de informe se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 49/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.****Consultante: Consejera de Sanidad (2004)****Fecha: 12/03/08****Extracto de Doctrina**

*Analizar la praxis médica durante la intervención quirúrgica permite delimitar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no sólo porque exista lesión sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de intervenciones quirúrgicas en centros sanitarios públicos, que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o existiera una lesión derivada de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la lex artis.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 22 de marzo de 2004, tiene entrada en el Registro del Servicio Murciano de Salud (SMS), escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por x, y., en solicitud de una indemnización por los daños sufridos por la hija de ambos, y por la propia x., como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida con ocasión del nacimiento de aquélla.

Exponen en su escrito los reclamantes que, el 16 de febrero de 1996, x., encontrándose en la 39ª semana de gestación, ingresó en el Hospital Virgen de Castillo, de Yecla, para estudio de control fetal, al haber sufrido una subida de tensión, que en los días siguientes se estabilizó.

El día 20 de ese mes, inició un cuadro de vómitos y náuseas, describiéndose una exploración ginecológica con cuello de útero centrado y semiborrado, con líquido amniótico claro, y bolsa de aguas íntegra y polisistolía.

Ante la aparición de líquido amniótico teñido, con rotura espontánea de la bolsa, indicativo de pérdida de bienestar fetal, y la aparición de DIPS variable (a la hora y treinta minutos), se practicó la prueba del pH con resultado de 7,317. Desde las 23,20 h. en que se practicó el pH hasta las 00,45 h. en que nació la niña, transcurrió 1 hora y 25 minutos, sin ningún control de bienestar fetal.

El facultativo que asistió el parto optó por realizar un parto instrumental, en vez de una cesárea, lo que supone una operación arriesgada y peligrosa, y más larga que la cesárea. Para aplicar las ventosas esperó 45 minutos, para que se dieran las condiciones ginecológicas necesarias. Después tardó otros 25 minutos en la aplicación de esas ventosas, con resultado fallido, y finalmente, en tan sólo 15 minutos, se practicó la cesárea. Los reclamantes consideran evidente que, si se hubiera extraído el feto cuando comenzaron a aparecer los signos de sufrimiento fetal, la niña no hubiera padecido un sufrimiento fetal tan grave como el que sufrió.

Al nacer, la niña presentó un test Apgar de 1 al minuto de vida, de 4 a los 5 minutos, y de 4 a los 10 minutos, practicándose reanimación cardio pulmonar en paritorio, e intubación endotraqueal a los 12 minutos de vida, e iniciando respiración espontánea, a los 30 minutos. Ingresó en neonatología, con el diagnóstico de alta de recién nacido a término y peso adecuado para su edad gestacional, asfixia feto neonatal grave, síndrome de secreción inadecuada de APD, lactante regurgitado, encefalopatía hipóxico-isquémica e ictericia multifuncional.

La menor padece secuelas determinantes de una gran invalidez, por las que el entonces Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia le ha otorgado una invalidez del 84%.

También argumentan los reclamantes que, a causa de la cesárea, se causó a la madre un desgarro de histerectomía, que interesó ángulo derecho y se comunicó con el fondo de la vagina, que posteriormente fue suturado, cerrándose la cúpula vaginal. El día 22 de febrero, tras realizarse una urografía intravenosa y ecografía renal, se diagnosticó una obstrucción ureteral a nivel de pelvis menor, a 3 ó 4 centímetros de la vejiga en uréter derecho, a consecuencia de la cual fue necesario programar una intervención de reanastomosis del uréter derecho, que se realizó el 6 de marzo de 1.996. A causa de dicha intervención, la reclamante presenta reflujo vésico-ureteral derecho, que le produce periódicamente infecciones de orina.

La valoración de los daños, de acuerdo con el baremo establecido para accidentes de circulación, es la siguiente:

1. Respecto de la niña: 1.041.709 euros, conforme al siguiente desglose:

a) Por secuelas que le ocasionan una tetraplejía que, además de afectación neuromuscular de las extremidades, afecta al tronco, produciendo trastornos respiratorios y deglutorios, así como cognitivos: 237.000 euros.

b) Daños morales complementarios: 75.233 euros.

c) Gran invalidez que comporta la ayuda de otra persona para realizar las actividades esenciales de la vida diaria: 301.000 euros.

d) Perjuicios morales y familiares, en atención a la alteración de la vida derivada de los cuidados y atención continuada: 112.848 euros.

d) Adecuación de la vivienda: 75.233 euros.

La suma de tales partidas indemnizatorias arroja un resultado de 801.314 euros, que los reclamantes estiman debe incrementarse en un 30%, al considerar que el sistema de valoración aplicado es meramente orientativo y tiene una naturaleza limitadora derivada de las características del accidente de tráfico.

A dicha cantidad habría de sumarse una pensión vitalicia para la niña de 1.803 euros, con la correspondiente actualización anual conforme al IPC.

2. Respecto de la madre, por los daños derivados de la rotura del uréter: 25.000 euros.

3. Por daños morales de los padres, por la pena y sufrimiento que soportan al ver la situación de su hija, y de su familia: 100.000 euros para cada uno.

El importe total solicitado asciende a 1.276.709 euros.

Con el escrito de reclamación se adjunta la siguiente documentación: copia de poder de representación procesal a favor del Letrado que presenta el escrito; copia de las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento penal seguido por dichos hechos contra los facultativos que asistieron a la reclamante, así como las declaraciones vertidas por ellos en el curso de las referidas actuaciones penales; y parte de las historias clínicas de madre e hija, cuya petición completa se propone como prueba.

Además, se aportan protocolos de asistencia y certificado de valoración de grado de minusvalía expedido por el ISSORM.

**SEGUNDO.-** Por el Director Gerente del SMS se admite a trámite la reclamación y se encarga la instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a solicitar al Hospital Virgen del Castillo de Yecla copia de las historias clínicas de la reclamante y su hija, e informes de los facultativos que las atendieron.

**TERCERO.-** Desde el hospital, se remite copia de las historias clínicas (folios 58 a 276) e informes de la Dirección Médica y de la Jefa de Servicio de Toco-ginecología.

El primero de los informes citados se expresa en los siguientes términos:

*“Paciente de 28 años, primigesta, que ingresa el 16 de febrero de 1.996 para estudio de bienestar materno fetal. Embarazo de treinta y nueve semanas. Ha presentado un ascenso de tensión diastólica 130/100 mm.Hg. No hay antecedentes médicos y obstétricos de interés y el control ambulatorio del embarazo ha sido normal.*

*Se monitoriza la tensión arterial, que se normaliza espontáneamente. Durante los tres días siguientes los controles clínicos son normales, la proteinuria es negativa y la cardiocografía fetal es normal. Se diagnostica de hipertensión arterial transitoria del embarazo, sin repercusión materna ni fetal.*

*El día 20 se decide finalizar el embarazo (gestante a término, hipertensa que necesita tratamiento médico).*

*Se colocan prostaglandinas E2 intracervicales para maduración cervical. Inicia dinámica uterina. Es revisada por matrona a las 13 horas, que detecta condiciones obstétricas atrasadas. A partir de las 14 horas queda bajo la tutela del ginecólogo de guardia, que hace constar en el partograma los siguientes eventos:*

*— A las 21 horas ingresa en la sala de dilatación con presentación cefálica en plano I de Hodge, dilatación de dos dedos con bolsa rota y líquido teñido, frecuencia cardiaca fetal normal. Se decide inducir el parto con oxitocina intravenosa.*

*— A las 22,45 horas se inicia periodo activo de parto (cervix borrado, 3 cm), buena dinámica, presentación cefálica I-II plano y deceleraciones variables en registro cardiográfico interno continuo.*

*— A las 22,30 horas se realiza pH en cuero cabelludo fetal con resultado de 7.31.*

*— A las 23.50 horas se aplica anestesia epidural sin incidencias.*

*— A las 00, 05 horas del día 21 de febrero se pasa a paritorio y cuando la cabeza pasa a plano III de Hodge, se aplica ventosa para acortar el expulsivo.*

*— A las 00.30 horas, ante la no progresión del parto, se decide cesárea urgente de rescate que concluye con la extracción fetal.*

*Durante la cesárea urgente se produce un desgarro lateral hacia el ángulo derecho de la histerectomía que llega a comunicar con vagina. Se suturó, quedando el uréter libre aunque acodado, dada la proximidad al lecho quirúrgico.*

*La paciente fue trasfundida y sondada.*

*Presentó como complicaciones postquirúrgicas obstrucción de uréter derecho y fístula uretero-vaginal, que fueron solucionadas por el Servicio de Urología con resección de la fístula y conexión del uréter a vejiga.”*

Por su parte, el informe de la Jefa de Servicio de Toco-Ginecología, coincide sustancialmente en el relato de los hechos, aunque aporta nuevos datos respecto del informe de la Dirección Médica:

— Desde el momento en que la paciente queda bajo la tutela del ginecólogo de guardia, Dr. x., *“las observaciones clínicas que constan en el partograma, (condiciones obstétricas, evolución de la dilatación, planes de Hodge en la presentación fetal, posición de la cabeza fetal...) son subjetivas, así como la interpretación de la cardiotocografía fetal continua (en ausencia de registro en papel).”*

— La toma de muestra de sangre del cuero cabelludo para valoración metabólica se realiza a las 23,20 horas (no 22,30 como consta en el informe de la Dirección Médica), debido a la persistencia de los hallazgos cardiotocográficos antes mencionados. Sólo consta el resultado del pH sanguíneo, 7.31.

— El momento del parto es descrito en los siguientes términos: *“A las 00,05 horas se decide pasar al paritorio en dilatación completa y cuando la cabeza llega a III plano aplicar ventosas para acortar expulsivo.*

*Según consta en Protocolos Clínicos, para acortar expulsivo, ya sea por parto estacionado o por cualquier otro motivo, se plantean dos alternativas: instrumentar el parto mediante ventosa o fórceps o realizar una cesárea, la decisión última es criterio médico según la experiencia obstétrica del ginecólogo.*

*En este caso concreto se aplicó ventosa por malposición de cabeza fetal, en occipito posterior (según consta en declaraciones del Dr. x. al juzgado), y tras dos tracciones resulta fallida la progresión del parto. El supuesto fallo del sistema de vacío de la ventosa, tracción con fuerza insuficiente, depende esencialmente de las condiciones de aplicación de la misma y de la velocidad de vacío.*

*A las 00,30 horas, ante la no progresión del parto, se decide cesárea de rescate urgente que concluye con la extracción fetal.*

*Según consta en Protocolos Clínicos, ante la no progresión del parto se plantean dos alternativas: utilizar otros medios de instrumentación o realizar cesárea de rescate, la decisión de utilizar uno u otro es médica según la rapidez y la experiencia obstétrica.*

*En este caso se decidió realizar cesárea de rescate sin demora de tiempo y ayudada por cirujano de guardia a la vez que se llama al ginecólogo localizado.”*

— En relación con los daños sufridos por la madre, se indica que *“durante la cesárea urgente se produce un desgarro lateral hacia el ángulo derecho de la histerotomía que llega a comunicar con vagina. Se trata de una complicación ocasional que está descrita como probable y posible en cualquier intervención de cesárea.*

*El tratamiento médico indicado es la sutura de la misma, que es lo que realmente se realizó (quedando el uréter libre aunque acodado, flexionado y tortuoso dada la proximidad del mismo al lecho quirúrgico)".*

— Las complicaciones surgidas (obstrucción del uréter derecho y fístula uretero-vaginal) están descritas como probables y posibles postcesárea. El tratamiento de las mismas es la resección de la fístula y conexión del uréter a vejiga tal como se realizó por parte del Servicio de Urología, si bien quedó como complicación a largo plazo un reflujo ureteral.

— El informe concluye como sigue:

*"1. El estudio de bienestar materno-fetal tanto en el periodo preparto como en el parto y postparto estuvo sujeto a los Protocolos Clínicos para cada patología.*

*2. La toma de decisiones durante el parto respondieron al criterio médico exclusivo del ginecólogo de guardia, de acuerdo a los Protocolos Clínicos en cada caso.*

*3. Durante todo el proceso se dispuso de los medios necesarios para la correcta resolución del caso clínico:*

— *Monitorización cardiotocográfica fetal.*

— *Monitorización clínica materna.*

— *Monitorización bioquímica.*

— *Medios de instrumentación: ventosa, fórceps, espátulas.*

— *Medios quirúrgicos: quirófano y personal quirúrgico.*

— *Medios humanos: ginecólogo de presencia física, cirujano y además ginecólogo localizado. Anestesiista.*

— *Medios de sostén materno fetal: banco de sangre.*

— *Medios de reanimación materno-fetal: anestesiista, Pediatra.*

*4. No siempre un parto mediante cesárea es más rápido y menos traumático para madre y feto que un parto instrumentado, estando protocolizado que ante un parto estacionado debe recurrirse, si las condiciones obstétricas lo permiten, inicialmente a la instrumentación del parto y en su defecto a la cesárea de rescate.*

*5. Se actuó siempre en previsión de complicaciones y se trataron éstas con la mayor prontitud cuando se presentaron.*

*6. Las complicaciones maternas fueron derivadas de un acto quirúrgico, estando estas descritas como probables y posibles en todo documento oficial de consentimiento informado".*

**CUARTO.-** En la historia clínica de la niña figura informe del Servicio de Pediatría del Hospital, Sección de Neonatología, en el que se contienen las siguientes manifestaciones:

*"Embarazo controlado sin incidencias. Parto a las treinta y nueve semanas. Amniorrhexis espontánea dos horas antes con líquido amniótico teñido ++. Cardiotocografía con deceleraciones variables. Inducido. Cesárea por sufrimiento fetal agudo y vacuo extracción fallida. Madre con febrícula intraparto. Periodo neonatal inmediato - Ápgar 1/4/4. Precisó reanimación tipo 4 con intubación endotraqueal, aspiración y ventilación asistida".*

El juicio diagnóstico de la pequeña es del siguiente tenor:

*“Recién nacida pretérmino de peso adecuado a edad gestacional. Asfixia fetoneonatal grave. Síndrome de irritabilidad muscular. Síndrome de secreción inadecuada de OH, lactante regurgitador. Encefalopatía Hipóxico- isquémica, ictericia multifactorial”.*

**QUINTO.-** Obra en el expediente copia de las actuaciones seguidas por el Juzgado de Instrucción de Yecla, en el procedimiento abreviado nº 37/2002, iniciado por querrela de la ahora reclamante contra los facultativos que la intervinieron. Dicho procedimiento concluye con auto de sobreseimiento provisional y archivo, de fecha 30 de octubre de 2002, recurrido en apelación ante la Audiencia Provincial de Murcia, siendo desestimada, mediante auto de fecha 10 de marzo de 2003.

De la documentación obrante en las actuaciones penales destacan las siguientes:

— Informe pericial de parte sobre valoración de secuelas y relación causal de las mismas con la asistencia recibida. El dictamen alcanza las siguientes conclusiones:

*“— Se induce el parto porque existe un riesgo de pérdida de bienestar fetal, debido a la aparición de líquido teñido con la rotura espontánea de la bolsa de aguas.*

*— Se elige como vía más rápida el parto instrumental con aplicación de ventosas.*

*— Se produce un retraso en el nacimiento, como consecuencia de un fallo en el sistema de vacío de la ventosa, lo cual provoca una prolongación de aproximadamente 40 minutos, durante los cuales se desconoce el riesgo real de pérdida de bienestar fetal, dado que carecemos del control del ritmo y frecuencia cardiaca del feto; y esto sólo se consigue a través de la monitorización, es decir, control permanente y mecánico de la misma, que permita constatar de forma inmediata cualquier irregularidad que se produzca.*

*— Cabe suponer que esa demora ha sido la causa de los daños cerebrales sufridos por la niña.*

*— Existe una relación de causalidad entre la cesárea de urgencia a la que fue sometida x. y la aparición de una fístula uretero-vaginal con afectación renal, que sigue los criterios de causalidad: cronológico, topográfico y de continuidad sintomática.*

*— La lesión ureteral en una intervención de cesárea de urgencia es una complicación con una alta probabilidad y por lo tanto previsible.*

*— Que las secuelas de la niña x. ocasionan una TETRAPLEJIA, que además de afectación neuromuscular de las extremidades, afecta al tronco, con trastornos respiratorios y deglutorios, y trastornos cognitivos.*

*Es de reseñar, que para una mejor calidad de vida a lo largo de la misma, dada la intensidad y afectación de las secuelas, precisará de tratamientos específicos: Atención Temprana, Fisioterapia, Logopedia, Terapia ocupacional, apoyos técnicos y humanos especializados, etc.”.*

— Informe del Médico Forense, que concluye:

*“1. La actitud y conducta de los ginecólogos que asistieron a x. fue la normal y correcta con arreglo a los sucesivos hechos que se relatan a lo largo de toda la historia clínica.*

*2. Existe relación de causalidad entre la cesárea de urgencia y la rotura de uréter de x., que con posterioridad se reparó ad integrum.*

3. *X. padece encefalopatía hipóxico-isquémica de causa perinatal, epilepsia secundaria con morfología de espasmos en flexión y EEG multifocal y retraso psicomotor secundario. Lesiones todas ellas irreversibles, y de mal pronóstico.*

4. *No se puede determinar categóricamente la etiología del retraso mental que padece x., y por ello tampoco la relación causa efecto de dicha situación. El fallo en el sistema de vacío de la ventosa pudo intervenir de forma negativa en los hechos estudiados”.*

— Nuevo informe forense, en el que, además de ratificar las conclusiones del anterior, concluye que “*x. no sufre reflujos vesicoureterales, al menos clínicamente significativo, ni se puede considerar de forma alguna como secuela de la rotura de uréter que sufrió”.*

**SEXTO.-** Mediante diligencia de 16 de marzo de 2005, el Tribunal Superior de Justicia comunica la interposición por los reclamantes de recurso contencioso-administrativo, seguido con número de procedimiento ordinario 109/2005, contra la resolución de iniciación de procedimiento de responsabilidad patrimonial, a efectos del emplazamiento de las partes y remisión del expediente.

Por diligencia de 19 de julio de 2006, reiterada el 15 de febrero de 2007, el citado Tribunal requiere la remisión del informe de Inspección Médica emitido en dicho procedimiento, por haber sido solicitado por los demandantes a efectos de formalizar la demanda.

**SÉPTIMO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica sobre los hechos recogidos en la reclamación, tras valorar la historia clínica y documentación contenida en el expediente, formula las siguientes conclusiones:

*“X. ingresó el día 13 de febrero de 1.996, en el Hospital Virgen del Castillo de Yecla, para presentar una hipertensión arterial transitoria del embarazo en la semana 39 de gestación, siendo controlada adecuadamente con reposo.*

*El día 20 de febrero de 1.996, tras comprobar el estado normal materno y fetal se decidió iniciar la maduración del cuello con la administración local de PGE-2 siendo esta decisión ajustada a las condiciones de la gestante.*

*El parto evolucionó con normalidad hasta la rotura de membranas ovulares, con líquido teñido a las 21.10 horas.*

*La presencia de líquido amniótico teñido no implica siempre que haya un compromiso fetal. Se le combinó la inducción al parto con oxitocina. Su administración debe hacerse siempre con bomba de infusión y con monitorización de la frecuencia cardiaca fetal y de las contracciones uterinas.*

*La presencia de Dips variables que constan a las 22.45 horas tampoco reviste gravedad si se recuperan rápidamente. No es necesario repetir la prueba mientras no se altere el patrón cardiotocográfico.*

*No tenemos constancia de la persistencia de las alteraciones en el registro cardiotocográfico por la ausencia del registro objetivo del papel. Según el informe de la Jefa de Servicio de Toco-ginecología, se dispuso en todo momento de monitorización cardiotocográfica fetal.*

*La determinación del equilibrio ácido-base es el único parámetro que nos indica la situación bioquímica de un feto intraparto y en este caso era normal (mayor de 7,24) a las*

23:20 horas. No había un claro riesgo de pérdida de bienestar fetal y ante esto se toma la decisión de dejar evolucionar el parto, siendo la conducta obstétrica correcta.

*Simultáneamente se cursa el preoperatorio, como parte del protocolo previo a la administración de anestesia epidural que se realiza a las 23.50 horas.*

*En los siguientes 15 minutos pasa de estar en I-II plano con 4-5 cm. de dilatación a las 23.50 horas, a III plano con dilatación completa a las 00.05 horas.*

*La opción de aplicar la ventosa o realizar cesárea en este momento es decisión médica del obstetra, dándose las condiciones de aplicación (membranas rotas, presentación cefálica, dilatación completa y III plano de Hodge), tras realizar dos tracciones y no producirse el vacío, el Dr. x. desistió de su empleo, ajustándose a las recomendaciones de la SEGO.*

*El fallo en el sistema de vacío de la ventosa pudo intervenir de forma negativa en el sufrimiento fetal.*

*A las 00.30 horas, ante la no progresión del parto, se realiza la cesárea sin demora de tiempo, naciendo la niña a las 00.45.”*

(...)

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados y tras obtener los reclamantes copia de diversos documentos del expediente, no presentan alegación ni justificación alguna.

**NOVENO.-** Con fecha 27 de julio de 2007, la instrucción formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que la actuación de la Administración sanitaria fue en todo momento ajustada a la “*lex artis*”.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

### **SEGUNDA.-** Tramitación.

1. La legitimación activa corresponde a la menor y a la madre, en su condición de pacientes que sufren en su persona los daños imputados a la atención sanitaria recibida. Ambos padres, por su parte, en su condición de representantes legales de su hija menor de edad (artículo 162 del Código Civil), se encuentran legitimados para reclamar en nombre de ésta, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.



En cuanto a la legitimación pasiva y al procedimiento para la tramitación de la reclamación, tras el traspaso de funciones y servicios en materia de asistencia sanitaria de la Administración del Estado a la Administración regional, cabe dar aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas por este Consejo en el Dictamen 65/02.

2. En cuanto al plazo para interponer la acción de reclamación, aunque el daño se imputa a las actuaciones desarrolladas durante el parto acaecido en las últimas horas del día 20 y primeras del 21 de febrero de 1996, como de forma reiterada viene señalando el Consejo Jurídico (por todos, Dictamen núm. 46/98), el criterio tradicional recogido por la jurisprudencia es que el proceso penal, por su carácter atrayente y prevalente, interrumpe el plazo de prescripción para ejercitar la acción de responsabilidad administrativa.

Así, consta en el expediente que el auto de la Audiencia Provincial de Murcia que desestima el recurso de apelación interpuesto por la ahora reclamante contra el sobreseimiento y archivo de las actuaciones penales acordado por el Juzgado de Instrucción, data de 10 de marzo de 2003, y que, según obra al folio 288 del expediente, fue notificado al letrado de la ahora reclamante el 24 de marzo de 2003. Esta fecha ha de ser tomada como *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción del derecho a reclamar, por lo que habiéndose presentado la reclamación el 22 de marzo de 2004, cabe considerar que la acción fue ejercida dentro del plazo de un año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP.

#### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
- b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el

ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

1. La reclamación pretende la reparación de dos tipos de daño. Por una parte, las secuelas sufridas por la niña como consecuencia de una defectuosa asistencia sanitaria en el período perinatal, que concreta en la omisión de controles de bienestar fetal en la hora y 25 minutos inmediatamente anteriores al nacimiento, y en la tardía realización de cesárea, que se demora ante la decisión del ginecólogo de intentar un parto instrumentalizado con ventosas que no prospera.

De otro lado, se reclama por los daños sufridos en el uréter por la madre, como consecuencia de la cesárea, aunque no se concreta el título de imputación en que se basa la reclamación.

2. La antijuridicidad del daño y el nexo causal entre éste y el funcionamiento de los servicios públicos vendrían determinados por un funcionamiento anormal de los servicios sanitarios, que no prestaron una asistencia pre e intraparto correcta, cuestión que aparece íntimamente ligada a la *lex artis*. Ésta, como se ha dicho, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: “*ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente*”.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que “*los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) (ello*

*supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”.*

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención quirúrgica permite delimitar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no sólo porque exista lesión sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de intervenciones quirúrgicas en centros sanitarios públicos, que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o existiera una lesión derivada de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la *lex artis*.

En el supuesto sometido a consulta, la imputación del daño al servicio público se objetiva como omisión de medios, pues consideran los interesados que de haber procedido a practicar la cesárea al primer signo de sufrimiento fetal, se habría acortado la exposición del feto al mismo y se habrían evitado las graves secuelas neurológicas padecidas por la niña.

La determinación de si la aplicación del tratamiento demandado, anticipando la realización de la cesárea, era exigible en atención a las circunstancias presentes en los momentos anteriores al alumbramiento y si su instauración hubiera evitado las patologías sufridas por la menor, se convierten en cuestiones esenciales, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación omisiva de la Administración.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto —artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)—, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su cualidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

3. Procede, a continuación, analizar el proceso que desemboca en la cesárea a la luz de los informes médicos obrantes en el expediente, para establecer si las actuaciones realizadas se ajustaron a normopraxis, si la realización de la cesárea debió anticiparse y si debieron aplicarse medidas de control adicionales a las adoptadas.

a) La atención sanitaria relevante comienza cuatro días antes del parto, cuando la madre acude a urgencias con un cuadro hipertensivo. La valoración de la asistencia prestada en estos días se encuentra en el informe médico-forense (folios 506 y ss del expediente) que califica el estado de la madre como de preeclampsia leve, describiendo las actuaciones que dicta la *lex artis* para su cuidado y superación, siendo plenamente coincidentes con las aplicadas a la paciente, que mejoró. También la Inspección Médica considera adecuada la atención prestada a la madre en esta fase. Afirma el forense que la inducción e intento del parto vaginal, con monitorización y anestesia epidural, está indicada en casi todas las mujeres con preeclampsia, de forma que “*sólo si no hay dilatación y progreso del parto se hará cesárea*”. En el caso, como paso previo a la inducción del parto, se inicia la maduración cervical con aplicación de prostaglandinas intracervicales, como método farmacológico más moderno y cuyas contraindicaciones no concurren en el supuesto objeto de valoración. La Inspección, por su parte, afirma que la decisión de inducir el parto fue ajustada a las condiciones de la gestante.

b) Se rompe la bolsa de forma espontánea a las 21.10 horas, apareciendo líquido teñido, lo que para el perito de los reclamantes indica un riesgo de pérdida de bienestar fetal, siendo la razón por la que se induce el parto. Por el contrario, la Inspección afirma que la presencia de líquido amniótico teñido no implica siempre que haya un compromiso fetal; mientras que el forense matiza que, antes bien, la inducción al parto se indicó por el estado de preeclampsia leve, gestación a término y condiciones favorables, por lo que se inició la administración de prostaglandinas locales, usando la oxitocina sólo cuando se comprobó la rotura de bolsa y el líquido teñido.

Tras la administración de oxitocina, afirma el forense que la dilatación evoluciona de forma normal, aparecen a las 22.45 horas deceleraciones variables en el ritmo cardíaco del feto (DIPs), que precisan monitorización. Para la Inspección Médica, estas alteraciones tampoco revisten gravedad si se recuperan rápidamente, como ocurrió. Considera, asimismo, que no es necesario repetir la prueba mientras no se altere el patrón cardiotocográfico y, en el caso, no se tiene constancia de la persistencia de las alteraciones.

c) A las 23.20 horas, estando con una dilatación de 4-5 cm, se realiza microanálisis sanguíneo fetal que arroja un resultado de pH 7,317, siendo inmediatamente aplicada la anestesia epidural.

El forense afirma que, dentro de las indicaciones del microanálisis, se encuentra la aparición de líquido teñido y anomalías en la auscultación o monitorización fetal y que sólo si el resultado se encuentra entre pH 7,24 y 7,20, se debería repetir la muestra en 30 minutos. Si fuera inferior a 7,20, habría procedido la extracción fetal por la vía más rápida posible, ninguna de cuyas actuaciones se realizaron al ser los valores ofrecidos por la prueba normales. Así los califica también el perito de los reclamantes, quien considera, además, que son indicativos de que el feto no había llegado a sufrir acidosis por hipoxia mantenida.

Para la Inspección, el valor normal arrojado por la prueba determina que no había un claro riesgo de pérdida de bienestar fetal y ante esto se toma la decisión de dejar evolucionar el parto, siendo la conducta obstétrica correcta.

d) Entre las 23.30 y las 0.05, se llega a dilatación completa, colocándose la cabeza fetal en plano III Hodge, aplicándose ventosas para acortar la fase de expulsión. Aunque no consta en la documentación clínica el motivo por el que se decide la utilización de dicho instrumento, el forense considera que probablemente interesara la extracción fetal rápida y la ayuda a la madre por estar con anestesia epidural, circunstancias en las que están indicadas las ventosas.

Las condiciones mínimas para la aplicación de ventosas son, para el perito de la parte, que exista una dilatación completa y que la cabeza fetal se encuentre por debajo del tercer plano de Hodge, a las que el forense añade las de bolsa rota y gestación a término o, al menos, de más de 34 semanas. Todas estas condiciones se daban en el supuesto.

En cuanto a la técnica, afirma el forense que si la fuerza de tracción o la capacidad para mantener el vacío o la adaptación a la cabeza fetal no son las adecuadas, se puede producir escape o descompresión brusca, considerado como riesgo de lesión fetal. Con cita de literatura científica, el forense indica que los intentos de tracción no deben ser superiores a cinco o más de dos episodios de escape de la campana, tras los cuales procede detener el parto y continuarlo por otros medios como fórceps o cesárea. Se ha recomendado que los intentos de tracción no excedan de 15 a 30 minutos. Para el perito de los reclamantes, el vacío debe conseguirse tras unos 15 ó 17 minutos por intento, aunque, si existe una indicación de terminación urgente del parto, puede disminuirse ese tiempo a 10 minutos, nunca menos.

En el caso, aplicada la ventosa en tercer plano y tras dos tracciones, se declara ventosa fallida atribuible al fallo del sistema de vacío. Se indica cesárea urgente a las 0,30 horas. En consecuencia, la actuación de los ginecólogos se ajustó a normopraxis, en la indicación de la técnica, en su práctica (no se hacen más de dos intentos y no se invierten en ellos más de 25 minutos) y en su abandono, tras comprobar el fallo en el sistema de vacío de la ventosa. Así lo considera también la Inspección Médica, al afirmar que, tras realizar dos tracciones y no producirse el vacío, el médico actuante desistió de su empleo, ajustándose a las recomendaciones de la SEGO (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia).

Este fallo en el sistema de vacío de la ventosa, según el médico forense y la Inspección Médica, *“pudo intervenir de forma negativa en los hechos estudiados”*, si bien afirman que no se puede identificar categóricamente la etiología del retraso mental de la niña con un episodio hipóxico agudo intraparto y, por ello, tampoco la relación causa-efecto de dicha situación.

Los informes se limitan a indicar, como mera posibilidad, que el fallo en el sistema de vacío de la ventosa pudo incidir negativamente en los hechos estudiados, pero ni fundamentan esta afirmación, ni son concluyentes y tajantes. De hecho, la consideración efectuada por el forense acerca de los riesgos de lesión fetal derivada de un escape o descompresión brusca se realiza en el contexto de explicación genérica de la técnica y sus riesgos, no con ocasión del análisis concreto del caso. De hecho, la Inspección Médica interpreta la indicación *“ventosa fallida”* contenida en la historia clínica, en el sentido de que no se produjo el vacío, lo que excluiría cualquier escape o descompresión brusca susceptible de producir daños al feto.

En cualquier caso, la adecuación de la actuación médica a los protocolos establecidos y las comprobaciones realizadas por los servicios de mantenimiento del Hospital al instrumental utilizado, que revelan su correcto funcionamiento (folio 564 del expediente), impedirían imputar el referido fallo a la Administración regional.

Tampoco ofrece apoyo a dicha imputación el informe pericial de parte, que se limita a describir la técnica y los posibles fallos que puede cometer un obstetra y que podrían derivar en el fracaso de aquélla, considerando que el fracaso de la vacuoextracción incide negativamente en el estado de salud de la niña, al demorar en 40 minutos la realización de la cesárea y encontrarse en ese período de tiempo sin monitorización, concluyendo que *“cabe suponer que esa demora ha sido la causa de los daños cerebrales sufridos por la niña”*.

Al margen del marcado carácter meramente hipotético y poco terminante de la conclusión expresada, derivado de ese *“cabe suponer”* que la encabeza, el médico forense analiza el período de 40 minutos al que el perito pretende imputar el daño, manifestando que no cabe hablar propiamente de demora cuando la actividad en el paritorio y quirófano en esos momentos fue continua, calificando de aventurada la conclusión a que llega el perito. Para ello, el forense explica los tiempos de las actuaciones realizadas en el indicado período en los siguientes términos:

*“Atendiendo a la hora del partograma en que la paciente se pasa al paritorio, 0:05 horas, y en que se extrae el feto, 0:45 horas, el período de cuarenta minutos se puede distribuir de esta manera: tiempo muerto de paso y preparación de la paciente al paritorio de unos cinco minutos, tiempo de realización de vacío de la ventosa de mínimo diez minutos, tiempo de intento de extracción fetal con la ventosa que no creemos fuera menos de diez minutos, tiempo de paso de la paciente del paritorio al quirófano de unos cinco minutos, tiempo de preparación de la anestesia y realización de esta en caso de extrema urgencia de otros cinco minutos, tiempo de extracción del feto mediante cesárea mínimo de cuatro o cinco minutos; por tanto se considera que esos cuarenta minutos son totalmente adaptados a la realidad de un caso como éste y que lógicamente en todo ese tipo de movimientos es imposible que este monitorizada. Estos tiempos se considera tras consultarlos sobre los realizados normalmente en cualquier servicio de obstetricia como muy ajustados a la realidad”*.

A lo anterior ha de añadirse que, tanto para el forense como para la Inspección Médica, no queda acreditado que los daños cerebrales que presenta la niña tengan su origen en un episodio hipóxico agudo intraparto. Al respecto, la Inspección, examinando el caso a la luz de protocolos que establecen criterios no específicos que, colectivamente, sugieren un comienzo intraparto de la encefalopatía, advierte que no se dan algunos de ellos. Así:

*“— Un signo centinela que ocurre inmediatamente antes o durante el parto (desprendimiento de placenta, rotura uterina). No existe en este caso.*

*— Una bradicardia súbita y mantenida o ausencia de variabilidad en el registro cardiotrográfico fetal junto con deceleraciones tardías, variables o persistentes, cuando el patrón previo era normal. (en este caso solo consta Dips variables 1:35 h. después de la REM).*

*— Puntuación del Test de Apgar de 0-3 a los 5 minutos (fue de 4 a los 5’).*

*— Comienzo de afectación multisistemática en las 72 horas después del nacimiento. No se ha evidenciado la presencia de afectación multiorgánica en el grado proporcional al daño supuestamente desencadenado por la asistencia perinatal.*

*— Estudios de imagen que muestren precozmente evidencia de anormalidad cerebral aguda no focalizada. No se han constatado lesiones típicas en las pruebas de neuroimagen que sugieran la existencia de una encefalopatía hipóxica grave proporcionales al daño. La ecografía cerebral realizada el 27/02/96, era normal”*.

La Inspección concluye que, aunque no se puede asegurar que en los momentos inmediatos a la aplicación de la ventosa no existiese bradicardia o acidosis, para que ocurra la lesión cerebral, el feto debe quedar expuesto a más de un breve período de hipoxia y la acidemia debe ser profunda, lo que no parece concordar con el dato del pH, que había sido muy tranquilizador.

A la luz de lo expuesto, cabe concluir que, desde que se conoce el resultado del microanálisis hasta que se resuelve el parto mediante cesárea, a las 0.45 horas, la Administración sanitaria pone todos los medios a su alcance para el buen fin del alumbramiento, sin que durante el proceso se advierta infracción alguna de la *lex artis*. De forma más específica, frente a lo alegado por los reclamantes, la cesárea no estaba indicada en el momento en que el ginecólogo decide acelerar la expulsión del feto mediante la aplicación de las ventosas y sólo se alcanza la indicación de aquélla cuando no se puede conseguir la vacuextracción. Una vez indicada, la cesárea se realiza en el tiempo más breve posible, sin que pueda apreciarse demora en la aplicación de los medios que eran necesarios para resolver la situación médica urgente que se plantea. Tampoco ha quedado acreditado que debieran aplicarse mayores medidas de control (nuevos microanálisis de sangre fetal) o que fuera exigible mantener monitorizada a la niña durante la fase expulsiva del parto.

#### 4. Los daños sufridos por la madre como consecuencia de la cesárea.

En la hoja del protocolo de la intervención de cesárea se describe la presencia de un desgarro de histerotomía que interesa ángulo derecho y se comunica con el fondo de la vagina. Se sutura el desgarro del ángulo de la histerotomía y se cierra la cúpula vaginal especificándose que “*se respeta uréter aunque éste queda algo flexionado y tortuoso*” y se realiza episiorrafia.

Poco después, antes de transcurrir 24 horas desde la intervención, comienzan los síntomas de lesión ureteral que van aumentando progresivamente en intensidad, desembocando en el diagnóstico de “*fístula uretero-vaginal*”, que precisa de una nueva intervención para solucionar el problema. La operación se realiza a los 14 días de la cesárea.

Para el perito de la parte, existe relación de causalidad entre la cesárea y la fístula, lesión ésta de alta probabilidad y, por tanto, previsible en una intervención urgente como la que se le realizó a la madre. Afirmo, asimismo, que la reclamante padece desde entonces un reflujo vésico-ureteral derecho. Nada indica el informe pericial de parte acerca de la existencia de una eventual quiebra de la *lex artis* que permita imputar el daño ureteral a la actuación de los médicos intervinientes.

Sí se contiene dicha imputación en el documento obrante a los folios 514 y ss del expediente, en el que se solicita al Juzgado que el médico forense se pronuncie acerca de la reparación del daño causado a la ahora reclamante, singularmente si ha quedado como secuela un reflujo vésico-ureteral, así como acerca del tiempo que transcurrió desde la cesárea hasta que se le reparó la fístula, pues considera la interesada que, al no advertir la lesión ureteral cuando se le estaba practicando la primera intervención, momento en que pudo ser descubierta y reparada, y dejar transcurrir 14 días para operarla de nuevo, su estado de salud empeoró y aumentó la posibilidad de sufrir secuelas permanentes como las que dice padecer.

El forense, por su parte, estima que el origen del desgarro de la incisión probablemente es la intervención, por lo que afirma que existe relación de causalidad entre la lesión de uréter y la cesárea. Considera que, atendiendo a que la lesión ureteral es distal, probablemente

su causa fuera el desgarro vaginal por vecindad anatómica, concluyendo que la actitud y conducta de los ginecólogos que asistieron a la madre fue la normal y correcta con arreglo a los hechos que se relatan a lo largo de toda la historia clínica.

Al respecto, y en contestación a la solicitud formulada al Juzgado por el letrado de la interesada, considera el forense que la conducta de diferir la cirugía urológica es lógica para permitir que los tejidos estén en mejores condiciones quirúrgicas, atendida la intervención previa (cesárea). Así mismo, al tener que intervenir en la pelvis menor, si la mujer está recién parida el tamaño del útero es grande y, además, la gran cantidad de venas dilatadas que existe en ese momento dificulta grandemente por problemas de espacio físico el operar en la zona en que se encuentra la llegada del uréter a la vejiga urinaria.

En relación con la secuela alegada por la interesada de padecer reflujo vésico-ureteral, manifiesta el forense que dicha patología consiste en el ascenso retrógrado de la orina coleccionada en la vejiga hacia uréter y riñón, produciendo, en caso de que sea sintomático, una alta incidencia de infecciones urinarias del tracto superior (pielonefritis agudas). Sin embargo, la paciente no ha tenido tras la intervención ninguna pielonefritis aguda, ni se han advertido en los controles ecográficos posteriores dilatación del uréter y del riñón que sería un signo de posible reflujo.

También la Inspección Médica considera que existe relación causal entre la cesárea y la patología ureteral, que se produjo por atrapamiento del conducto al aplicar los puntos para suturar el desgarro del ángulo de la histerotomía. Para la inspectora informante, la fístula es una complicación conocida y que puede surgir tras la intervención de cesárea, aunque “*cuando sucede, no se puede atribuir con toda seguridad a la mala praxis*”. Una vez diagnosticada la complicación, se resolvió correctamente, obteniendo su recuperación sin secuelas.

Trasladado el contenido de estos informes a los reclamantes en trámite de audiencia, no combaten sus conclusiones ni aportan nuevos informes técnicos, limitándose el fundamento de sus alegaciones al pericial de parte obrante en las actuaciones judiciales, cuyas consideraciones han sido ampliamente rebatidas por el médico forense y por la Inspección Médica. Este último órgano, atendiendo al momento en que emite su informe, ha podido conocer todos los informes preexistentes en el expediente, por lo que su valoración de la asistencia sanitaria prestada ha podido tomar en consideración los pareceres divergentes en ellos contenidos. Si a ello se añade que ninguna imputación de infracción de la *lex artis* se contiene en el informe pericial de parte, ni en el del forense, cabe concluir que, si bien existe relación de causalidad entre la cesárea y el daño ureteral, pues es evidente que se produjo durante la realización de aquélla, no puede ser considerado antijurídico, por lo que no ha de ser objeto de reparación a través del mecanismo de la responsabilidad patrimonial.

En consecuencia, no apreciándose vulneración alguna de la *lex artis* en las actuaciones estudiadas, procede informar favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente



## CONCLUSIÓN

**ÚNICA.-** Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no concurrir todos los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, singularmente la antijuridicidad de los daños alegados.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 50/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)**

**Fecha: 17/03/08**

### **Extracto de Doctrina**

*No es posible reconocer indemnización por los gastos derivados de la asistencia sanitaria privada (honorarios del traumatólogo y las sesiones de rehabilitación) porque, constando que la lesionada era beneficiaria de la Seguridad Social y habiendo acudido a sus servicios sanitarios, más tarde se apartó de ellos sin causa justificada (no consta denegación o retraso asistencial indebido, ni urgencia vital), acudiendo nuevamente a los servicios públicos sanitarios una vez obtuvo la curación de sus lesiones, para que le otorgaran el alta médica.*

## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 29 de junio de 2006, el Secretario del Colegio Público “Pérez Villanueva”, de Cehegín, remitió a la Consejería de Educación y Cultura la siguiente documentación:

— Escrito de x., de 6 de febrero de 2006, dirigido al Ayuntamiento de Cehegín, en el que expresó lo siguiente:

*“Que el pasado 23 de enero (Lunes), sobre 16:15 horas, en las instalaciones deportivas del Instituto “Vega del Argos” (Gimnasio), mi hija sufrió una caída, en el desarrollo de la actividad extraescolar “Baile”. Mientras la monitora solucionaba un problema en el audio, para poder iniciar la clase, cuatro niños (incluida mi hija), trepando (sic.-treparon) a un potro de deportes, mediante el cual se subieron a unas colchonetas de alrededor de unos 35 cm. de espesor, y a las cuales calculo por lo menos un ancho de 2 metros y un largo de 3 metros, y de un peso tremendo cada una. Dichas colchonetas se encontraban mal apoyadas, de canto, en una de las paredes del Gimnasio. Cuando una cuarta niña quiso trepar, ésta dio un traspíe, perdiendo el equilibrio, sujetándose a mi hija y a la segunda colchoneta para no caer, volcando las colchonetas y, en consecuencia, a los tres niños que estaban encima de ellas y al potro. El cual al caer aplastó el pie derecho de mi hija, causándole una con-*

*tusión muy fuerte y un esguince de tobillo y pie. Acudimos inmediatamente al ambulatorio en donde nos remitieron al Hospital de Caravaca, le realizaron la exploración y radiografías necesarias, diagnosticándole una contusión sin rotura de hueso, y recomendándonos que estuviera unos días en casa. Al cuarto día de ocurrida la caída y al constatar que el pie cada día empeoraba más, la llevamos a consulta por urgencias, con su pediatra x., el cual le diagnosticó un esguince de pie y tobillo y ordenó de inmediato un vendaje rígido, antiinflamatorios e inmovilización por un mes del pie afectado.*

*Una vez expuestos los hechos, manifiesto que:*

*1.- Las condiciones deplorables del Gimnasio, que ha sido cedido por el Instituto Vega del Argos al Colegio Pérez Villanueva, para la realización de esta actividad extraescolar; no reúne las condiciones de confortabilidad, ni de seguridad (material muy mal almacenado) para el desarrollo de ninguna clase de actividad y menos por niños en edades comprendidas entre los 3 y 11 años.(...)”*

Finalizaba su escrito solicitando 450 euros de indemnización por gastos de desplazamiento para revisiones médicas y por faltar 10 días a su trabajo.

— Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de dicho Ayuntamiento, de fecha 6 de marzo de 2006, por el que se declara incompetente para tramitar el expediente de responsabilidad patrimonial, remitiendo la documentación a la Consejería de Educación y Cultura a los efectos procedentes.

— Solicitud de reclamación de daños y perjuicios dirigida a la Consejería de Educación y Cultura, formulada por x., padre de la niña, fechada en junio de 2006, en el que se relatan así los hechos: *“En un descuido del monitor; 4 niños treparon a tres colchonetas que se encontraban apoyadas de canto, en una pared y en un traspíe de una de las niñas, todo el material se desplomó y, como consecuencia, los niños, siendo nuestra hija la más afectada, pues un potro de deportes que también cayó le aplastó el pie derecho, ocasionándole un esguince de tobillo y pie”.*

Solicita una indemnización de 1.123’02 euros, resultado de sumar los importes consignados en las siguientes facturas:

- Facturas del “-, S.L.”, de 22 de mayo de 2006, por importe de 123,02 y 800 euros, por gastos de material ortopédico y sesiones de rehabilitación, respectivamente.

- Factura de honorarios de x., especialista en traumatología y cirugía ortopédica, de 28 de marzo de 2006, por importe de 200 euros.

A su reclamación, el interesado adjuntó asimismo los siguientes documentos:

— Fotocopia compulsada del Libro de Familia.

— Informe de 23 de enero de 2006 del Servicio de Urgencias del Hospital Comarcal del Noroeste de la Región de Murcia.

— Parte de consulta y hospitalización de una unidad no identificada del Servicio Murciano de Salud, de 27 de enero de 2006 (se deduce que es la consulta al pediatra a que se refiere el escrito de reclamación presentado por la madre, antes reseñado).

— Informe de alta médica de la Gerencia de Atención Primaria de Murcia del Servicio Murciano de Salud, de 23 de junio de 2006.

**SEGUNDO.-** Con fecha 10 de octubre de 2006 se resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente, siendo notificada la resolución al interesado el 24 del mismo mes.

**TERCERO.-** Solicitado informe al centro escolar sobre los hechos acaecidos, fue emitido por su Directora con fecha 16 de noviembre de 2006, expresando lo siguiente:

*“Los hechos ocurrieron el 23 de enero de 2006. La actividad que los alumnos estaban realizando estaba dentro de las actividades complementarias de la tarde. Esta actividad organizada en el centro, en horario de 10 a 17, 30, consistía en un taller de baile. Estaba impartida por una monitora que trabajaba para la academia que el AMPA del centro tenía contratada para la realización de estas actividades. Todo ello aprobado por el Consejo Escolar del Centro dentro de la organización de las actividades de la tarde organizadas a partir de la Jornada Continua.*

*El CEIP Pérez Villanueva, (sic) nos encontramos ocupando provisionalmente instalaciones que el ayuntamiento ha habilitado mientras se construye un nuevo centro. Parte de estas instalaciones están en el IES Vega del Argos y la sala del gimnasio donde ocurrieron los hechos está en esta zona. En su momento el centro pidió permiso para poder utilizar esta sala para el fin descrito y se procedió a impartir el taller.*

*Los hechos ocurrieron en el mencionado gimnasio. Una sala única donde hay material de Educación Física y que nos pareció adecuada para impartir el taller; ya que disponía de un espacio libre sin obstáculos para poder realizar movimientos de baile. Allí se encuentra en una parte material de educación física: colchonetas, material deportivo, bancos suecos... Normalmente todo se encuentra colocado en su sitio, aunque no puedo precisar si ese día era así, ya que es una sala que constantemente se usa por distintos alumnos.*

*De acuerdo al relato de la monitora en su momento, se encontraba impartiendo la actividad al grupo de alumnos cuando cuatro de ellos, mientras ella organizaba la música (todo ello dentro de la misma sala), treparon a una colchoneta que había pegada a la pared. La monitora les indicó que no hicieran eso y se bajarán, cuando en ese momento se cayeron varias cosas, entre ellas un potro de deportes que lesionó a la alumna provocándole un esquince en el tobillo y pie.*

*Inmediatamente la monitora avisó a los profesores que en ese momento estaban de guardia en el centro y se procedió a avisar a los padres de la niña.*

*A raíz de este accidente la alumna permaneció aproximadamente entre tres y cuatro semanas en su domicilio, ya que debido a la lesión no podía apoyar nada el pie y necesitaba reposo. Después, durante un tiempo estuvo asistiendo en silla de ruedas hasta que se recuperó totalmente”.*

El 12 de enero de 2007, la citada Directora emite nuevo informe, complementario del anterior, en el que señala lo siguiente:

*“Los días que la alumna no asistió a clase debido al accidente mencionado, fueron 20 días lectivos entre los meses de enero y febrero.*

*Consultada la tutora de la alumna en el curso pasado, que estaba realizando 2º de Primaria y consultando los resultados de las tres evaluaciones de ese curso, hemos hecho una valoración de cómo pudo afectar este hecho al rendimiento de la alumna. Aunque en un principio al incorporarse la alumna le pudo costar un poco más ponerse al día en los*

*contenidos, no se aprecia ninguna variación significativa en los resultados obtenidos al final tanto del segundo trimestre como del curso, estando estos en la línea de los que la alumna estaba consiguiendo siempre”.*

**CUARTO.-** Mediante oficio de 12 de enero de 2007 se procedió a la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente (notificación el 19 de enero), sin que conste que el reclamante haya comparecido o formulado alegaciones.

**QUINTO.-** El 19 de febrero de 2007 se formula propuesta de resolución, estimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que se acredita la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos y los daños cuya indemnización se reclama.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Plazo, legitimación y procedimiento.

I. La acción indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

II. El reclamante está legitimado para solicitar indemnización por los daños sobre los que solicita el resarcimiento, al tratarse de gastos materiales que han considerarse desembolsados por el mismo, por causa del tratamiento sanitario privado de su hija.

Por lo que se refiere a la reclamación dirigida en su día por la madre al Ayuntamiento de Cehegín, sobre la que dicho Ayuntamiento acordó declararse incompetente y remitirla a la Administración Regional, debe decirse que tal resolución municipal no tiene más efecto que la de comunicar a esta última Administración la existencia de unas actuaciones previas (la reclamación de un particular al Ayuntamiento y la respuesta de éste), pero no tiene la virtualidad jurídica de modificar la voluntad del reclamante en lo que se refiere al sujeto al que reclama, considerando que se trata de Administraciones Públicas netamente distintas. En este punto, debe tenerse en cuenta que el artículo 20.1 LPAC sólo prevé decisiones sobre competencia en el ámbito de una misma Administración Pública, sin que exista un régimen legal de conflictos competenciales interadministrativos (a salvo los de naturaleza constitucional, lo que obviamente no es el caso). Ello significa que la resolución del Ayuntamiento constituyó una verdadera desestimación de la reclamación del particular, por más que se fundara en una razón competencial (vid. en este sentido la STSJ País Vasco de 25 de mayo de 2007 y la STS, Sala 3ª, de 26 de junio de 2007). Además, como señala esta

última, en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial se está ante una “*reclamación cuya delimitación efectúa el perjudicado*” (tanto en su dimensión objetiva como subjetiva), lo que lleva al Tribunal a considerar que el reclamante debe dirigir su pretensión resarcitoria contra las Administraciones que considere responsables cuando estime que lo son a título de solidaridad y, si no lo hace, no es obligado que la única Administración reclamada llame al procedimiento “*a otra Administración a la que la parte no había imputado el resultado lesivo y a la que no dirigía su reclamación*”, debiendo la primera resolver el fondo del asunto, constituyendo su declaración de incompetencia sobre determinados servicios públicos a los que se imputa el daño un verdadero rechazo de la reclamación en este punto (ff.jj. 2º y 3º).

Ello debe entenderse, claro está, sin perjuicio de que la Administración actuante pueda luego remitir copia de lo resuelto a otra Administración, por si esta última estimara procedente iniciar de oficio un procedimiento al efecto, lo que en nuestro caso no hizo la Administración regional, sin que pueda reprochársele nada a este respecto, a la vista de que en la posterior reclamación formulada contra la misma no sólo no se alude a los conceptos indemnizatorios solicitados al Ayuntamiento, sino que ni siquiera se hace mención de la reclamación formulada contra éste, ni tampoco se aporta documentación acreditativa de los daños que le fueron reclamados al mismo.

Todo ello ha de entenderse, claro está, sin perjuicio del derecho del particular a formular una nueva reclamación contra la Administración regional, si considerase posible acreditar los referidos daños. En tal hipótesis, otra cuestión sería la eventual virtualidad interruptora del plazo de prescripción de la acción dirigida a la Administración regional que pudiera tener la reclamación formulada en su día contra el Ayuntamiento, aspecto que ha tratado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes, como el nº 131/2007, de 1 de octubre, entre otros.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva de la titularidad pública predicable de la actividad educativa con ocasión de la cual se produce el accidente.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama. Existencia.**

I. Según el artículo 139 LPAC, cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, aquéllos tienen el derecho a que la Administración les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter marcadamente objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el sólo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad

patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado, en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que *“deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”*

II. Por lo que se refiere al caso que nos ocupa, puede aceptarse lo expresado en la propuesta de resolución dictaminada en cuanto tiene por probado que el lugar destinado a la actividad extraescolar de que se trataba no reunía, en el momento del accidente, las necesarias condiciones de seguridad, específicamente en lo que atañe a la inadecuada colocación de las colchonetas sobre las que treparon los escolares, entre ellos, la hija del reclamante. En este punto, la propuesta de resolución debería precisar que tal extremo se concluye en tanto que, frente a la afirmación del reclamante sobre la inadecuada colocación de las colchonetas, correspondía a la profesora presente en el local contradecir tal circunstancia, lo que no hizo, pues el informe emitido por el centro se limita a manifestar que no se recuerda si el material en cuestión se encontraba colocado en su sitio, siendo así que el principio de mayor facilidad probatoria le obligaba a dar cumplida respuesta sobre este extremo.

Por ello, puede convenirse que las especiales características del lugar destinado a la actividad extraescolar en cuestión demandaban un correlativo mayor nivel de vigilancia del alumnado y de prevención de los riesgos inherentes a la situación de provisionalidad de las instalaciones, sin que, en este caso, vistas las circunstancias concurrentes y la edad de la accidentada (8 años), pueda considerarse que su conducta rompiera el nexo causal entre el daño causado y el funcionamiento del servicio público educativo. Por ello, procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, en los términos que se exponen seguidamente.

**CUARTA.- La cuantía de la indemnización.**

Conforme con lo expresado en el Antecedente Primero, el reclamante solicita una indemnización de 1.123'02 euros, resultado de la suma de los conceptos allí reseñados. Procede analizar separadamente los conceptos por los que se reclama, así como otros de posible resarcimiento.

I. En primer lugar, no es posible reconocer indemnización por los gastos derivados de la asistencia sanitaria privada (honorarios del traumatólogo y las sesiones de rehabilitación) porque, constando que la lesionada era beneficiaria de la Seguridad Social y habiendo acudido a sus servicios sanitarios, más tarde se apartó de ellos sin causa justificada (no consta denegación o retraso asistencial indebido, ni urgencia vital), acudiendo nuevamente a los servicios públicos sanitarios una vez obtuvo la curación de sus lesiones, para que le otorgaran el alta médica.

Desde el Dictamen 157/2004, el 29 de diciembre, este Consejo Jurídico viene estableciendo lo siguiente:

*“El supuesto que nos ocupa, es decir, el de daños físicos producidos por el funcionamiento de servicios públicos para cuya curación el interesado acude a la sanidad privada,*

en vez de al sistema público de salud al que tenía derecho por estar bajo la cobertura del sistema de Seguridad Social (...), ha sido abordado en diferentes ocasiones por el Consejo de Estado. Así, en su Dictamen de 5 de diciembre de 2000 (exp. 3098/2000), dicho Órgano Consultivo indicó lo siguiente:

*“No procede indemnizar a la reclamante por los gastos médicos que ha realizado, fundamentalmente, porque, en su condición de funcionaria, tenía cobertura sanitaria pública, de tal manera que su legítima decisión de acudir a la sanidad privada en modo alguno puede implicar que la Administración deba soportar los gastos por tal motivo sufragados por la interesada.*

*Por lo demás, no consta que haya mediado urgencia vital (en cuyo caso debería haberse articulado la reclamación como un supuesto de reintegro de gastos), ni negativa injustificada al tratamiento en la sanidad pública, razón por la que la interesada debe asumir las consecuencias derivadas de su legítima decisión de acudir a la sanidad privada, pues otra solución implicaría en este caso que, a través del instituto de la responsabilidad, se estuviera incumpliendo la regulación legal relativa a los supuestos en los que, tratándose de personas con cobertura de la sanidad pública, procede abonar los gastos en la sanidad privada”.*

*En esta línea, en el Dictamen de 27 de noviembre de 2003 (Exp. 3322/2003), recordó que “debe dilucidarse si los gastos realizados en la medicina privada son asumibles por la Administración sanitaria o deben ser soportados por el propio interesado. Únicamente procedería el abono de tales gastos, a título de responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, en el caso de error de diagnóstico o inasistencia en la sanidad pública, y a título de reintegro de gastos, en el caso de que la atención en la sanidad privada traiga causa de una “urgencia vital”, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud”.*

En el caso que nos ocupa, la accidentada acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Comarcal del Noroeste el 23 de enero de 2006, donde, además de la asistencia prestada, le prescribieron que, en el plazo de cuatro días (o antes, si tenía algún problema) acudiese a consulta de su médico de cabecera (vid. informe de urgencias), lo que así hizo el 27 de ese mes, en que, según consta en el parte de consulta y hospitalización de esa fecha y ratifica el escrito inicial de la madre de la niña, su pediatra le prescribió reposo durante un mes, para el diagnóstico de contusión y esguince de tobillo y pie que formuló y que no resulta cuestionado. Sin embargo, al día siguiente acude a un médico privado, que expide una factura por 200 euros en concepto de “*honorarios por asistencia*” (consignando en la misma simplemente “*alta 28 de marzo de 2006*”). A reglón seguido, consta la factura de un centro privado de rehabilitación, por importe de 800 euros, por servicios prestados por este concepto entre el 14 de febrero al 28 de abril de 2006; y, finalmente, el 23 de junio de 2006 vuelve a acudir a la sanidad pública (a la Gerencia de Atención Primaria de Murcia, según la hoja de interconsulta de tal fecha, reseñada en el Antecedente Primero) para que se le de el alta médica, lo que se produce.

Conforme con lo anterior, el hecho de que la paciente no volviera en su momento a consulta de los servicios públicos sanitarios que la trataban, para comunicar la evolución de su dolencia y solicitar de los mismos la prescripción de sesiones de rehabilitación (si así lo consideraba procedente por habérselo prescrito un facultativo privado, aunque este último extremo no consta en la documentación presentada), supuso una lícita opción tera-

péutica, pero no puede determinar que los gastos devengados por tal libre decisión deban ser asumidos por la Administración. Y ello porque, como igualmente señalamos en el citado Dictamen 157/2004, *“la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración causante de daños físicos no constituye título suficiente, ni existe base legal alguna que lo ampare, para que el lesionado tenga el derecho de elegir la medicina privada como instrumento para la curación de sus lesiones y se le resarza de los gastos ocasionados por ello, sino que debe acudir al sistema sanitario público, y sólo tras una denegación o retraso asistencial indebidos o un error de diagnóstico, procede el rescaramiento de los gastos devengados por acudir, después a la medicina privada. Tal planteamiento es, por lo demás, plenamente coherente con la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa, pues si el deber de rescaramiento de los daños causados por la Administración a un concreto ciudadano es un mecanismo de solidaridad de ésta (es decir, de la Comunidad de ciudadanos a la que representa) con aquél, es lógico que el mecanismo de reparación de los daños físicos sea el sistema sanitario público, esto es, el de Seguridad Social, que se nutre esencialmente, como es sabido, de la participación financiera solidaria del conjunto de los ciudadanos. Lo contrario, es decir, si los lesionados por causa imputable a la Administración pública pudieran elegir el sistema, público o privado, de asistencia sanitaria, no sólo se eludiría el régimen jurídico aplicable en materia sanitaria (que no excepciona, desde luego, los supuestos en que la demanda asistencial tenga su origen en una presunta responsabilidad patrimonial administrativa), sino que las obligaciones financieras para las Administraciones Públicas reclamadas serían, en muchas ocasiones, inasumibles”*.

Por otra parte, también debe señalarse en este momento que el hecho de que el paciente se aparte del tratamiento y, en todo caso, del seguimiento de su dolencia por parte del sistema sanitario público, puede hacer muy difícil la verificación de la pertinencia de los tratamientos seguidos en la sanidad privada, especialmente en cuestiones de acusada discrecionalidad técnica como pudiera ser, en determinados casos, la duración de un período de rehabilitación, por ejemplo. Al margen de la cuestión relativa al abono de su coste, estas decisiones del lesionado pueden tener incidencia en otros aspectos de indudable relevancia jurídica, como en la determinación de la fecha de la curación a los efectos de analizar la temporaneidad de la posterior reclamación, o en la determinación de la existencia y alcance de un eventual período de incapacidad y su pretendida indemnización. Tal situación, a la que en estos casos es ajena la Administración (por no haber existido urgencia vital o denegación asistencial de aquélla), no puede perjudicar a la misma, especialmente cuando exista un razonable margen de apreciación en los presupuestos en que se pretenda fundar la correspondiente reclamación.

II. Por lo que se refiere al rescaramiento de los gastos por material ortopédico reclamados, se advierte que en la sanidad pública se prescribió a la accidentada un período de reposo de un mes, que es sustancialmente coincidente con el período de tres o cuatro semanas de efectiva ausencia del centro (20 días lectivos) a que se refiere el informe de su directora, que también indica que la alumna posteriormente asistió a clase en silla de ruedas. Por tanto, procede indemnizar los gastos que, por importe de 123'02 euros, se reflejan en la factura aportada a estos efectos.

III. Por otra parte, del expediente se desprende la existencia de un período de incapacidad temporal de la alumna, derivado del accidente en cuestión. Así, el informe de la Directora del centro señala que, por dicho accidente, la alumna *“permaneció aproximadamente entre tres y cuatro semanas en su domicilio”* y que *“después, durante un tiempo estuvo*



*asistiendo en silla de ruedas hasta que se recuperó totalmente*". Sin embargo, la reclamación que nos ocupa no contiene pretensión alguna al respecto.

Para el examen de la temporaneidad de la eventual reclamación indemnizatoria que los padres pudieran formular, en nombre de su hija, por los daños y perjuicios inherentes al referido período de incapacidad, debe partirse inicialmente de la indeterminación por la citada directora del momento en que finalizó tal período. Por ello, a falta de otro dato que pudiera concretar tal momento en una fecha anterior, y sin perjuicio de lo señalado en el epígrafe I, en el presente caso ha de estarse, a estos efectos prescriptivos, a la fecha en que la interesada recabó y obtuvo el alta médica de la sanidad pública, es decir, el 23 de junio de 2006. Siendo esta fecha el "*dies a quo*" para el cómputo del plazo de un año al que se refiere el artículo 142.5 LPAC en los casos de reclamación de daños de carácter físico o psíquico a las personas, y no constando que tales daños hubieran sido ya reclamados en dicho plazo, es claro que una futura acción del interesado en este sentido habría de considerarse prescrita, por lo que carecería de sentido que se le ofreciera tal posibilidad en un eventual trámite de "*mejora*" de su solicitud (que, en rigor, no sería tal, sino la formulación de una nueva reclamación, por otros daños, sujetos al régimen temporal establecido en el citado artículo de la LPAC). Por otra parte, tampoco sería viable su resarcimiento de oficio por parte de la Administración (ya fuera acordado tal resarcimiento en el seno del presente procedimiento, si así se aceptara por razones de economía procedimental, o en uno posterior incoado al efecto), pues el artículo 4.2, último párrafo, RRP establece que el procedimiento de responsabilidad patrimonial "*se podrá iniciar de oficio mientras no haya prescrito el derecho a la reclamación del interesado*".

IV. Por todo lo expuesto, procede reconocer al reclamante una indemnización de 123'02 euros por los gastos de material ortopédico reseñados en el epígrafe II, cantidad que deberá actualizarse en su momento conforme con lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Existe la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos regionales y el hecho dañoso que motiva la reclamación de referencia, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- Por las razones expresadas en la Consideración Cuarta de este Dictamen, sólo procede reconocer al reclamante indemnización por los gastos a que se refiere el epígrafe II de la misma, actualizados conforme a lo indicado en su epígrafe IV.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 51/08.- Proyecto de Orden por la que se regula el procedimiento para la acreditación del cumplimiento de las obligaciones tributarias con la administración pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

**Consultante: Consejera de Hacienda y Administración Pública (2007)**

**Fecha: 17/03/08**

**Extracto de Doctrina**

*En cuanto a la materia contratos y su contenido competencial, ha indicado en otras ocasiones este Consejo Jurídico que, a diferencia de lo que ocurre con otras Comunidades Autónomas, nuestro Estatuto de Autonomía no recoge como competencia regional la de desarrollar la legislación estatal en materia de contratos de las Administraciones Públicas, lo cual no excluye que existan otros títulos competenciales que amparen la regulación que se proyecta. Si partimos de la base de que no se está incidiendo en la relación contractual en sí misma, sino en un aspecto parcial de la organización administrativa como parte del contrato, la materia regulada en el Proyecto es, más bien, de carácter organizativo, afectante al procedimiento que ha de seguirse internamente para justificar uno de los requisitos de la legislación básica, razón que apunta a que se está ejercitando la competencia sobre procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia, que reconoce con carácter de exclusiva el artículo 10. Uno, 29 EA. En efecto, el contenido del Decreto proyectado es relativo a competencias y tramitación, aspectos, pues, bien procedimentales o bien de régimen jurídico de la Administración, y en tales casos, amparados por las previsiones estatutarias.*

*De otra parte, aun cuando se considerase que tales contenidos pertenecen a la materia contratos, tampoco existirían argumentos definitivos para negar la competencia de la Administración regional, porque en ocasiones la doctrina ha puesto de relieve que los contratos de las Administraciones públicas, desde el punto de vista de la distribución competencial y a salvo la previsión del artículo 148.1, 18ª CE, no constituyen propiamente un título competencial, sino una materia auxiliar o complementaria de las funciones y cometidos propiamente competenciales reconocidos en los Estatutos, razón por la cual puede considerarse que normar las facultades y atribuciones de los órganos administrativos para el ejercicio de la actividad contractual, así como las consecuencias procedimentales que ello requiera, es una facultad implícita, al ser necesaria para el ejercicio de las demás competencias autonómicas (Dictamen 98/2001).*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Por la Intervención General se inició el expediente remitiendo el 27 de diciembre de 2006 a la Secretaría General de la Consejería consultante un primer texto del proyecto acompañado de una memoria sobre justificación y oportunidad y de otros documentos, uno con observaciones de detalle de la Dirección General de Tributos y otro más amplio de la Agencia Regional de Recaudación (ARR). Ésta considera que la competencia para emitir los certificados corresponde a la Intervención, y que la norma necesaria para poder atribuir competencia a la Agencia debe tener rango de Decreto. Añade que el proyecto debería incorporar reglas sobre protección de datos de carácter personal y sobre integridad,

conservación y seguridad de los documentos electrónicos, de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Por sendos informes de 27 de diciembre de 2006, el Interventor General manifiesta su desacuerdo con las observaciones de la ARR, excepto en lo referido a la protección de datos, y su acuerdo con las de la Dirección General de Tributos, que son incorporadas.

**SEGUNDO.-** Emitió informe el Servicio Jurídico de la Secretaría General (19 de febrero de 2007), con amplias observaciones generales y particulares que, en síntesis, expresan como reparos principales que la competencia para emitir los certificados es de la Intervención, que para atribuir una competencia a la ARR es necesaria una norma con rango de Decreto y que la Comunidad Autónoma carece de competencias sobre contratación; también refiere observaciones particulares a los preceptos del proyecto, concretamente a los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7 y Disposición adicional.

**TERCERO.-** El 27 de julio de 2007 la Intervención General remite a la Secretaría General de la Consejería una nueva versión del proyecto, al que acompaña nueva documentación, entre la que destaca una memoria económica, informe de impacto por razón de género y un informe suscrito por el Interventor General sobre las observaciones del Servicio Jurídico de la Consejería, en el que se exponen las razones por las que no pueden acogerse las principales.

Se argumenta que el órgano competente para la emisión de los certificados es la ARR porque se trata de certificar posibles deudas en vía ejecutiva, como determina el artículo 11,b) de la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de subvenciones de la Comunidad Autónoma y, además, es la encargada de gestionar los expedientes en fase de recaudación, conforme establece la Ley 8/1996, de 3 de diciembre, por la que se regula dicho organismo autónomo; además, el Decreto 99/2000, de 21 de julio, por el que se regulan las competencias contables de los organismos autónomos, atribuye a éstos la de desarrollar tal actividad. Sobre el rango del reglamento estima que una orden de la Consejera de Hacienda y Administración Pública es suficiente para atribuir la competencia certificante a la ARR, dado que el artículo 11,b) de la Ley 7/2005, antes citada, es la excepción a la regla general del artículo 22.12 del inciso final de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno. En cuanto a la tacha de carecer la Comunidad Autónoma de competencia sobre contratación, indica que el Proyecto no alcanza a la misma, sino que regula una materia financiera, cual es el concepto de estar al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias, que se puede entender incluida, además, en la competencia estatutaria sobre especialidades del procedimiento administrativo derivada de la organización propia (art. 10.Uno.29).

Sí acepta incorporar las referencias sobre protección de datos de carácter personal y sobre integridad, conservación y seguridad de los documentos electrónicos, de acuerdo con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Indica también que se ha introducido con el número 5 un nuevo artículo sobre simplificación del procedimiento para determinados casos de subvenciones.

**CUARTO.-** Emitieron informe favorable el Secretario General de la Consejería consultante (12 de septiembre de 2007) y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (21 de diciembre de 2007), aportando estas últimas observaciones concretas a los artículos 1, 3, 6 y 7, que son incorporadas al texto dando lugar al definitivo Proyecto, que es el sometido a Dictamen.

Y en tal estado de tramitación, conformado el expediente con el índice de documentos y el preceptivo extracto de secretaría, fue formulada la consulta, que tuvo entrada en el registro del Consejo Jurídico el 21 de enero de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

De acuerdo con lo que establece el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de reglamento dictado en desarrollo de ley.

#### **SEGUNDA.- Procedimiento.**

Como en anteriores ocasiones ha indicado el Consejo Jurídico, si bien el artículo 53 de la Ley 6/2004 únicamente regula el procedimiento de elaboración de los reglamentos emanados del Consejo de Gobierno, la ausencia de normas específicas para el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los Consejeros y la remisión que efectúa el artículo 16.2, letra d) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en cuya virtud los Consejeros ejercen la potestad reglamentaria “*en los términos previstos en la Ley del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia*”, permiten aplicar las normas contenidas en el referido artículo 53 de la Ley 6/2004 a la elaboración de las disposiciones de carácter general que aquéllos dicten.

Examinado el expediente remitido, se aprecia que se han respetado sustancialmente las reglas de procedimiento citadas.

#### **TERCERA.- Contenido, justificación y habilitación.**

El Proyecto se compone de 8 artículos, una Disposición adicional, una derogatoria y una final. En el preámbulo se expone que tanto la Ley estatal 38/2003, de 17 de noviembre, de Subvenciones (arts. 13 y 14), como la Ley regional 7/2005, de 18 de noviembre, también de Subvenciones (art. 11,b), regulan como obligación de los beneficiarios acreditar, con anterioridad a dictarse la propuestas de resolución, no tener deudas en periodo ejecutivo de pago con la Administración regional, salvo que estén suspendidas o garantizadas, remitiendo a una orden de la Consejería la determinación del órgano competente para expedir la certificación y el procedimiento para hacerlo.

Sigue diciendo el Preámbulo que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio) y su Reglamento (Real Decreto 1098/2001, de 16 de junio) recogen una regulación análoga sobre la acreditación exigida a los contratistas de estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias, pudiendo entenderse que el artículo 13.1b) del citado Reglamento habilita a las Comunidades Autónomas para determinar las condiciones del cumplimiento de tal requisito.

En suma, considera acertado y conveniente hacer uso de las habilitaciones concedidas y, en el marco de las competencias sobre especialidades procedimentales derivadas de la organización propia, regular la certificación y el procedimiento para expedirla con el fin de que pueda surtir efecto en ambas normativas.

El Proyecto, pues, está suficientemente justificado y su contenido se ajusta a las habilitaciones de las que trae causa, siendo conveniente quizás aclarar algunos aspectos que han resultado controvertidos en su elaboración.

A) La materia regulada primariamente es, como se indica por la Intervención General y por la Junta Consultiva, de contenido financiero, ya que se encuadra en la gestión de los derechos económicos de la Hacienda Regional y su contabilización, regulada por el Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia (TRLH), quedando habilitada la Consejera en virtud de lo establecido en el artículo 9,g). Cuestión distinta es que la regulación proyecte sus efectos en otros ámbitos normativos diferentes, dentro de los cuales el de la Ley 7/2005, contiene, a su vez, su específica habilitación en el artículo 11,b). En cuanto a la materia “contratos” y su contenido competencial, ha indicado en otras ocasiones este Consejo Jurídico que, a diferencia de lo que ocurre con otras Comunidades Autónomas, nuestro Estatuto de Autonomía no recoge como competencia regional la de desarrollar la legislación estatal en materia de contratos de las Administraciones Públicas, lo cual no excluye que existan otros títulos competenciales que amparen la regulación que se proyecta. Si partimos de la base de que no se está incidiendo en la relación contractual en sí misma, sino en un aspecto parcial de la organización administrativa como parte del contrato, la materia regulada en el Proyecto es, más bien, de carácter organizativo, afectante al procedimiento que ha de seguirse internamente para justificar uno de los requisitos de la legislación básica, razón que apunta a que se está ejercitando la competencia sobre procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia, que reconoce con carácter de exclusiva el artículo 10. Uno, 29 EA. En efecto, el contenido del Decreto proyectado es relativo a competencias y tramitación, aspectos, pues, bien procedimentales o bien de régimen jurídico de la Administración, y en tales casos, amparados por las previsiones estatutarias.

De otra parte, aun cuando se considerase que tales contenidos pertenecen a la materia contratos, tampoco existirían argumentos definitivos para negar la competencia de la Administración regional, porque en ocasiones la doctrina ha puesto de relieve que los contratos de las Administraciones públicas, desde el punto de vista de la distribución competencial y a salvo la previsión del artículo 148.1,18ª CE, no constituyen propiamente un título competencial, sino una materia auxiliar o complementaria de las funciones y cometidos propiamente competenciales reconocidos en los Estatutos, razón por la cual puede considerarse que normar las facultades y atribuciones de los órganos administrativos para el ejercicio de la actividad contractual, así como las consecuencias procedimentales que ello requiera, es una facultad implícita, al ser necesaria para el ejercicio de las demás competencias autonómicas (Dictamen 98/2001).

B) Sobre la competencia para expedir la certificación, la Ley 8/1996, de 3 de diciembre, de creación de la Agencia Regional de Recaudación, atribuye a ésta la gestión recaudatoria en período ejecutivo de todos los derechos económicos reconocidos y contraídos a favor de la Comunidad Autónoma (art. 3.1, a); el Decreto 99/2000, de 21 de julio, que regula las competencias en materia de contabilidad de los organismos autónomos, dice en el artículo 2 que la Dirección o Presidencia de los mismos se hará cargo de la contabilidad de dichos entes públicos, quedando para la Intervención General la función de centralizar la información deducida de la contabilidad de los citados organismos autónomos (art.1,f), y el Decreto 53/2002, de 8 febrero, sobre principios generales del sistema de información contable de la Administración Pública Regional dispone lo siguiente en el artículo 5, denominado Organización contable:

*“Las operaciones que deban asentarse en el sistema de información contable de la Administración Pública Regional, serán registradas a través de los siguientes procedimientos:*

*1. Mediante la integración automática en el sistema de información contable de las operaciones con incidencia contable registradas por los gestores en sus propios sistemas de información. En el caso de las operaciones de ejecución del presupuesto de ingresos, esta integración conllevará la correspondiente toma de razón en el sistema de información contable*

*(...)”.*

Quiere ello decir que el gestor de los ingresos, en este caso la ARR, realiza en su propio sistema de información de expedientes un registro que se integra automáticamente en el sistema de información contable, por lo que el derecho positivo permite que sea dicha ARR el órgano competente para expedir la certificación, tal como el Proyecto propone.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente el Proyecto de Orden consultado.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 52/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 17/03/08**

### **Extracto de Doctrina**

*A la hora de valorar la posible concurrencia de un retraso en el diagnóstico deben ponderarse dos circunstancias. Por un lado, la presencia de síntomas clínicos suficientes para que la enfermedad hubiera podido ser razonablemente detectada, empleando los medios disponibles de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica en el momento del diagnóstico, y, por otro, la influencia que dicho retraso diagnóstico haya podido tener en el agravamiento de la enfermedad sufrida por la paciente.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.**- Con fecha 17 de enero de 2006, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria recibida en el Hospital Los Arcos, de Santiago de la Ribera (Murcia). Según la interesada, el día 19 de enero de 2005 acude al

Servicio de Urgencias del citado Hospital, por presentar desde hace dos semanas dolor e hinchazón abdominal y aparente bulto en la zona ginecológica izquierda. Fue atendida por el Dr. x. (la reclamante sufre error al consignar el apellido del facultativo que la atendió, ya que de la historia clínica se desprende lo fue por el Dr. x.) quien, con una simple exploración clínica, le diagnostica gases y le prescribe para tal patología, negándose a practicarle una ecografía como le solicitaron tanto la reclamante como su madre.

Como quiera que las molestias persistían, ese mismo día acudió a la consulta particular del Dr. x., especialista del aparato digestivo, quien, tras someterla a una serie de pruebas, diagnostica la existencia de un “*bulioma de 10x11 cm sólido en lado izquierdo*”, indicando la conveniencia de que ingresara inmediatamente en un centro hospitalario.

Al día siguiente, con el informe que le había facilitado el Dr. x., acude nuevamente al Servicio de Urgencias del Hospital los Arcos, y esta vez sí le realizan varias pruebas cuyos resultados son enviados al Servicio de Ginecología, donde fue reconocida por el Ginecólogo de Urgencias que le diagnostica “*C.A. Ovarico (Neoplasia ovárica) y carcinomatosis peritoneal*” y le da cita para que la vea el especialista el día 31 de enero de 2005, es decir, doce días después, indicándole que sería este especialista quien le daría cita para el Servicio de Oncología.

Ante la gravedad de la patología que le había sido diagnosticada y la demora con la que se le planteó la asistencia que iba recibir en la sanidad pública, decidió acudir a la Clínica Universitaria de Pamplona, donde, tras seis días de pruebas, es intervenida quirúrgicamente el día 31 de enero, extirpándole un tumor maligno de 2,195 Kgs. de peso y el bazo. Tras recibir el alta hospitalaria el día 15 de febrero, se sometió a un tratamiento de quimioterapia y se le realizaron dos trasplantes de médula. Posteriormente fue operada en dos ocasiones, la primera para extirparle el implante ubicado en la zona cardiaca, y la segunda, por laparoscopia, para quitarle otro implante menor situado en la misma zona.

Estima la reclamante que la atención sanitaria recibida adoleció de una grave negligencia que dio lugar, primero, a un retraso en el diagnóstico de la dolencia que padecía y, segundo, a que, una vez diagnosticada, no se le atendiera con la urgencia que su enfermedad exigía. Finaliza solicitando una indemnización de 12.000 euros, aunque advierte que tal cantidad se corresponde a los gastos que lleva devengados hasta el momento de interponer la reclamación, pero que estima que aumentarán puesto que aún no ha sanado de sus dolencias. Posteriormente, mediante escrito fechado el 30 de mayo de 2006, la interesada hace constar que sufrió error al consignar la cantidad reclamada la cual asciende a 120.000 euros.

Acompaña a su escrito copia de diversa documentación relacionada con la asistencia sanitaria recibida tanto en la sanidad pública como en la privada.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación, se encomienda la instrucción del expediente al Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud.

Seguidamente por el órgano instructor se solicita al Hospital Los Arcos historia clínica de la paciente e informes de los profesionales que la atendieron en relación a los hechos descritos en la reclamación. Asimismo, comunica la reclamación a la Correduría de Seguros y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

**TERCERO.-** Mediante escrito fechado el 30 de marzo de 2006, el Jefe de la Unidad Técnica de Admisión y Documentación sanitaria remite la historia clínica de la reclamante e informe de los facultativos que le prestaron asistencia sanitaria, según el siguiente detalle:

1. Informe de la asistencia prestada por el Dr. x. el día 19 de enero de 2005, en el Servicio de Urgencias del citado Hospital:

*“Primero.- El día 10 (sic) de enero del 2005 a las 15:34 horas x. acude a nuestro servicio de urgencias con motivo de consulta: ‘Molestias epigástricas’.*

*Segundo.- En la anamnesis nos cuenta que padece una molestia abdominal localizada sobre todo a nivel epigástrico de aproximadamente 2 semanas de evolución coincidiendo con la toma de medicamentos antigripales. No refiere ninguna otra sintomatología como refleja la historia clínica.*

*Tercero.- Siguiendo protocolo de urgencias se realiza una exploración física por sistemas:*

- Consciente y orientada.*
- Buen estado general.*
- Auscultación cardiaca normal.*
- Auscultación pulmonar normal.*
- Extremidades normales (incluye pulsos pedios).*
- Exp. Abdominal: Se descarta abdomen agudo, masa pulsátil, abdomen a tensión o signos de peritonismo. Solo se aprecia abdomen timpánico.*

*Cuarto.- Con todos los datos de la anamnesis y de la exploración física se puede afirmar que la cliente no padece en ese momento una patología que precise una actuación por parte de un servicio de urgencias hospitalarias. Es por esto por lo que se decide dar el alta, para ser revisada y estudiada por su médico de cabecera y si él lo cree conveniente remitir a especialista de zona o pedir las pruebas diagnósticas que precise para llegar al diagnóstico de certeza.*

*Quinto.- Se prescribe tratamiento para el abdomen timpánico que vemos en la exploración, con el fin de facilitar y agilizar el plan terapéutico que debería comenzar su médico de cabecera. Se le insiste de que en ese momento se descarta que precise intervención urgente y que debe acudir a su médico de cabecera, quién puede pedir cualquier prueba diagnóstica que precise, incluso que si fuera necesario y como se hace en otras ocasiones, puede remitir una exploración complementaria a urgencias para que le aceleremos su realización.*

#### **CONCLUYO:**

*Lo primero que debemos de tener en cuenta es que nos encontramos en una puerta de urgencias hospitalarias. En ningún momento se refiere que la cliente haya acudido a su médico de cabecera o a otro médico para consultarle por un dolor leve abdominal de 2 semanas de evolución. A todo ello añadir que no cuenta ninguna otra sintomatología, salvo un proceso gripal para el cual tomó medicación antigripal (los cuales con mucha frecuencia suelen producir problemas digestivos).*

*Con una exploración física se descarta patología urgente y siguiendo el protocolo de actuación de urgencias (ver anexo 1) se debe dar el alta.*

*Ella desde una puerta de urgencias de un proceso no urgente, nunca va con un diagnóstico definitivo de la patología que padece. Esto lo explicamos siempre varias veces en la puerta de urgencias. Aquí descartamos patología urgente y es en su médico de cabecera donde se debe estudiar problemas no urgentes (no por ello menos graves). También se ex-*



*plica que el médico de cabecera en cualquier momento puede remitirla a un especialista, o si ve que la evolución no es buena puede pedir las exploraciones complementarias que precise, así como remitirla a nuestra puerta de urgencias para adelantar dicha prueba.*

*Para acelerar un primer tratamiento sintomático, le indico un tratamiento para lo encontrado en la exploración física, pero le insisto que debe de acudir a su médico de cabecera.*

*Por todo lo expuesto, creo que mi actuación en la puerta de urgencias fue la correcta, siguiendo en todo momento el protocolo de actuación que adjunto”.*

2. Informe de la Dra. x., del Servicio de Radiología del Hospital Los Arcos, en el que se señala lo siguiente:

*“El día 20 de Enero de 2005 atendí a x. en el Servicio de Radiología procedente de Urgencias, donde le realicé una ecografía abdominal.*

*En dicha ecografía se apreciaron las siguientes anomalías.*

*— Importante cantidad de líquido ascítico.*

*— Masa intraperitoneal de ecoestructura sólido-quística, con presencia de calcificaciones.*

*Se realizó PAAF y se mandó a Anatomía Patológica con la sospecha de tumor de ovario”.*

3. Informe del Dr. x., Jefe del Servicio de Tocoginecología del Hospital Los Arcos, en el que se afirma lo siguiente:

*“El 20 enero de 2005, fui requerido desde el Servicio de Urgencias para realizarle una ecografía a x., de 18 años de edad, con fecha de ultima regla el 20/12/04, y clínica de molestias abdominales.*

*En dicha ecografía se aprecia:*

*— Ascitis importante, con útero de morfología normal en anteflexión.*

*— Ovarios de 36 y 34 mm. respectivamente, ambos desestructurados y con imágenes quísticas (suelta de globos), en pelvis menor, con probable infiltración de asas epiploicas y con índices de resistencia en los doppler de vasos intraováricos.*

*—Asimismo, se me informa de que se le ha realizado a la paciente una paracentesis que se ha enviado hoy mismo a anatomía patológica.*

*—En resumen, mi Hipótesis diagnóstica ecográfica es de cáncer de ovarios (probable cisloadenocarcinoma sero-mucinoso), con carcinomatosis peritoneal.*

*—Solicito le sea extraída sangre para la realización de marcadores tumorales para el cáncer de ovario, y se le programa citación en la consulta de Ginecología para que sea remitida a Oncología con un diagnostico definitivo”.*

4. Informe del Dr. x., del Hospital Los Arcos, médico especialista en anatomía patológica, del siguiente tenor:

*“El día, 20 de enero de 2005, jueves, se le realiza a x. con DNI “—“ punción aspiración con aguja fina (paaf) de cavidad abdominal, bajo control ecográfico. De ella se obtiene*

*líquido ascítico que es procesado, con las técnicas habituales. informándose, según se acredita en el informe adjunto, de frecuentes células aisladas y placas mesoteliales con ocasionales signos de actividad (reactivas). Negativa para células malignas”.*

**CUARTO.-** Solicitado, mediante escrito fechado el 4 de abril de 2006, informe a la Inspección Médica, se evacua el 28 de junio de 2006 en el que, tras resumir los datos contenidos en la historia clínica y efectuar las consideraciones médicas que estima pertinentes, formula las siguientes conclusiones:

*“No se evidencia que la asistencia sanitaria recibida por x. cuando acudió al Servicio de Urgencias el 19 de enero de 2005 en el servicio de Urgencias del Hospital Los Arcos no fuera correcta y no se puede catalogar de error diagnóstico por no diagnosticar un tumor ovárico cuando se consulta por un dolor abdominal de dos semanas de evolución y a la exploración solo se detecta un peristaltismo.*

*No se aprecia falta de diligencia profesional en la asistencia prestada tras el ingreso hospitalario el día 20 de enero de 2001.*

*Considero que no es excesiva la demora en citarla en la consulta de Ginecología, máxime cuando se estaba esperando el resultado de las pruebas complementarias solicitadas. Así mismo cuando acude a la Clínica Universitaria de Navarra también se demora la intervención en espera, de pruebas”.*

Finaliza proponiendo la desestimación de la reclamación al no detectar mala praxis en las actuaciones médicas seguidas con la paciente.

**QUINTO.-** Conferido trámite de audiencia a la reclamante y a la Compañía de Seguros, la primera presenta escrito de alegaciones en el que ratifica las formuladas con ocasión de su reclamación inicial, pues considera que ha quedado acreditado que los servicios sanitarios regionales no procedieron conforme a la *lex artis*, concretando la infracción que se denuncia en las siguientes actuaciones:

1ª. Que no se le realizara una ecografía en el servicio de urgencias cuando acudió por fuerte dolor abdominal.

2ª. Que una vez diagnosticada su dolencia se le diera cita para el ginecólogo con mucho retraso (once días).

3ª. Que el informe del especialista anatómico patológico que concluye con el diagnóstico de *“negativo para células malignas”* fue erróneo.

Trasladadas estas alegaciones a la Inspección Médica, dicha unidad emite el siguiente informe:

*“Primero.- Respecto a la indicación de la ecografía como prueba diagnóstica insistir en que: La paciente acude por un dolor abdominal entre epigastrio y mesogastrio, de dos semanas de evolución, con la exploración de abdominal en el momento de la exploración se descarta abdomen agudo, masa pulsátil, abdomen a tensión o signos de peritonismo.*

*La recomendación de la ecografía no es una indicación absoluta, hay sólidos estudios experimentales o de observación que respaldan la utilidad de la ecografía ante un tumor palpable, sospecha de ectópico, posible tumor pélvico, dolor pélvico, un abdomen agudo pero la clínica y la exploración constatada no orientan en un principio a esos diagnósticos.*

*Segundo.- En cuanto a la demora en citarla en Ginecología, me remito a las conclusiones del informe previo, se estaba esperando el resultado de pruebas solicitadas.*

*Tercero.- Entienden como erróneo, que el informe del Dr. x., especialista en Anatomía Patológica, donde en un caso de Cáncer con diseminación Peritoneal y con infiltraciones y distintos implantes, tras un estudio citológico de material remitido consistente en PAAF abdominal se concluye con el diagnóstico de ‘negativo para células malignas’.*

*Revisado el caso por el Catedrático de Anatomía Patología Jefe del servicio del HGRS donde se remiten las muestras del Hospital Los Arcos, nos informa.*

*La prueba realizada consistió en extracción de líquido ascítico con aguja fina, en el examen no se realizó una PAAF (punción por aspiración con aguja) fina de un órgano sólido, sino que se trató de una citología descamativa. La existencia de ascitis en una neoplasia de ovario no va acompañada siempre de la presencia de células malignas descamadas, por lo que el examen citológico del líquido no siempre es diagnóstico. La negatividad de la citología descamativa no excluye el diagnóstico de malignidad”.*

**SEXTO.-** Por su parte, la aseguradora del SMS comparece en el expediente aportando dictamen médico realizado colegiadamente por cuatro facultativos especialistas en Obstetricia y Ginecología, en el que, tras resumir los hechos y efectuar las consideraciones médicas que estiman oportunas, concluyen del siguiente modo:

*“1. Se reclama a la Administración por error en el diagnóstico de tumor maligno germinal de ovario en el Servicio de Urgencias del Hospital los Arcos de Santiago de La Ribera-Murcia y por no facilitarle la asistencia médica debida.*

*2. El diagnóstico inicial de dolor abdominal inespecífico-meteorismo y las recomendaciones dadas a la paciente, fueron las adecuadas en un Servicio de Urgencias.*

*3. El diagnóstico posterior de carcinomatosis peritoneal de probable origen ovárico fue correcto, después de ser examinada por el médico especialista.*

*4. El tiempo de demora en las citas de Oncología (15 días) y Ginecología, es aceptable, sin que cambie en absoluto el pronóstico de la enfermedad.*

*5. La paciente desatendió las recomendaciones dadas en el Hospital de los Arcos, acudiendo a un Hospital privado por decisión propia, sin dar posibilidad alguna al Servicio Murciano de Salud, para, realizar el estudio y tratamiento adecuado de su enfermedad”.*

En relación con este informe la instructora destaca en la propuesta de resolución su carácter privado, pues aunque el facultativo que lo emite presta sus servicios en el Hospital Santa María del Rosell en ningún caso su dictamen lo emite en nombre de dicho centro hospitalario.

**SÉPTIMO.-** El informe complementario de la Inspección Médica y el dictamen médico de los peritos de la aseguradora, son trasladados a la reclamante, con el fin de que presente, si así lo estima pertinente, alegaciones a su contenido.

La x., mediante escrito fechado el 6 de noviembre de 2006, formula alegaciones en las que se ratifica en su pretensión y aporta informe pericial del Dr. x., médico de Urgencias del Hospital Santa María del Rosell, en el que se concluye del siguiente modo:

*“A.- Tras la exploración clínica de la paciente, y puesto que no le fue practicada exploración complementaria alguna, se plantea por qué el facultativo que la atendió no consultó con otro médico de su mismo o de otro servicio del hospital.*

*B.- La Ley General de Sanidad, el Real Decreto que regula las funciones de los médicos de Urgencias así como la SEMES (Sociedad Española de Medicina de Urgencias y Emergencias), indican claramente que hay que usar en la atención al paciente todos los medios diagnósticos a nuestro alcance, partiendo de la base de que el usuario es el centro del sistema.*

*C.- Dada la somera exploración clínica realizada y la no práctica de exploración complementaria alguna, la paciente fue remitida a su medico de cabecera, en lugar de indicar la necesidad de ser estudiada por su ginecólogo.*

*Como conclusión final y a modo de resumen, debemos decir y decimos, que dado el proceso y la edad de la paciente, no podemos manifestarnos de acuerdo con la actitud del ginecólogo que la atendió al día siguiente, acudiendo con diagnóstico de tumoración ovárica realizado por Dr. x. tras realizar ecografía abdominal. Dicho ginecólogo del hospital realiza nueva ecografía que confirma diagnóstico de masa ovárica y toma muestra para estudio anatomopatológico, y remite a la paciente a domicilio con consulta en unas dos semanas. El proceso es lo suficientemente grave como para ser remitida directamente la paciente a un servicio especializado de ginecología-oncología con carácter urgente”.*

**OCTAVO.-** Mediante escrito registrado de salida el día 21 de noviembre de 2006, se da traslado a la Inspección Médica de las nuevas actuaciones practicadas en el expediente, al objeto de que emita informe complementario al evacuado en su momento.

Dicho requerimiento fue cumplimentado por la Inspectora con fecha 5 de febrero de 2007, mediante informe del siguiente tenor literal:

*“La paciente de 18 años acude al Servicio de Urgencias refiriendo dolor abdominal inespecífico de dos semanas de evolución sin otra sintomatología, no objetivándose en ese momento patología abdominal aguda, ni indicios de patología maligna que indicara la necesidad de otras pruebas complementarias. Los síntomas orientaban al diagnóstico de meteorismo por lo que se le recomienda tratamiento medico para el síntoma que padece y que acuda a su medico de cabecera para completar el estudio. La recomendación de la ecografía no es una indicación absoluta en un servicio de urgencias.*

*Tras la detección de la masa intraperitoneal, se consulta con el Jefe de Servicio de Ginecología y ese mismo día se repite la ecografía, se toman muestras sanguíneas para, analizar los marcadores tumorales y del líquido ascítico. Pendiente de los resultados de estas pruebas se remite a la consulta de Ginecología 12 días después.*

*En este momento la hipótesis diagnóstica es de carcinomatosis intraperitoneal de probable origen ovárico, el tratamiento suele ser quirúrgico por lo que se tenía que remitir a Ginecología para programar la intervención y posteriormente valorar el tratamiento en oncología según el diagnóstico definitivo. Tanto en los Teratomas inmaduros de grado II como los del grado III el tratamiento es primero extirpación quirúrgica del ovario y después quimioterapia.*

*— La actuación del medico de urgencias no puede considerarse una actuación contra protocolo.*

— *La emisión de la prueba solo ha retrasado el diagnóstico en un período no relevante pues no cambia el pronóstico de la enfermedad.*

— *La cita con ginecología doce días después es aceptable. El tratamiento hubiera sido el mismo.*

— *Acuden a un centro privado por decisión propia, cuatro días después de haber sido valorada en un servicio público sin esperar el resultado de las pruebas diagnósticas por otra parte obligatorias para proceder al tratamiento y que en la clínica privada tuvieron que repetir antes de la intervención quirúrgica”.*

**NOVENO.-** Seguidamente la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no queda acreditado en el expediente la relación causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño sufrido por la paciente.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 15 de marzo de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación fue interpuesta por la propia paciente, es decir por quien sufrió el daño que se imputa al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva tampoco suscita duda que la actuación a la que la reclamante imputa el daño que dice haber sufrido, acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional.

Desde el punto de vista temporal, la reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que la Ley concede para que el perjudicado deduzca su pretensión ante la Administración. En efecto, según el artículo 142.5 LPAC el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Añadiendo que en caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Pues bien, en el caso que nos ocupa las actuaciones anómalas que se imputan a la Administración sanitaria se habrían producido los días 19 y 20 de enero de 2005, y la reclamación

se presentó el día 17 de enero de 2006, es decir, antes de que transcurriera un año, por lo que ha de entenderse deducida dentro de plazo.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP. No obstante cabe señalar que tras el último informe de la Inspección Médica en el que argumenta frente al informe pericial aportado por la interesada junto con su escrito de alegaciones, no se procedió a conceder un nuevo trámite de audiencia. Esta omisión se justifica por la instructora en su propuesta en el hecho de que nada nuevo se contenía en el citado informe. Sustancialmente la afirmación es cierta, pero la falta de una nueva audiencia constituye una forma incorrecta de proceder que puede generar indefensión y comportar, por tanto, la nulidad de lo actuado. Sin embargo, planteándose el asunto con claridad, y atendiendo a los principios de eficacia, economía procedimental y salvaguarda de los derechos de los interesados, entre ellos el derecho a recibir una resolución expresa y motivada, se examina por este Consejo el fondo de la reclamación.

### **TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial de la Administración.**

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Esta regulación constitucional resulta completada por el artículo 139.2 y 141 LPAC, para configurar así un régimen objetivo de responsabilidad patrimonial, de modo que cualquier consecuencia dañosa en los bienes y derechos de los particulares derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos debe ser indemnizada, siempre y cuando se den los siguientes requisitos:

- a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.
- c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Por otro lado, en lo que se refiere a reclamaciones patrimoniales en materia sanitaria, el Consejo de Estado ha afirmado en numerosas ocasiones (por todos, Dictamen núm. 3.362/2003) que para estimar las reclamaciones de indemnización por daños derivados de intervenciones médicas o quirúrgicas, no resulta suficiente con que la existencia de la lesión se derive de la atención de los servicios sanitarios, pues ello llevaría a configurar la responsabilidad administrativa en estos casos de forma tan amplia y contraria a los principios que la sustentan que supondría una desnaturalización de la institución. Así pues, de acuerdo con dicha doctrina, en supuestos como el presente se hace preciso acudir a parámetros tales como la *lex artis*, de modo tal que tan sólo en caso de una infracción de ésta cabría imputar a la Administración de la cual dependen los servicios sanitarios la responsabilidad por los perjuicios causados.

A su vez la doctrina jurisprudencial ha venido declarando la necesidad de fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa y aquellos otros en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias

de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

Para la reclamante la causa del daño se encuentra en el hecho de que en la asistencia que se le prestó en el Hospital Los Arcos el día 19 de enero de 2005, no le detectaron la dolencia que padecía porque omitieron pruebas fundamentales para su diagnóstico (en concreto, hace mención a una ecografía); y que una vez efectuado el diagnóstico por un médico de la medicina privada se pospuso en doce días el inicio del tratamiento.

A la hora de valorar la posible concurrencia de un retraso en el diagnóstico deben ponderarse dos circunstancias. Por un lado, la presencia de síntomas clínicos suficientes para que la enfermedad hubiera podido ser razonablemente detectada, empleando los medios disponibles de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica en el momento del diagnóstico, y, por otro, la influencia que dicho retraso diagnóstico haya podido tener en el agravamiento de la enfermedad sufrida por la paciente.

En primer lugar, resulta del expediente que la falta de diagnóstico en la primera asistencia de la patología que padece la reclamante no fue contraria a la *lex artis*. Los síntomas presentados por la paciente cuando fue examinada en el Servicio de Urgencias el día 19 de mayo eran de molestia abdominal, localizada sobre todo a nivel epigástrico de aproximadamente dos semanas de evolución, coincidiendo con la ingesta de medicamentos anti-gripales, no refiriendo ninguna otra sintomatología. Tras la exploración física que descarta patologías urgentes la Inspección Médica considera que el alta en el Servicio de Urgencias, con derivación a su médico de cabecera, fue correcta porque *“el alta desde un servicio de urgencias la mayoría de las veces no se hace con un diagnóstico definitivo de la patología que padece, si se descarta la patología urgente y se le dan implícitas las indicaciones a seguir en su proceso”*. En este mismo sentido se pronuncia el dictamen pericial de la aseguradora al señalar que *“un servicio de urgencias debe descartar enfermedad aguda, como se hizo. La paciente no presentaba en la exploración abdominal ningún signo objetivo de urgencia vital, únicamente distensión abdominal leve, sin signos de irritación peritoneal. Recomendando tratamiento para los síntomas que presentaba y que acuda a su médico de cabecera, que es el que debe realizar las actuaciones oportunas (pruebas diagnósticas, remitir a médicos especialistas, etc.) para llegar a un diagnóstico preciso”*. Frente a estas afirmaciones el perito de la reclamante resalta que hubo omisión de pruebas diagnósticas como una ecografía. Sin embargo, respecto de esta prueba la Inspección Médica afirma que *“la recomendación de la ecografía no es una indicación absoluta, hay sólidos estudios experimentales o de observación que respaldan la utilidad de la ecografía ante un tumor palpable, sospecha de extópico, posible tumor pélvico, dolor pélvico, un abdomen agudo, pero la clínica y la exploración constatada no orientan en un principio a esos diagnósticos”* (folio 140).

En segundo lugar, tampoco ha quedado acreditado que una vez detectada la dolencia que padecía la paciente hubiese una demora en la aplicación del tratamiento. En efecto, a la vista de la documentación incorporada al expediente, no puede afirmarse que la citada a la paciente para la consulta de ginecología (para once días después) constituya un

retraso injustificado, ya que tal como afirma la Inspección Médica ese plazo de tiempo (en el se encuentran dos fines de semanas) era necesario para contar con el resultado de todas las pruebas que se le habían practicado (folios 114 y 140). Este período de tiempo también parece adecuado a los peritos de la aseguradora al señalar que la indicación médica (cita en las consultas de oncología y ginecología para 11 días después —en el informe se recoge, por error, 15 días—) era correcta *“para realizar un estudio preciso y recomendar las actuaciones terapéuticas que se estimen oportunas en un caso de enfermedad maligna del ovario. No variando en absoluto el pronóstico de la enfermedad en este período de tiempo”*. Estas conclusiones médicas no son desvirtuadas por el informe del perito de la reclamante, que se limita a afirmar que ante el diagnóstico de tumoración ovárica procedía remitir urgentemente a la paciente al servicio especializado de oncología ginecológica, pero sin indicar la trascendencia negativa que sobre el proceso hubiera podido ocasionar que dicha consulta se hubiese realizado once días después. Cuestión que, sin embargo, sí que aborda la Inspección Médica, afirmando que dicho plazo era adecuado y que el tratamiento hubiese sido el mismo, añadiendo que la reclamante acude *“a un centro privado por decisión propia, cuatro días después de haber sido valorada en un servicio público, sin esperar el resultado de las pruebas diagnósticas, por otra parte obligatorias, para proceder al tratamiento y que en la clínica privada tuvieron que repetir antes de la intervención quirúrgica”* (folio 165).

Finalmente, en relación con la alegación de la reclamante sobre el informe anatómico-patológico del Dr. x., que califica de erróneo porque concluye con el diagnóstico de “negativo para células malignas”, la Inspección Médica (único dictamen médico de los incorporados al expediente que se pronuncia al respecto) señala que *“Revisado el caso por el Catedrático de Anatomía Patología Jefe del servicio del HGRS donde se remiten las muestras del Hospital Los Arcos, nos informa (que) la prueba realizada consistió en extracción de líquido ascítico con aguja fina, en el examen no se realizó una PAAF (punción por aspiración con aguja fina) de un órgano sólido, sino que se trató de una citología descamativa. La existencia de ascitis en una neoplasia de ovario no va acompañada siempre de la presencia de células malignas descamadas, por lo que el examen citológico del líquido no siempre es diagnóstico. La negatividad de la citología descamativa no excluye el diagnóstico de malignidad”*. El análisis, pues, no fue erróneo, y si la reclamante no hubiese abandonado la asistencia que se le estaba prestando en la sanidad pública, ante el resultado de esta prueba se hubiesen llevado a cabo otras, de forma que se confirmara el diagnóstico que, no hay que olvidar, estaba ya anunciado (informe del Dr. x., obrante al folio 89).

Es por ello que, a la vista de la prueba practicada y de los informes incorporados al expediente, ha de concluirse que la actuación médica fue la adecuada a la situación clínica de la paciente, no resultando acreditado lo contrario, ni desvirtuados los hechos por las alegaciones de la interesada, a pesar del informe médico aportado, ya que este último no prueba en absoluto la existencia de mala praxis médica.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### CONCLUSIÓN

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no concurrir los requisitos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en particular el nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 53/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 17/03/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*NOTA: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 18/2008.*

**DICTAMEN 54/08.- Proyecto de decreto por el que se aprueba el reglamento de máquinas recreativas y de azar de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

**Consultante: Consejera de Hacienda y Administración Pública (2007)**

**Fecha: 18/03/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*1. No puede afirmarse que se satisface la exigencia previstas en el artículo 53.1, segundo párrafo, de la Ley 6/2004, sobre la necesidad de acompañar un estudio económico de la norma, con la escueta aseveración de que el Reglamento no va a suponer mayor coste económico, dado que los procedimientos continuarán tramitándose sin gastos adicionales. Como reiteradamente ha advertido el Consejo Jurídico (por todos, nuestro Dictamen núm. 25/2007), el estudio económico no debe limitarse a analizar si existe un coste derivado de la implantación de los nuevos servicios y su financiación. Antes al contrario, el estudio económico ha de extenderse más allá, pues su finalidad es ilustrar sobre las consecuencias económicas de la norma.*

*2. La atribución a las Comunidades Autónomas de competencias para regular las características que debe reunir un determinado producto, o las de los materiales o el régimen de fabricación de aquellos artículos que han de ser utilizados en su territorio (cuando esa competencia autonómica proviene de un título competencial, cuyo ejercicio puede y debe comportar normalmente una diversidad de condiciones de fabricación y homologación), no obstaculiza por sí misma al empresario para ejercer su actividad libremente, ni excluye su acceso al mercado en cualquier parte del territorio nacional, aunque ello le obligue a una cierta diversificación del producto.*

#### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El primer borrador del Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, elaborado por la Dirección General de Tributos con fecha 15 de septiembre de

2006, es remitido al titular de la Secretaría General el 7 de noviembre siguiente, acompañado, entre otros documentos, de la certificación del acuerdo de la Comisión regional de Juegos y Apuestas de 10 de octubre de 2006, que informa favorablemente el Proyecto (folio 53).

**SEGUNDO.-** La Memoria Justificativa de la reforma, que también acompaña al borrador, suscrita por el titular del centro directivo competente (folios 54 a 78), relata, entre sus antecedentes, que el vigente Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, aprobado por Decreto 61/2001, de 31 de agosto (en lo sucesivo reglamento vigente), ha cumplido perfectamente con la función ordenadora de este sector de la actividad económica, conjugando las exigencias de una economía de libre competencia con las necesidades de control administrativo. No obstante, tras su entrada en vigor, se observaron ciertos desajustes, iniciando la modificación del citado reglamento mediante el borrador que figura en los folios 128 a 133, que fue informado por el Consejo Económico y Social de la Región de Murcia (en lo sucesivo CESRM), mediante acuerdo plenario de 29 de octubre de 2002, realizando determinadas observaciones. Simultáneamente se convocaron una serie de reuniones en el seno de la Comisión Sectorial de Juego para tratar de los requisitos que, como consecuencia de la evolución de las nuevas tecnologías, se deberían incorporar a su regulación, lo que aconsejó suspender la tramitación de la modificación iniciada. Dichas reuniones culminaron en el Acuerdo de 29 de noviembre de 2004, adoptado por la mayoría de representantes de las Comunidades Autónomas, que fijaba criterios respecto de los requisitos técnicos de las máquinas recreativas tipo B, que se contienen en el acta que acompaña (folios 100 y ss.). Al socaire de estos cambios, refiere el titular del centro directivo competente, se reunieron con las asociaciones de máquinas recreativas y de casinos, que se plasmaron también en unos acuerdos obrantes en los folios 119 a 123. Asimismo, el titular del centro directivo manifiesta que el resto de cambios responden a la necesidad de simplificar los procedimientos administrativos para adaptarlos a la tramitación telemática, así como a la experiencia acumulada con la aplicación del reglamento vigente.

Las anteriores circunstancias son las que motivan en definitiva, según explica el titular del centro directivo competente, un nuevo reglamento que modifica al vigente en las siguientes cuestiones: 1º) Adaptación a las nuevas tecnologías; 2º) transposición de los acuerdos de la Conferencia sectorial del Juego; 3º) mejora del control de juego y planificación de las autorizaciones; 4º) simplificación y agilización de procedimientos. Por su número, en aras de la concisión y claridad, no se enumeran, dado que serán objeto de consideración ulteriormente.

De otra parte, en la Memoria se incluye también un apartado sobre la repercusión económica de la norma, que concluye en que su aplicación no va a suponer mayor coste económico, y otro sobre impacto por razón de género, indicando que no existe ninguna dicción o referencia discriminatoria por razón de género.

**TERCERO.-** En el expediente obran las alegaciones presentadas por x., en nombre y representación de la Asociación Española de Casinos de Juego, en adelante AECJ (folios 79 a 89), que contiene una serie de observaciones que afectan, esencialmente, a los siguientes aspectos de las máquinas tipo C:

- Modificación del precio máximo de la partida.
- Premio máximo a entregar por la máquina.
- Duración mínima de las partidas.
- Medios de pago.

- Instrucciones en el tablero frontal de las máquinas.
- Máquinas multipuesto en los casinos.
- Interconexión de máquinas.
- Depósito de monedas.
- Instalación de máquinas tipo C en casinos.
- La adscripción de las máquinas que representen juegos de casinos a estos recintos, con la finalidad de aunar los intereses de los empresarios con la protección de los ciudadanos.

**CUARTO.-** Asimismo, constan las alegaciones de x., en nombre y representación de la Federación Murciana de Recreativos (FEMURE), presentadas el 27 de julio de 2006 que, sin perjuicio de valorar positivamente los contenidos del Proyecto, formula las siguientes observaciones:

1ª) Respecto a la regulación de las características de las máquinas considera preciso:

- Introducir la diferencia que existe entre máquina tradicional o de rodillos, y la máquina con soporte para vídeos.
- Especificar que no se entenderá como reclamo los barridos y cambios de posición en la iluminación estática de las máquinas cuando sea necesario para el refresco y mantenimiento de las mismas y, en cuanto a los contadores, que se tenga en cuenta la posibilidad de lectura de forma independiente mediante un conector accesible, desde el exterior de la máquina, debiendo también recogerse en otros artículos concordantes (antiguo 17.2,g ahora 18.2,g).
- Sustituir la referencia a juegos por la más correcta de “modelos de juego para máquinas de tipo B con soporte de vídeo”.
- Suprimir la exigencia de avales para la autorización de modelos provisionales, sin que se aprecie la necesidad de aplicar el plazo de 120 días a estos modelos.

2ª) En cuanto a la regulación de las empresas, sostiene que debería suprimirse la exigencia de autorización previa a la hora de transmitir las acciones o participaciones de una empresa operadora o asimiladas, pues vulnera lo contemplado en la normativa mercantil, sin perjuicio de que se constituya como condición suspensiva para el perfeccionamiento de la transmisión.

3ª) En cuanto a los locales:

- Debería ampliarse el horario de cierre de los salones, acorde con el hecho de que cuenten con una dependencia destinada a bar o cafetería.
- No debería regularse la decoración exterior de los salones de juego, teniendo en cuenta que se encuentran afectados por las ordenanzas municipales.

4ª) Respecto a la planificación de la gestión de esta modalidad de juego, se propone recuperar el artículo 50 del anterior borrador (ahora 51 del Proyecto de Reglamento).

5ª) Por último, se sugiere que se aclare la Disposición transitoria quinta, sobre la adaptación de las inscripciones existentes en el Registro General del Juego a la nueva disposición, y contemplarse que las transformaciones puedan ser tramitadas por vía telemática.

**QUINTO.-** El Proyecto de Decreto ha sido notificado a la Comisión de proyectos de reglamentos técnicos, en cumplimiento del procedimiento de información previsto en la Directiva 98/34 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio, modificada por la Directiva 98/48/CE, de 20 de julio (folios 151 a 155), sin que conste dictamen razonado al

respecto, por lo que se procedió a continuar su tramitación, recabando informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, que lo emitió el 18 de julio de 2007, formulando, entre otras, las siguientes observaciones:

- En cuanto a la documentación, destaca la carencia de un estudio económico, aun cuando no se vaya a originar un mayor gasto al contemplado en el presupuesto del ejercicio, pero ello no significa que no vaya a tener coste alguno.
- En relación con la técnica normativa, se realizan, entre otras, las siguientes: cambiar de denominación a la Consejería competente, siendo innecesaria igualmente la referencia continua en el articulado “al presente Reglamento” cuando se aluden a otros preceptos del mismo; citar correctamente a la directiva en la parte expositiva del Proyecto de Decreto, y resolver la compatibilidad del acuerdo de suspensión de concesión de autorizaciones con la entrada en vigor del Reglamento; por último establecer una *vacatio legis* para su entrada en vigor.
- En cuanto a su contenido, se realizan observaciones particulares a los artículos 4, 5, 6.3, 7, 8, 16, 17.5, 19, 23, 26, 31, 32, 34, 35.1, 40.1, 50, 59, 62.2.c), al Título V, y a las Disposiciones adicionales primera, segunda, cuarta y transitoria quinta.

**SEXTO.-** Analizadas las precitadas observaciones se incorporan en su mayor parte al texto, según refiere el titular de la Dirección General de Tributos (folio 178), dando como resultado el segundo Borrador del Proyecto de Decreto (folios 180 a 224), que es sometido a informe del Secretario General de la Consejería consultante el 25 de julio de 2007, tras lo cual la titular de la Consejería recaba el Dictamen preceptivo del CESRM.

**SÉPTIMO.-** El pleno del CESRM emite su Dictamen el 2 de octubre de 2007, alcanzando la siguiente conclusión:

*“El Consejo Económico y Social de la Región de Murcia valora positivamente el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia porque el mismo supone una respuesta adecuada a las necesidades de adaptación de la normativa reguladora de este sector a los cambios producidos desde la aprobación del vigente Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar por Decreto 61/2001. Estos cambios afectan, en primer lugar, a las propias máquinas recreativas y de azar como consecuencia de la evolución tecnológica. En segundo lugar a la actividad administrativa en relación con el sector, que se halla necesitada de mecanismos que permitan simplificar y agilizar la gestión de la intervención pública pero también garantizar un mejor control de este sector del juego así como una correcta planificación y ordenación de la oferta. Y, finalmente, a la existencia de acuerdos alcanzados por las Comunidades Autónomas en el seno de la Conferencia Sectorial del Juego tendentes a conseguir una armonización de la normativa autonómica respecto a las máquinas recreativas y de azar que reclama también la adaptación de la normativa regional.*

*Esta valoración positiva se realiza sin perjuicio de las observaciones realizadas en el cuerpo del presente Dictamen que tienen como finalidad principal implementar la eficacia de las disposiciones que se incluyen en el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para propiciar la prevención de las ludopatías”.*

**OCTAVO.-** La valoración de las observaciones del CESRM es realizada por el titular de la Dirección General, mediante escrito de 16 de octubre de 2007, en el sentido de indicar

que procede incorporar las relativas a los apartados j) y m) del artículo 8. Respecto a la necesidad de restringir la instalación de máquinas recreativas tipo B en bares y cafeterías, manifiesta que se dio traslado de dicha sugerencia a los miembros de la Comisión Regional de Juegos y Apuestas, habiendo presentado alegaciones los representantes de la Federación regional de empresarios de la Hostelería HOSTEMUR (folios 260 y 261) y FEMURE (folios 262 a 267) que, en su opinión, deberían ser tomadas en consideración.

**NOVENO.-** El tercer borrador del Proyecto de Decreto (folios 268 a 312) es sometido a informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Administración regional, que lo emite el 13 de diciembre de 2007 en el sentido de informarlo favorablemente, con excepción de las siguientes observaciones:

1º) En cuanto al procedimiento de elaboración se incide en la carencia en el expediente de un estudio económico exigido por el artículo 53 de la Ley 6/2004, del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 6/2004), que examine y determine las consecuencias económicas de la norma. No obstante, valora positivamente la participación del sector de la hostelería al contemplar el Proyecto el régimen de autorizaciones de las máquinas recreativas en este tipo de establecimientos.

2º) Sobre el Decreto de aprobación, realiza observaciones a la Disposición derogatoria única, a fin de que se redacte de otra forma la vigencia de los Anexos del Decreto que se derogan, a la Disposición final primera para que se suprima “previa propuesta de la Dirección General de Tributos” en la habilitación al titular de la Consejería competente y, por último, a la Disposición final segunda para que contenga la *vacatio legis* para su entrada en vigor, conectándolo a su vez con el acuerdo de Consejo de Gobierno, de 10 de octubre de 2006, por el que se suspende la concesión de autorización de explotación de máquinas recreativas tipo B.

3º) Sobre el articulado al Reglamento, se realizan observaciones a los artículos 7, 8, 12, 18, 27, 35, 36, 38.5, 41.4, 50 y 54. Asimismo a las Disposiciones adicional segunda y transitoria quinta, ésta última relativa a las limitaciones de las autorizaciones de explotación.

**DÉCIMO.-** El 17 de diciembre de 2007 se remite al titular de la Secretaría General la versión definitiva del Proyecto de Decreto (folios 340 a 385), en la que se incorporan, según el Jefe de Servicio de Gestión y Tributación del Juego, las modificaciones necesarias para la adecuación del mismo a las consideraciones realizadas por el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma (folio 339).

**UNDÉCIMO.-** Con fecha 27 de diciembre de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El expediente sometido a consulta versa sobre un proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de la Región de Murcia, por lo que compete al Consejo Jurídico emitir el presente Dictamen con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

**SEGUNDA.- Habilitación legal y naturaleza de la disposición.**

Como recoge la parte expositiva del Proyecto de Decreto, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (CARM en lo sucesivo) ostenta competencias exclusivas en materia de casinos, juegos y apuestas, conforme a su Estatuto de Autonomía (EAMU), si bien el Consejo Jurídico aconseja que se reproduzca el contenido del precepto estatutario completo, añadiendo “*excepto las apuestas y loterías del Estado*”, y su cita correcta (artículo 10.Uno, 22, en lugar de 10.1,22 EAMU), sustituyendo, además, la palabra “apostilla” por “establece” en referencia al apartado Dos del citado artículo.

En desarrollo de las competencias estatutarias, se aprobó la Ley 2/1995, de 15 de marzo, Reguladora del Juego y Apuestas de la Región de Murcia (Ley 2/1995), que ordena, con carácter general, las actividades relativas al juego y apuestas en sus distintas modalidades; en lo que afecta a la materia objeto del Proyecto, el artículo 6 de la Ley regional recoge, entre los juegos sujetos a autorización administrativa, los que se practiquen con el uso de máquinas recreativas con premio y las de azar, al mismo tiempo que regula los establecimientos donde se puede practicar dichos juegos (salones de juego, salones recreativos, establecimientos hosteleros, casinos y salas de bingo), según recoge el artículo 12, así como las empresas que los organizan y explotan (artículos 19 y ss.).

Las previsiones legales, en lo que se refiere a las máquinas de juego, fueron objeto de desarrollo, en primer lugar, por el Decreto 28/1996, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Catálogo de Juego y Apuestas de la Región, que contiene la clasificación de las máquinas en los distintos grupos (Recreativas o de tipo A, Recreativas con premio o de tipo B, de azar o de tipo C, estas últimas de uso exclusivo en casinos de juego), si bien, la ordenación en su conjunto de esta modalidad de juego se afrontó a través del Decreto 61/2001, de 31 de agosto, por el que se aprueba el vigente Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, cuya derogación ahora se propone (Disposición derogatoria única del Proyecto de Decreto). En este sentido, el Consejo Jurídico considera acertada la opción de técnica normativa elegida, descrita en la exposición de motivos, consistente en la sustitución completa del texto vigente, refundiendo las modificaciones añadidas, en lugar de limitar su contenido a las modificaciones que se introducen al articulado, teniendo en cuenta su extensión y para garantizar un mejor conocimiento de la norma, como ha indicado en anteriores Dictámenes (por todos, el núm. 95/2007).

El Consejo de Gobierno se encuentra específicamente habilitado por la Ley 2/1995 para aprobar el presente reglamento (artículo 10.3), que ordena el juego de máquinas recreativas y de azar, revistiendo la forma adecuada, conforme a las previsiones del artículo 25.2 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**TERCERA.- Sobre el alcance de las competencias regionales en materia de juego y otros títulos competenciales autonómicos que inciden transversalmente.**

Sobre el alcance de las competencias autonómicas en materia de juego, el Consejo Jurídico ha tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad, entre otros, en su Dictamen 34/2001, evacuado con ocasión del vigente Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar en su fase de proyecto, en el que se destacaba que dicha competencia abarca no sólo a la actividad de funcionamiento de las propias máquinas de juego, sino también a la fabricación, comercialización, instalación, explotación, homologación e inscripción de modelos (artículo 1 del Proyecto de Reglamento), conforme a la jurisprudencia constitucional. En

tal sentido se citaba en aquel dictamen la STC 52/1988, de 24 de marzo, de la que destacamos:

a) La competencia para regular los casinos, juegos y apuestas incluye la de regular las características de fabricación y homologación de los materiales e instrumentos de juego en la medida en que ello sea necesario para garantizar las condiciones de regularidad y licitud en que han de desarrollarse aquellas actividades. Es evidente que dicha regulación autonómica puede afectar a las industrias dedicadas a la fabricación de tales materiales o instrumentos, pero ello sólo determinaría la atribución al Estado de la competencia para regular las características de los mismos, si esta regulación hubiera de entenderse comprendida entre los aspectos básicos de la actividad económica. Prueba de que el Estado no lo ha considerado desde este último título es que los requisitos de homologación contenidos en el Real Decreto 2110/1998 sólo los considera aplicables directamente a las ciudades de Ceuta y Melilla, a excepción de los artículos 31 y 32 (importación y exportación) que serán de aplicación a todo el territorio nacional.

b) La atribución a las Comunidades Autónomas de competencias para regular las características que debe reunir un determinado producto, o las de los materiales o el régimen de fabricación de aquellos artículos que han de ser utilizados en su territorio (cuando esa competencia autonómica proviene de un título competencial, cuyo ejercicio puede y debe comportar normalmente una diversidad de condiciones de fabricación y homologación), no obstaculiza por sí misma al empresario para ejercer su actividad libremente, ni excluye su acceso al mercado en cualquier parte del territorio nacional, aunque ello le obligue a una cierta diversificación del producto.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la Sentencia de la Sala 3ª de 21 de diciembre de 1999, sobre el primitivo Decreto autonómico catalán que reglamenta las máquinas recreativas y de azar.

No obstante también conviene destacar de la sentencia precitada del TC que: *“Las reglas constitucionales y estatutarias que disponen la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas responden, en último término, a ciertos principios generales establecidos en la Constitución y, entre ellos, y aparte de los de unidad y autonomía, a los de igualdad sustancial en la situación jurídica de los españoles en cuanto tales, en todo el territorio nacional y de libre circulación de personas y bienes (artículo 139.2 CE); estos principios (de los cuales no resultan directamente competencias a favor del Estado o de las Comunidades Autónomas) informan las reglas que asignan tales competencias, que deben ser interpretadas de acuerdo con el contenido de los mismos.”*

Precisamente estos principios, fundamentalmente el de la libre circulación de personas y bienes, que sustentan en parte los acuerdos adoptados en el seno de la Comisión Sectorial de Juego (el precio máximo autorizado de partida, premio máximo de partida, disminución del porcentaje de devolución), que afectan a las propias características de las máquinas tipo B y que el Proyecto de Decreto asume, van a estar muy presentes en las consideraciones que se realicen en el presente Dictamen respecto a determinadas propuestas normativas que introduzcan diferencias en la regulación (sin que aparezcan justificadas en el expediente) que a la postre podrían constituir un obstáculo para el mercado interno. Sirva como ejemplo de lo expuesto el artículo 8, apartado j (Requisitos generales de las máquinas tipo B), en el que se establece que el distintivo de la prohibición de utilización a menores de 18 años y que su uso puede producir ludopatía tendrá una superficie total de 17 cms. cuadrados

como mínimo, a diferencia de otra Comunidad Autónoma limítrofe que ha establecido unas dimensiones mínimas de 10 por 5 centímetros (50 cms. superficie total).

En principio, salvo puntuales excepciones, los aspectos que ordena el Reglamento se sustentan en el referido título competencial en materia de juego, en atención a los siguientes contenidos:

- **TÍTULO PRELIMINAR:** Objeto y ámbito de aplicación
- **TÍTULO I.** De las máquinas recreativas y de azar.
  - CAPÍTULO I. Tipos y requisitos de homologación e inscripción.
  - CAPÍTULO II. Inscripción de modelos de Máquinas Recreativas en el Registro General del Juego.
  - CAPÍTULO III. Identificación de las máquinas.
- **TÍTULO II.** De las empresas de máquinas recreativas y de azar.
  - CAPÍTULO I. Inscripción de empresas.
  - CAPÍTULO II. Régimen de fabricación y comercialización.
- **TÍTULO III.** Instalación y explotación de las máquinas.
  - CAPÍTULO I. Instalación y locales.
  - CAPÍTULO II. Empresas operadoras, régimen de explotación e instalación.
  - CAPÍTULO III. Planificación de las autorizaciones.
- **TÍTULO IV.** Régimen sancionador.
  - CAPÍTULO I. Infracciones y Sanciones.
  - CAPÍTULO II. Competencias y control del juego.
- **Disposiciones adicionales** (primera y segunda).
- **Disposiciones transitorias** (primera, segunda, tercera y cuarta).

Con la aprobación de este Proyecto la CARM se sumaría al listado de Comunidades Autónomas que han sustituido recientemente sus normas específicas en la materia: Decretos de las Comunidades Autónomas de Castilla y León 12/2005, de 3 de febrero; de La Rioja 64/2005, de 4 de noviembre; de Valencia 115/2006, de 28 de julio; y de Andalucía 250/2005, de 22 de noviembre, por citar algunas.

Para valorar la importancia en el juego del subsector de las máquinas recreativas y de azar en la Región de Murcia basta con reseñar los datos de recaudación publicados por la Consejería consultante (informe anual sobre el desarrollo de juegos y apuestas en la Región de Murcia correspondiente al año 2006), según los cuales la recaudación neta por tasa fiscal sobre juego en máquinas recreativas ascendió a 35.611.488 euros, que supera ampliamente a las restantes modalidades de juego. También cabe destacar, según datos aportados por el citado informe, que la Región dispone de 1.072 máquinas recreativas del tipo A y 9.867 del tipo B.

Sin embargo, no puede desconocerse que existen otros títulos competenciales autonómicos que inciden en el sector material del juego, además de los tributarios (Disposición Adicional Primera EAMU), como son los relativos a la defensa del consumidor y usuario (artículo 11.7 EAMU), cuyo ejercicio está encomendado a la Consejería de Turismo y Consumo, o sanidad (artículo 11.1 EAMU), habiéndose incorporado desde esta última área las ludopatías en el Plan regional de Prevención de Drogas, coordinado por la Secretaría Autonómica de Atención al Ciudadano, Ordenación Sanitaria y Drogodependencias dependiente de la Consejería competente en la materia.



De ahí que concretos preceptos del Proyecto de Reglamento sean plasmación de los referidos títulos competenciales, tales como la previsión de las hojas de reclamación (artículo 48,c), o las referencias a la prevención de las ludopatías. Por ello, la nula participación de ambas Consejerías en el procedimiento de elaboración del Reglamento será objeto de tratamiento en la siguiente Consideración.

Precisamente la intervención de la Administración en el sector del juego se ha considerado plenamente justificada en aplicación de principios y valores, sustentados en los referidos títulos competenciales autonómicos, como son los relativos a los protección de los consumidores y usuarios (artículo 51 CE), que se extiende a los intereses de las personas, con un amplio alcance que abarca desde su salud física y mental hasta la defensa de sus derechos económicos (por todas, STS, Sala 3ª, de 3 de junio de 1996).

La reforma planteada que contiene, en parte, determinadas medidas que tratan de dinamizar este sector, recogiendo propuestas legítimas de sus representantes desde el punto de vista del desarrollo de una actividad empresarial, no se han visto acompañadas sin embargo, con un mayor esfuerzo de la Administración en intensificar la protección de otros bienes jurídicos como los ya citados, a través, por ejemplo, del desarrollo de los criterios de planificación y la proximidad de los salones a centros escolares, o la incidencia de determinadas medidas (la ampliación de los horarios) en los consumidores, al igual que, previo a acometer esta reforma, debería haberse realizado el tan reclamado por los consejeros consultivos de la Administración regional estudio de ludopatías en la Región para acometer las modificaciones de una manera integral, en atención a los diferentes intereses que han de tenerse en cuenta.

Por último, el Consejo Jurídico detecta la ausencia de consideración en el expediente (aun cuando su tratamiento requiera de la correspondiente reforma legal) sobre otro tipo de locales (por ejemplo, los ciber-cafés) donde la actividad de juego recreativo desarrollado a través de ordenador, videojuegos, programas, sistemas informáticos, o de cualquier otro medio de comunicación, reflejan una nueva realidad del juego practicados en locales con libre acceso a menores, y donde la intervención administrativa también estaría justificada, como pone de manifiesto el Dictamen de 30 de agosto de 2004 del Consejo Consultivo de Castilla y León.

#### **CUARTA.- Procedimiento de elaboración y documentación integrante del expediente.**

I. En cuanto a la tramitación, se indica por parte del titular del centro directivo competente que se ha prescindido del trámite de audiencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 53.3,d) de la Ley 6/2004, por cuanto las organizaciones o asociaciones que agrupan o representan a los ciudadanos en materia de juegos y apuestas, tales como la Unión de Consumidores de Murcia, Asociación Española de Casinos, Asociación Murciana de Empresarios de Juegos (bingo) y Asociación Independiente de Empresarios de Máquinas Recreativas, se integran en la Comisión de Juego y Apuestas, que informó el Proyecto de Decreto en su sesión de 10 de octubre de 2006, al igual que asistió a dicha reunión, en calidad de asesor aunque sin voto, un responsable de la Asociación de Ayuda al Jugador de Azar de la Región de Murcia.

El Consejo Jurídico advierte la falta de audiencia a otros departamentos que integran la Administración regional, cuyas competencias inciden en la materia, según se ha indicado anteriormente, como la Consejería de Turismo y Consumo, en la vertiente del ejercicio de las competencias en materia de defensa de los consumidores y usuarios (Dirección Ge-

neral de Consumo), encontrándose en trámite una reforma de la normativa regional, cuya audiencia permitiría propiciar el enriquecimiento del texto con sus sugerencias, además de las que pudiera realizar el Consejo Asesor Regional de Consumo, si la precitada Consejería estimara insuficiente la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios representadas en los organismos informantes, conforme a lo indicado en el artículo 18 de la Ley 4/1996, de 14 de junio, del Estatuto de los Consumidores y Usuarios de la Región de Murcia. Del mismo modo, no consta la audiencia al departamento competente en materia de sanidad en relación con la prevención de las ludopatías; incluso en otros procedimientos seguidos en reglamentos autonómicos similares se ha oído, igualmente, al departamento competente en materia del menor (Consejería de Política Social, de Mujer e Inmigración). No es la primera vez que el Consejo Jurídico advierte a la Consejería proponente la necesidad de dar audiencia a otros departamentos cuya acción administrativa incide en este sector material, como recordamos en nuestro Dictamen 149/03.

También conviene resaltar la conveniencia de contar con la participación de los colegios profesionales competentes en la parte del Proyecto de Reglamento que afecta a las condiciones técnicas de los salones de juego (artículo 35), como se destacará posteriormente.

Por último, cabe señalar, como se recoge en la parte expositiva del Proyecto de Decreto, que se ha cumplido el trámite de notificación de los proyectos de reglamentos técnicos para su remisión a la Comisión Europea, conforme a lo previsto en los artículos 5 y 6 del Real Decreto 1337/1999, de 31 de julio. En todo caso, una vez aprobado el texto definitivo habrá de remitirse a la Comisión de las Comunidades Europeas (artículo 7.3 RD 1337/1999).

II. No puede afirmarse que se satisface la exigencia previstas en el artículo 53.1, segundo párrafo, de la Ley 6/2004, sobre la necesidad de acompañar un estudio económico de la norma, con la escueta aseveración de que el Reglamento no va a suponer mayor coste económico, dado que los procedimientos continuarán tramitándose sin gastos adicionales. Como reiteradamente ha advertido el Consejo Jurídico (por todos, nuestro Dictamen núm. 25/2007), el estudio económico no debe limitarse a analizar si existe un coste derivado de la implantación de los nuevos servicios y su financiación. Antes al contrario, el estudio económico ha de extenderse más allá, pues su finalidad es ilustrar sobre las consecuencias económicas de la norma.

La elaboración del citado estudio no implicaría mayor dificultad al centro directivo competente, aunque sólo contuviera su repercusión en materia tributaria y la valoración de la incidencia de la aplicación de una de las medidas propuestas por el CESRM, en relación con la restricción de máquinas en el sector de la hostelería, que permitirían, además, motivar desde el punto de vista de la Administración el rechazo a tal medida, como propone el centro directivo asumiendo las alegaciones del sector afectado.

En el borrador definitivo del Proyecto de Reglamento, se ha incorporado, a través de la Disposición transitoria quinta, la limitación de las autorizaciones de explotación de las máquinas de tipo B. Con independencia de la observación que se realiza seguidamente sobre la entrada en vigor del Proyecto de Decreto, el Consejo Jurídico considera la obligatoriedad de recoger en la documentación integrante del expediente la motivación que justifique tal medida, aunque se haya incorporado tardíamente al texto, en razón de los criterios de planificación del subsector de máquinas recreativas, con independencia de que suponga reproducir el Acuerdo de Consejo de Gobierno de 10 de febrero de 2006, pues su inserción en el Reglamento implicaría la prórroga de tal medida y, sobre todo, que ha de ser valorada conjuntamente con el resto del articulado.

Finalmente, no se ha aportado copia del acta íntegra de la Comisión de Juego y Apuestas correspondiente a la sesión de 10 de octubre de 2006, sino únicamente la certificación del acuerdo adoptado, lo que no permite conocer ni los asistentes, ni los puntos principales de las deliberaciones en relación con las propuestas del sector, como indicamos en nuestro Dictamen 73/2000, por lo que el Consejo Jurídico recomienda que en ulteriores expedientes se incorporen copia del acta de manera que contenga, al menos, los datos reseñados en el artículo 27 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC).

**QUINTA.- La entrada en vigor del Proyecto de Decreto: limitación de las autorizaciones de explotación en virtud de la potestad de planificación.**

El Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar no recoge la *vacatio legis* para su entrada en vigor, como recomendaba el informe del órgano preinformante para permitir el conocimiento material de la norma, al no haber sido acogida por el órgano proponente, presumiblemente porque el Reglamento incorpora entre sus previsiones (Disposición transitoria quinta) la suspensión de la concesión de autorizaciones de explotación de máquinas recreativas de tipo B, salvo las excepciones indicadas, que viene a prorrogar de facto la medida ya adoptada por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 10 de febrero de 2006 (publicado en el BORM de 22 de febrero), respecto al que el Proyecto de Decreto propone su derogación, si bien habrá de ser corregida la fecha de su adopción del citado Acuerdo en la Disposición derogatoria única, 2.

En nuestro Dictamen 34/01, evacuado con ocasión del vigente Reglamento, se recomendó a la Consejería proponente que debía conectar la entrada en vigor del Decreto con el Acuerdo anterior del Consejo de Gobierno de 19 de enero de 2001, publicado en el BORM de la misma fecha, por el que se suspendía la concesión de autorizaciones de explotación de máquinas recreativas de tipo B, en tanto condicionaba en parte la entrada en vigor del nuevo reglamento en las determinaciones que afectan a este tipo de máquinas, pudiendo interpretarse implícitamente derogado por la disposición reglamentaria.

Ahora se parte de un presupuesto diferente, por cuanto se incorpora al Reglamento (Disposición transitoria quinta) la suspensión de autorizaciones de explotación recogida en el Acuerdo de 10 de febrero de 2006, que propone derogar el Proyecto de Decreto, con la siguiente redacción:

*“1. El número máximo de máquinas recreativas de tipo B con autorización de explotación en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia será el de aquellas que la hayan obtenido hasta la fecha de entrada en vigor de este Reglamento. En consecuencia no se diligenciarán guías de circulación ni se concederán autorizaciones de explotación para máquinas recreativas tipo B de nueva instalación solicitadas después de dicha fecha, salvo que se trate de altas:*

*a) Por sustitución de una máquina de las mismas características, ya autorizada con anterioridad.*

*b) De máquinas para instalar en salas de bingo.*

*2. Lo dispuesto en el número anterior mantendrá su vigencia durante el periodo de un año. Este plazo de un año se entenderá sucesivamente prorrogado por periodos sucesivos e igual duración, hasta tanto se determine por la Consejería de Hacienda y Administración Pública de acuerdo con lo previsto en el artículo 51”.*

La precitada medida, en ejercicio de la potestad de planificar la gestión del juego, viene encomendada al Consejo de Gobierno por el artículo 10.2 de la Ley 2/1995, haciendo referencia el artículo 51 del Proyecto de Reglamento a una serie de criterios a tener en cuenta: respecto a los locales la proximidad de los centros docentes, número de habitantes de la localidad donde se ubiquen, zonas turísticas u otra circunstancia similar; respecto a las máquinas recreativas el número de habitantes de la Comunidad Autónoma, número de locales en funcionamiento, la superficie de los locales u otra circunstancia similar.

Conviene partir del reconocimiento de las competencias autonómicas para condicionar la actividad empresarial de explotación del juego, conforme a varios pronunciamientos de Tribunales Superiores de Justicia (sentencias del TSJ de la Comunidad Autónoma de Baleares, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 8 de noviembre de 2002, y del TSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 16 de septiembre de 2004), sustentada en que la actividad de juego se encuentra sujeta a una fuerte intervención administrativa, de lo que resulta que la actividad empresarial de explotación del juego se vea sometida a un repertorio de limitaciones e intervenciones específicamente diseñadas por el ordenamiento jurídico. En la última de las sentencias citada se razona, asimismo, que la medida de suspensión respecto a determinadas máquinas en ciertos lugares, no supone que se haga discriminación alguna, atentando contra el principio de igualdad, pues tal suspensión no afecta a determinadas personas frente a otras, sino a todas las que realizan la explotación de las máquinas en determinados lugares.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado (Dictamen núm. 3697/2001), sobre el Proyecto de Ordenación de Juegos y Apuestas del Principado de Asturias, en la vertiente de limitar, en relación con las máquinas recreativas, prácticas restrictivas en el sector por reparto de mercado. El citado Dictamen señala:

*“En cuanto al objeto principal de la norma, la fijación de criterios referentes a la distribución territorial y número de autorizaciones, hay habilitación legal suficiente para la regulación proyectada, que es, además, razonable y ajustada al criterio definido por el legislador. La intervención administrativa en materia de juego viene establecida en la Ley, que permite al titular de la potestad reglamentaria, al ejecutarla en la habilitación que le confiere, determinar concretamente el número máximo de autorizaciones y los criterios de distribución geográfica. Las medidas que limitan el número de autorizaciones se ajustan igualmente a los principios rectores definidos por el artículo 4 de la ley, ponderando adecuadamente su influjo en la realidad social, su repercusión tributaria, el logro de una transparencia de mercado y el reducir los efectos negativos del hábito del juego. La limitación, en consecuencia, deriva directamente de la Ley”.*

*Mutatis mutandi* el artículo 10. 2) de la Ley regional establece, como se ha indicado, la facultad del Consejo de Gobierno de planificar la gestión del juego, atendiendo a su incidencia social, económica y tributaria, así como a la necesidad de diversificar el juego.

A la regulación propuesta, el Consejo Jurídico realiza las siguientes observaciones:

1ª) El artículo 51 del Proyecto de Reglamento, pese a estar habilitado por la ley regional, no desarrolla los criterios para establecer dicha planificación, incluso no recoge todos los utilizados por el artículo 10.2 de la ley regional (por ejemplo, respecto a máquinas recreativas, no se tienen en cuenta los de índole social), pues la norma reglamentaria no ha de enumerar sino desarrollar los criterios reglados que sirvan de motivación a los acuerdos que adopte el órgano competente, más aún cuando se contiene la medida de suspensión de

autorizaciones en el mismo texto reglamentario. En este sentido resultan muy clarificadores los Dictámenes del Consejo de Estado núms. 3947/1999 y 1870/2000, el primero de los cuales viene a indicar: *“el legislador pretende que a consecuencia de una actividad de planificación ponderando los criterios legales se llegue a determinar ese número máximo de casinos. La norma proyectada lo fija de antemano y defiere a las bases de la convocatoria de concurso el apreciar los criterios que corresponde al planificar. No es ajustado a la Ley proceder así. La norma que lleva a efecto la planificación debe fijar el procedimiento a seguir, la intervención en el mismo de los órganos administrativos correspondientes y de los particulares interesados, el tipo de instrumento que resulte adecuado para contenerla, las especificaciones convenientes al mismo, y las incidencias que hayan de afectarlo (si corresponde una revisión del mismo y su periodicidad anual, etcétera). No lo hace así la norma consultada.”*.

2ª) El artículo 51, primer párrafo, no se ajusta al artículo 10.2 de la Ley regional en cuanto al órgano competente que ostenta las competencias para planificar, que es el Consejo de Gobierno y no la Consejería competente en materia de juego, teniendo esta observación carácter esencial.

3ª) Congruentemente con el sistema instaurado de restricción del número de autorizaciones desde el año 2001, convendría estudiar, para el caso de que en el futuro se ampliara el número de locales o máquinas recreativas de tipo B, un sistema que permitiera el concurso público en defensa de la competencia, en aplicación de los criterios precitados, como se ha previsto por alguna norma autonómica similar.

4ª) En relación con la Disposición transitoria quinta, que contiene la limitación de las autorizaciones de explotación, y puesto que implica una prórroga de las ya adoptadas con anterioridad (desde el año 2001), deberá incorporarse a la Memoria Justificativa las razones que aconsejan la prórroga de tal medida, en atención a todos los criterios referidos en el artículo 51, debiendo modificarse el órgano competente que se recoge en el apartado 2, por el Consejo de Gobierno por las mismas razones que las indicadas anteriormente.

#### **SEXTA.- Observaciones al contenido del Reglamento.**

Centrados en los aspectos objeto de la reforma, agrupados sistemáticamente, y en aquellos otros cuya regulación persiste en el texto que motivaron ciertas consideraciones del Consejo Jurídico (Dictamen 34/2001, ya citado), se realizan las siguientes observaciones:

##### **I. Sobre los requisitos generales de las máquinas.**

###### **A) Máquinas de tipo B.**

1) Modificaciones que tratan de incorporar al ordenamiento regional (artículo 8) los acuerdos adoptados en el seno de la Comisión Sectorial del Juego, órgano de cooperación creado al amparo del artículo 5 LPAC, con la finalidad de unificar criterios técnicos para las máquinas tipo B entre las Comunidades Autónomas.

Dentro de este grupo cabe citar:

— Se establece el precio de la partida variable en 5 céntimos de euro o múltiplos de esa cantidad, con un límite máximo de 20 cms., sustituyendo a esta última cantidad como precio único (artículo 8.a). No obstante mejoraría la redacción de este último apartado si se suprimiera la preposición “de” delante de 20 céntimos de euro.

— El porcentaje de devolución de premios no será inferior a un 70 % (antes un 75%) al igual que, a diferencia del Reglamento vigente que establece que debe cumplirse en toda serie de 20.000 partidas, el Proyecto propone cada 40.000 partidas consecutivas (artículo 8,b), aunque esta última modificación no deviene de los citados acuerdos, como parece desprenderse de la Memoria Justificativa. Por tanto, debería justificarse esta variación en tanto se sigue manteniendo en otras Comunidades Autónomas limítrofes (por ejemplo, el artículo 5,c del Decreto 115/2006, de la Comunidad Valenciana).

— Se establece que el premio máximo de partida que la máquina puede entregar sea de 400 veces el precio de la misma (ya venía así establecido en la normativa vigente), salvo que, por disponer de dispositivos opcionales, se realicen partidas dobles o triples, en cuyo caso se propone incrementar a 800 —antes 600— y a 1.200 (artículo 8, c). No derivado de acuerdos de la Comisión sectorial, si bien justificado en la Memoria para mantener la coherencia con los premios anteriores, se ha propuesto incrementar el premio máximo en las máquinas de instalación exclusiva en salas de juego y bingo fijado en 1.000 veces la partida, pasando a 2.000 o 3.000 veces, según sea doble o triple (artículo 9,f).

— La duración media de las partidas no será inferior a 5 segundos, sin que pueda realizarse más de 360 partidas en 30 minutos (antes 120 en 10 minutos), como también se establece en otros decretos autonómicos similares.

— La utilización de los sistemas de vídeo en las máquinas tipo B. En tal sentido se ha añadido por el Proyecto (artículo 8, ñ) que “el juego puede ser desarrollado mediante la utilización de pantalla de televisión o soporte físico análogo, controlado por señal de vídeo o similar”, habiéndose suprimido la exclusividad en salones de juego y salas de bingo.

Al hilo de esta última novedad, el Consejo Jurídico realiza dos consideraciones: a) Se advierte en el texto algún tratamiento diferente, que no aparece justificado en el expediente. Así, en las máquinas con señal de vídeo (artículo 8,ñ) se establece que sólo podrán instalarse un máximo de cinco juegos homologados simultáneamente, a diferencia de los tres que como máximo se establecen en otras normas autonómicas (por ejemplo, artículo 9.8 del Decreto 12/2005, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León); b) también que el tratamiento que otorga el Proyecto (artículo 17) al juego para máquinas de tipo B con soporte de vídeo, crea cierta confusión por las razones que se contienen en la siguiente consideración.

## 2) Modificaciones derivadas de los acuerdos con el sector.

Según la Memoria Justificativa, se han introducido una serie de modificaciones en la regulación de los requisitos de esta clase de máquinas, derivados de acuerdos alcanzados con el sector, que afectan a la devolución de las cantidades depositadas en los monederos de las máquinas tipo B (artículo 9,d), a la prohibición de dispositivos luminosos como reclamos (artículo 9, m), en el sentido de excluir de tal consideración las operaciones tendentes al mantenimiento de la máquina, a la ampliación del periodo de explotación de máquinas recreativas que hayan obtenido la inscripción provisional, entre otros, si bien FEMURE no considera necesaria esta última ampliación (Antecedente Cuarto).

A este respecto el Consejo Jurídico considera que la previsión contenida en el artículo 9,d) del Proyecto de Reglamento, que establece la no obligación de devolver el importe no jugado, salvo cuando se juegue el número de partidas que se indican, encierra una suerte de cláusula abusiva para los intereses de los consumidores, en los términos recogidos en la Disposición adicional primera, apartado 14, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General

para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, a diferencia de lo previsto en el Reglamento vigente, que recoge expresamente “devolver el dinero restante automáticamente o, a voluntad del jugador, acumularlo para partidas posteriores (...)”. Esta observación tiene carácter esencial.

### 3) Restantes modificaciones.

Otras modificaciones introducidas por el centro directivo competente se orientan a mejorar la redacción del reglamento vigente: por ejemplo, la sustitución del Registro de Modelos en el artículo 8 del Proyecto (antes 7) por la sección correspondiente del Registro General del Juego, así como las incorporadas como consecuencia de sugerencias de los órganos que han participado en el procedimiento. En este aspecto, como consecuencia de una observación realizada por el CESRM acerca de la necesidad de que el distintivo -para advertir la prohibición de uso a menores, así como que puede producir ludopatía- resalte en el tablero frontal, se recogió en el texto que debía tener una superficie mínima de 17 cm<sup>2</sup> (artículo 8, j), si bien se ha destacado con anterioridad su diferencia con la prevista en otras Comunidades Autónomas, sin que aparezca justificada dicha dimensión.

Por último, se advierte que no se ha subsanado una observación indicada por el informe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante, que afecta a la declaración previa de exclusión de determinadas expendedoras (artículo 7.3), en el sentido de que no se recoge en el texto el plazo para resolver dicho trámite.

### B) Máquinas de tipo C.

Derivados de acuerdos alcanzados con el sector (AECJ) se advierte en el artículo 11, apartados a) y c), el incremento del precio máximo de la partida (de 6,01 a 9 euros) y del premio máximo que puede entregar la máquina por todos los conceptos (2.000 veces la apuesta máxima, antes 250) en sintonía, según la Memoria Justificativa, con normas de Comunidades Autónomas limítrofes. Sin embargo, dicha justificación quiebra cuando se trata de la alteración de la duración mínima de la jugada (2,5 segundos), que ha pasado en el Proyecto (artículo 11,1,e) a su fijación en un tiempo medio de 2,5 segundos, a diferencia de lo previsto en los Decretos 115/2006 y 250/2005, ya citados, de las Comunidades Autónomas de Valencia y Andalucía. Por tanto debería justificarse dicha diferencia, con independencia de las demandas del sector (folio 82).

Sobre la modificación relativa a la ampliación de los medios de pago de los premios (artículo 11.2), nada ha de objetarse en tanto recoge la evolución en este sector, a diferencia de la disminución de la garantía de información del usuario que implica el inciso añadido en el artículo 11.4 del Proyecto de Reglamento, relativo a que la información exigida se podrá sustituir por cualquier otro medio en el interior del casino, dado que el Consejo Jurídico considera que dicho artículo debería limitarse a recogerlo “en el tablero frontal o en las pantallas de vídeo de las propias máquinas”, en consonancia con otras normas autonómicas, por lo que debería suprimir el inciso citado, teniendo carácter esencial esta observación.

Especialmente relevante es otra propuesta del sector, recogida en el artículo 13, segundo párrafo, como es la relativa a la interconexión de las máquinas de tipo C ubicadas en distintos casinos de la Región de Murcia para poder realizar variantes de juego, que representa un salto cualitativo en la práctica de este juego, y que debería ir acompañado de la suficiente motivación, sin que ni tan siquiera se recojan en el texto los requisitos de la interconexión que se consideran necesarios, aun cuando se supedita a la autorización previa de la Dirección General de Tributos. En tal sentido, la mayoría de normas autonómicas reguladoras de

la materia recogen la interconexión de máquinas tipo C situadas en la misma sala de juegos, o en salas distintas del mismo establecimiento.

II. Sobre la inscripción de modelos de máquinas recreativas en el Registro General del Juego.

A) Las modificaciones más importantes que se introducen al Capítulo II, del Título I, del reglamento vigente consisten, por un lado, en establecer la inscripción de los juegos para máquinas de tipo B con soporte de vídeo, añadiéndolo al de las máquinas recreativas y otros aparatos. Sin embargo, la regulación propuesta distorsiona en cierto modo el régimen de inscripción de los modelos de máquinas o aparatos, dado que se mezclan los modelos de máquinas de juego, en este caso de tipo B con soporte digital, con los juegos para este tipo de máquinas, cuando el citado capítulo va referido a los modelos de máquinas, como corrobora el artículo 17.3 del Proyecto, al indicar que en el Registro General del Juego existirán las modalidades correspondientes a las categorías de máquinas a las que se refieren los artículos 5 y, en cada modalidad, se inscribirán los modelos concretos.

Con la anterior reflexión se alcanzaría la conclusión de que hubiera sido más adecuado que el Reglamento tratara de forma separada los juegos para máquinas de tipo B con soporte de vídeo, de la propia regulación de la máquina tipo B con este soporte. De hecho en el Registro General del Juego, desarrollado por Orden del titular de la Consejería competente en la materia de 1 de marzo de 2007, el modelo de Juego para máquinas de tipo B con soporte de vídeo se encuentra recogido de forma separada en la Modalidad C, material de juego, especialidad D, de la Sección Tercera del Registro General del Juego.

De otro lado, aun cuando se contemple del mismo modo en la normativa vigente, y puesto que se acomete su reforma a través del presente Proyecto, debería concretarse en el artículo 17.7 qué aspectos se consideran como cambios sustanciales en los modelos de máquinas o juegos, a efectos de exigir el cumplimiento de todos los trámites y requisitos de homologación.

B) Respecto al procedimiento, debería completarse la regulación en el sentido de recoger en el artículo 18, apartado 4, la posibilidad de un trámite de subsanación de la solicitud en los términos previstos en el artículo 71 LPAC. También debería recogerse la forma en que se computa el plazo previsto para su resolución, conforme al artículo 42.3b) LPAC.

De otro lado, el plazo establecido para resolver y notificar la resolución (seis meses) se adecua al máximo previsto en la LPAC, sin embargo la previsión de que el silencio administrativo sea desestimatorio es contraria a lo dispuesto en el artículo 43.2 LPAC pues, para ello, debería establecerse en una norma con rango de ley. Igual razonamiento cabe aplicar al artículo 27.1, sobre la inscripción de las empresas de máquinas recreativas y de azar. Esta última observación se considera de carácter esencial.

Aun cuando dicha reflexión sería extensible a otros, no se ha previsto en el Proyecto de Reglamento la tramitación telemática, al menos, de determinados procedimientos, como se ha sugerido por el sector, y se vuelca en la parte expositiva del Proyecto de Decreto: *“así como la necesidad de simplificar los procedimientos administrativos para su adaptación a la tramitación telemática”*.

C) Inscripción Provisional.

Podría mejorarse la regulación de la inscripción provisional de máquinas en el apartado 5 del artículo 18, contemplando el plazo para el otorgamiento de la autorización, susci-



tándose el interrogante de si es el mismo que el establecido con carácter general; además podría establecerse, entre la documentación exigible, un compromiso del peticionario de retirar las máquinas o juegos transcurridos cuatro meses. También debería completarse la redacción con la forma de computar el plazo.

D) Cancelación de las inscripciones.

El artículo 20 del Proyecto de Reglamento relativo a la cancelación de las inscripciones en el Registro, no contiene todos los supuestos que producen dicho efecto, por ejemplo, a resultas de un expediente sancionador o cuando se compruebe *a posteriori* que el modelo no reunía los requisitos previstos en el Reglamento para su inscripción sin que concurrieran las razones citadas en el texto (falsedades, inexactitudes o irregularidades), o cuando dejara de reunir los requisitos exigidos para la misma. Por tanto el Consejo Jurídico considera que se podría completar con los supuestos indicados.

En el caso de que se incumpliera la normativa en materia de máquinas recreativas, la cancelación de la inscripción debería ser acordada en la resolución que se adopte en el correspondiente sancionador, conforme a lo dispuesto en el título V de la Ley 2/1995.

E) Guía de Circulación.

Se propone elevar de 4 a 5 años el periodo mínimo de validez de la Guía de Circulación, a petición del sector (artículo 25.2). Con independencia del plazo, que parecería más coherente referirlo a la autorización de explotación (artículo 43), pues la Guía debería tener validez durante la vida de la máquina, la redacción que se incorpora al artículo 23.6 es menos clara y precisa que la vigente, pues la declaración de caducidad viene vinculada al transcurso del plazo —no a la solicitud— como se recoge en la redacción vigente: “terminada la vigencia de la Guía de Circulación, sin que se haya renovado, procederá la baja definitiva de la máquina en su explotación. A tal efecto, en el plazo de diez días, deberá remitirse a la Dirección General de Tributos la Guía caducada y demás documentación que ampare su explotación y la placa de identidad de la máquina”.

Por ello, si la intención es especificar que habrá de solicitarse la renovación, recójase en tal sentido, manteniéndose también la redacción vigente acerca de los efectos del transcurso del plazo.

III. Sobre las empresas de máquinas recreativas y de azar.

Las modificaciones que introducen al reglamento vigente responden a distintas finalidades como se describe seguidamente, sin ánimo de exhaustividad:

- Simplificar trámites a los interesados cuando la Administración disponga de la información. Por ejemplo, la obligación de justificar el pago del Impuesto sobre Actividades Económicas y la certificación de estar al corriente con las obligaciones fiscales de la Comunidad Autónoma (artículo 27.4 del Proyecto).
- Completar y mejorar la redacción de determinados apartados. Por ejemplo, en el artículo 25 sobre inscripción de otras empresas, y en el 27.1, sobre la solicitud de inscripción de las empresas en el Registro.
- Actualizar referencias a disposiciones normativas, o citas de órganos; por ejemplo, en el artículo 24.3 se recoge la normativa vigente en materia de inversiones exteriores, y la referencia a la Caja General de Depósitos de la Comunidad Autónoma en la constitución de la fianza (artículo 27.2, penúltimo párrafo).

Además, a petición del sector por considerarlo un impedimento que vulnera la normativa mercantil, se propone suprimir del texto la necesidad de una autorización con carácter previo del centro directivo competente a la transmisión onerosa y lucrativa *inter vivos* de acciones o participaciones (artículo 27.5 del Proyecto), manteniéndose, no obstante, que está sujeta a autorización, pero no con carácter previo a la transmisión, mientras que los restantes cambios se sujetan a comunicación al centro directivo competente (las realizadas entre los propios socios o en las transmisiones de acciones por sucesiones *mortis causa*).

Que permanezca la autorización *ex post* del centro directivo carece de sentido, por lo que debería reconducirse a un supuesto de obligación de comunicación, que permite, igualmente, el constatar el cumplimiento de las limitaciones impuestas por la Ley regional 2/1995, al igual que se ha recogido en otras normas autonómicas (por ejemplo, Decreto 64/2005, ya citado, de La Rioja).

La anterior observación nos permite enlazar con ciertas limitaciones del articulado que suscitan la consideración del Consejo Jurídico.

1ª) El establecimiento de un capital mínimo para las empresas relacionadas con las máquinas recreativas y de azar.

El artículo 24,2 establece que las empresas constituidas en forma de sociedad mercantil contarán con un capital social mínimo de 90.000 euros, que estará representado por acciones o participaciones. A su vez, el apartado 4 del mismo artículo establece que las empresas cuyo titular sea una persona física deberán contar con un patrimonio neto de la misma cantidad. Dicha exigencia, ya contenida en el Reglamento vigente, fue objeto de consideración en nuestro Dictamen 34/2001, donde destacamos las limitaciones de los reglamentos para establecer un capital mínimo distinto al previsto en la legislación mercantil para las empresas, sorteado por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia mediante su previsión legal, concretamente, al establecer el artículo 19.5 de la Ley 2/1995 (en la modificación operada a través de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre) que: “*Las personas físicas o jurídicas, que soliciten las autorizaciones preceptivas para la organización y explotación de juegos, deberán acreditar respectivamente el patrimonio neto y capital social mínimos que se exigen reglamentariamente*”. Adviértase que se remite a lo que se establezca reglamentariamente.

Sin embargo, si se contrasta la habilitación legal con la redacción propuesta (artículo 24.2 y 4), se aprecia que dicha exigencia sólo puede ir referida a las personas físicas o jurídicas que soliciten autorización para la organización y explotación de juego, no respecto a las restantes empresas que tengan por objeto otra finalidad de las descritas en el artículo 24.1 (por ejemplo, de fabricación, comercialización, distribución o reparación de máquinas). Por ello, esta observación reviste carácter esencial.

En segundo lugar, el Consejo Jurídico señaló en su Dictamen núm. 34/01, en relación con el alcance de las competencias autonómicas que inciden en la actividad mercantil, conforme a la doctrina constitucional, que para evaluar si las normas autonómicas vulneran o no preceptos constitucionales atinentes a la unidad de mercado es necesario atender a su cobertura competencial, a la intensidad de la diversidad que introducen, y a su ordenación y proporcionalidad al fin que persiguen. Siguiendo la orientación de dicha doctrina, el Consejo Jurídico recomienda a la Consejería consultante que acoja la regulación de otras CCAA en materia de máquinas recreativas y de azar (La Rioja, Andalucía, Valencia, Cataluña, Cantabria), que han optado por remitirse al capital mínimo que establezca la normativa

mercantil aplicable, añadiendo en bastantes casos la exigencia de la nominatividad de las participaciones o acciones, con fundamento en el artículo 52 de la Ley de Sociedades Anónimas, que señala que revestirán necesariamente la forma nominativa cuando su transmisión esté sujeta a restricciones o cuando así lo exijan disposiciones especiales (STS, Sala 3ª, de 25 de enero de 2000, sobre el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de Cataluña). En todo caso, las responsabilidades administrativas de las empresas operadoras quedan aseguradas por las garantías exigidas por el reglamento.

### 2ª) Inscripción de las empresas en el Registro.

— En el artículo 27,3, párrafo *in fine*, se establece la obligación de mantener la fianza en su totalidad mientras subsista la circunstancia que motivó su constitución y, en su defecto, se producirá la cancelación de dicha inscripción; el Consejo Jurídico advierte de la necesidad de que se produzca mediante la tramitación del correspondiente expediente de cancelación con audiencia previa del interesado.

— El artículo 28 del Proyecto no recoge todas las causas que pueden motivar la cancelación de las inscripciones en el Registro como, por ejemplo, la derivada de un expediente sancionador, como en parecida ocasión ya se ha indicado.

### 3ª) Régimen de fabricación y comercialización.

La expresión “asimiladas” que se ha añadido en el apartado 2 del artículo 29 debería ser sustituida por su denominación, en tanto la Orden de 1 de marzo de 2007, por la que se crea el Registro General del Juego de la Comunidad Autónoma, contiene una relación de las empresas por su actividad profesional (artículo 4).

De otra parte, la expresión “transmisión de la posesión de máquinas ...” es imprecisa, y debería suprimirse de la redacción por cuanto parece excluir otras formas jurídicas admitidas por la legislación civil o mercantil.

## IV. Instalación y locales.

### 1) La instalación de máquinas por una única empresa operadora.

En el artículo 31.1,d) del Proyecto de Reglamento se contiene una restricción concerniente a las máquinas de tipo B que se instalen en los establecimientos de hostelería (cafeterías, cafés bares, bares y restaurantes), en el sentido de indicar que sólo podrán ser instaladas por una única empresa operadora. En relación con las máquinas de tipo A, el artículo 30, c) establece, aunque al menos con la posibilidad de una renuncia expresa, que la instalación de máquinas de tipo A corresponderá, en su caso, a la misma empresa operadora que tuviera instaladas máquinas de tipo B, si bien la expresión “en su caso” debería ser aclarada, al mismo tiempo que debería motivarse dicha decisión en razones técnicas que no obran en el expediente.

La limitación a una única empresa operadora (artículo 31.1,d) encierra una práctica restrictiva, cercenando el principio de libertad de empresa y la concurrencia en condiciones de igualdad de las personas físicas y jurídicas que se dediquen a la actividad, sin que se encuentre tampoco habilitado el Reglamento para establecer dicha restricción por la ley regional 2/1995. En tal sentido se ha pronunciado la STSJ de La Rioja, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 9 de octubre de 2002, También el Tribunal de Defensa de la Competencia, mediante resolución de 6 de septiembre de 1995, consideró que la adopción por parte de la Asociación de Empresas Operadoras de Máquinas Recreativas de un acuerdo

o norma de obligado cumplimiento, consistente en que un operador no podía instalar una nueva máquina en un local donde estuviere una máquina de otro operador sin consentimiento de éste, constituía una práctica de reparto de mercado cuyo objetivo primordial era la eliminación de la competencia entre las empresas asociadas.

Del mismo modo el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, en su Dictamen núm. 389/2006, expresa el siguiente parecer: *“Reitera el Consejo Jurídico que la prohibición constituye una extralimitación legal por dos razones; en primer lugar porque el artículo 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia (...) considera nula toda decisión que limite o falsee la competencia y que no esté amparada por las exenciones previstas en la ley y, en segundo lugar, porque la Ley 4/1988 no establece ninguna previsión expresa al respecto, únicamente remite al reglamento (...).*

El anterior razonamiento es plenamente aplicable al presente supuesto, estableciendo el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, reguladora de la Defensa de la Competencia, la prohibición de toda decisión que produzca o pueda producir el efecto de restringir o falsear la competencia en parte del mercado nacional, a la vez que la norma habilitante (Ley regional 2/1995) no introduce esta restricción al regular los establecimientos hosteleros (artículo 17) y las empresas de juego (artículo 19).

En consecuencia la observación al artículo 31.1,d) reviste un carácter esencial.

2) La instalación de máquinas en establecimientos de hostelería.

Teniendo en cuenta que el artículo 17 de la Ley 2/1995 cita como establecimientos hosteleros a los bares, cafeterías o similares, el Proyecto desarrolla dicha previsión acogiéndose a la clasificación recogida en el Decreto regional 127/2005, de 11 de noviembre, que regula los establecimientos de restauración en la Región de Murcia, que incluye a cafeterías, cafés-bares, bares y restaurantes, citándose expresamente en el texto modificado a restaurantes (artículo 30,c). Se prevé como número máximo de máquinas a explotar en este tipo de establecimientos tres de los tipos A y B, si bien si se instalaran tres, una de ellas tendría que ser tipo A (artículo 17 de la Ley 2/1995).

En el Dictamen del CESRM se recomendaba a la Administración regional restringir las máquinas de juego en este tipo de establecimientos como medida de lucha contra las ludopatías, arbitrándose las correspondientes medidas transitorias que paliaran sus efectos, habiéndose opuesto las representantes del sector de la hostelería, en tanto este tipo de actividad complementaria representa un activo económico para este sector, punto de vista que es asumido por el titular de la Dirección General.

No va a insistir el Consejo Jurídico en el tema suscitado, pero sí quiere poner de manifiesto la carencia de otro tipo de medidas adicionales que permitan establecer ciertas limitaciones en orden a la protección de menores, que sí se observan en otros reglamentos autonómicos. Por ejemplo, nada se establece en orden a restringir la instalación de estas máquinas en bares de centros docentes o en lugares cuyos usuarios sean mayoritariamente menores, como en piscinas públicas, parques acuáticos, etc. De otra parte, se entiende que la referencia a restaurantes está referida a restaurante-bar, porque una interpretación extensiva podría tener importantes repercusiones desde el punto de vista de protección del consumidor.

Por último, en cuando al procedimiento de solicitud de instalación en este tipo de establecimientos, cabe realizar las siguientes observaciones:

- El transcurso del plazo de seis meses previsto en el artículo 34.2 para el otorgamiento de la autorización no puede ser desestimatorio por las razones indicadas con anterioridad.
- Se ha sustituido el término “cancelación” de la autorización por “revocación” de la autorización en las causas que se invocan en el artículo 34.4. Sin embargo, este último concepto parece hacer referencia a criterios de oportunidad, mientras que las causas descritas hacen referencia a razones de legalidad. A este respecto, el Consejo Jurídico considera más preciso utilizar la expresión “la autorización se extinguirá”, eliminando también su redacción con carácter potestativo que no concuerda con las causas citadas.

3) Los salones recreativos y de juego.

Son varias las cuestiones que suscita su regulación en la Sección 3ª del Título III del Proyecto de Reglamento. Sirva como introducción que el centro proponente ha incorporado al texto los requisitos técnicos de los salones, antes previstos en el Anexo VI del Real Decreto 877/1987, de 3 de julio, que el Real Decreto 2110/1998, de 2 de octubre, mantuvo en vigor, formando parte del derecho estatal supletorio en esta materia.

La reglamentación técnica, desde el punto de vista de la normativa sectorial muy vinculada con su condición de establecimiento público, ha motivado que algunas Comunidades Autónomas hayan aprobado reglamentos específicos para salones recreativos y de juego. Por ejemplo, el Decreto 44/2007, de 20 de abril, de la Comunidad Valenciana.

Respecto a la regulación propuesta se realizan las siguientes observaciones:

a) Se destaca, como se ha indicado con anterioridad, la omisión de un trámite de audiencia, acompañada de la redacción propuesta, a los colegios profesionales, cuyos asociados tienen competencias en la redacción de los proyectos técnicos, para que formulen las alegaciones que procedan, teniendo en cuenta la adecuación al Código Técnico de Edificación, citado en el texto. Tal observación cobra aún más fuerza a la vista de algunos requisitos incluidos en el texto que se encuentran sin justificar en el expediente: la razón por la que en unos apartados se utiliza como parámetro la superficie construida y, en otros, la útil, cuando, por ejemplo, el Reglamento de la Comunidad Valenciana citado hace referencia siempre esta última, definiéndola. También por qué se reduce alguna distancia (de 50 a 25 cms. en el artículo 35.5.c).

b) El lenguaje empleado para identificar a la autorización de salones puede resultar equívoco, por cuanto en unos casos se hace referencia a la autorización para la instalación de un salón (artículo 38) y en otros a la autorización de funcionamiento del salón (artículo 38.6), esta última más acorde con la intervención de la Administración regional.

c) Respecto al procedimiento de autorización, el artículo 38.3 del Proyecto de Reglamento establece: *“Si la documentación presentada fuera defectuosa o incompleta, se requerirá al solicitante para que en un plazo no superior a diez días subsane la falta. Cuando se hubiesen formulado reparos relativos a los requisitos establecidos en el apartado 5 del artículo 35, se comunicará a la Dirección General de Tributos en el plazo de diez días desde su subsanación”*. La redacción de este párrafo induce a confusión, dado que se contemplan dos actuaciones administrativas diferentes; la primera en el caso de que la documentación se encuentre incompleta o defectuosa, teniendo pleno sentido el trámite de subsanación. La segunda, concerniente al supuesto de que se hubieran comunicado reparos

sobre el cumplimiento de los requisitos técnicos, parece ir referida a cuando se otorga la autorización condicionada al cumplimiento de éstos (posibilidad prevista en el artículo 37.d), en cuyo caso tiene sentido la comunicación por el interesado al centro directivo en el plazo de diez días desde su subsanación, pero debería en todo caso aclararse los dos trámites que se adoptan en fases procedimentales diferentes.

De otra parte no está claro el *dies a quo* en el cómputo del plazo de 6 meses para el otorgamiento de la autorización (artículo 38.5), pues señala “constatado el cumplimiento de los requisitos exigidos, en el plazo de seis meses”, dado que ha de reflejar la forma de computar el plazo de los procedimientos iniciados a instancia de parte (artículo 42,3,b LPAC); tampoco tiene sentido que la Administración vincule su resolución a que la consulta previa, de haberse realizado, fuera favorable, en contra de lo que expresa el artículo 37.d) acerca de que, en ningún caso, la información emitida implicará la autorización administrativa para la apertura y funcionamiento del salón objeto de consulta. Otro aspecto diferente serían las consecuencias, en orden a la exigencia de responsabilidad patrimonial, de una información errónea suministrada por la Administración. Además, el transcurso del plazo no puede ser desestimatorio por las razones indicadas con anterioridad.

d) La remisión del artículo 38.7 al artículo 24.5 parece incorrecta, en tanto las renovaciones para la inscripción de las empresas relacionadas con las máquinas recreativas y de azar en el Registro General del Juego se contiene en el artículo 24.6.

e) Se ha producido una ampliación de los horarios de los salones de juego, que cerrarán a las dos horas (antes a la una) salvo los viernes, sábados y vísperas de festivos que se prolongará hasta las tres (antes a las dos). Por el contrario, respecto a los salones recreativos, a los que pueden acceder los menores, no se ha establecido ningún tipo de medida orientada a limitar los horarios.

#### V. Régimen sancionador.

En el Título V del vigente reglamento se contiene un régimen completo de infracciones y sanciones, que fue objeto de consideración en nuestro Dictamen 34/2001 en el sentido de reconocer que las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de infracciones establecidas legalmente (artículo 129.3 LPAC), si bien, en muchos casos, la regulación se limita a reproducir literalmente la Ley 2/1995.

En la redacción propuesta (Título IV del Reglamento) se ha optado por suprimir los artículos correspondientes a las infracciones y sanciones, remitiéndose a las tipificadas y sancionadas por la Ley 2/1995, en el entendimiento, se presume, de considerar la regulación legal completa, no necesitada del complemento reglamentario, a lo que nada ha de objetar el Consejo Jurídico.

#### **SÉPTIMA.- Disposiciones finales del Proyecto de Decreto.**

##### I. Habilitación normativa al titular de la Consejería competente.

La Disposición final primera del Proyecto de Decreto habilita a la Consejería de Hacienda y Administración Pública a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo del Reglamento.

La redacción puede inducir a confusión sobre el alcance de la habilitación al titular de la Consejería, como ha sugerido algún informe, puesto que conforme a lo previsto en el artí-

culo 52 de la Ley 6/2004, la titularidad de la potestad reglamentaria corresponde al Consejo de Gobierno, salvo que esté específicamente atribuida al Consejero por disposición de rango legal o en materias de ámbito organizativo interno. A este respecto la Ley regional del juego atribuye específicamente al Consejo de Gobierno la aprobación de los reglamentos de los juegos y apuestas, así como la planificación (10 de la Ley 2/1995), mientras que el artículo 11 de la Ley 2/1995 atribuye a la Consejería competente la elaboración de las normas (no la aprobación), el otorgamiento de las autorizaciones, el control e inspección, y la creación y llevanza del Registro General del Juego.

En consecuencia, de acuerdo con nuestra doctrina (por todos Dictamen 137/2007), debería modificarse la redacción, en el sentido de recoger únicamente la habilitación al titular de la Consejería para elaborar los modelos de instancias y documentos a que se refiere la Disposición transitoria primera (Vigencia de Anexos), en ejercicio de la competencia para dictar los actos de ejecución que son necesarios para su desarrollo, aunque los Consejeros ya ostentan *ex lege* la competencia para aprobarla.

## II. Sobre la incidencia del Reglamento respecto a las autorizaciones vigentes.

Al tratarse de un reglamento que sustituye al anterior, aun cuando las autorizaciones existentes no deban adaptarse al mismo, sí convendría completar la regulación en las disposiciones transitorias para evitar posibles interpretaciones, en el sentido de determinar con claridad que las autorizaciones en vigor se ajustarán a los plazos señalados en las mismas.

### **OCTAVA.- Correcciones gramaticales y otras cuestiones de técnica normativa:**

- En la parte expositiva, segundo párrafo, la palabra apuestas, referida al título de la Ley 2/1995, debería ir en mayúscula.
- En el artículo 18.2, a) debe alinearse la cuarta línea.
- En el artículo 18.5 la palabra DIEZ debería sustituirse por la minúscula.
- En el artículo 34.1,b) la referencia a la licencia municipal de apertura debería sustituirse por licencia municipal de actividad, acorde con la terminología de la Ley del Suelo de la Región de Murcia (artículo 217 del Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido). Asimismo en el apartado 2, penúltima palabra, existe un error gramatical (“de” en lugar de “es”).
- A lo largo del articulado se designa a la Consejería por su denominación actual, cuando debería ser citada como la competente en la materia.
- En el artículo 35. 3 convendría suprimir un espacio entre son y aquellos.
- En el artículo 41.1 se hace referencia a las empresas operadoras o asimiladas según el artículo anterior, cuando éstas últimas no se citan a diferencia de la redacción vigente.
- En el artículo 50.2 existe un espacio delante de “un”.
- En el artículo 52 se definen las infracciones en materia de máquinas recreativas, omitiéndose las de azar. También debería suprimirse el ordinal 1, pues no contiene divisiones el artículo.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** El Consejo de Gobierno se encuentra específicamente habilitado por la Ley 2/1995 para aprobar el presente reglamento (artículo 10.3), que ordena el juego de máquinas recreativas y de azar, en ejercicio de las competencias estatutarias en materia de juego (artículo 10.Uno, 22 EAMU), que debe ser citado correctamente en la parte expositiva del Proyecto de Decreto, conforme a lo indicado en la Consideración Segunda, primer párrafo.

**SEGUNDA.-** El entramado de bienes jurídicos a proteger por la Administración regional cuando ordena las máquinas recreativas y de azar (intereses del sector, aspectos tributarios, la protección de consumidores y usuarios), exige que la adopción de algunas medidas revitalizadoras para la práctica del juego vayan acompañadas de aquellas otras que permitan intensificar la protección de estos últimos, que justifican, de otra parte, la intervención administrativa en esta materia, sin que el Reglamento refleje un mayor esfuerzo en este sentido, conforme a lo indicado en la Consideración Tercera.

**TERCERA.-** En el procedimiento de elaboración de la norma no han participado otros departamentos de la Administración regional, cuyas competencias inciden transversalmente en este sector y que deben ser oídos, conforme a lo indicado en la Consideración Cuarta, al igual que sería recomendable la participación de los colegios profesionales competentes en la determinación de los requisitos técnicos de los salones de juego que contiene el Reglamento.

**CUARTA.-** En la documentación que se acompaña al Proyecto de Decreto deberían figurar las razones que motivan la medida de limitación de las autorizaciones de explotación de las máquinas recreativas tipo B, de acuerdo con los criterios de planificación previstos en la Ley regional, por las razones que se recogen en las Consideraciones Cuarta y Quinta. También debería ser completado el estudio económico de la norma.

**QUINTA.-** Sobre la planificación (artículo 51) y la limitación de las autorizaciones de explotación (Disposición transitoria quinta del Reglamento), se realizan las observaciones que se contienen en la Consideración Quinta, teniendo carácter esencial las indicadas en los apartados 2ª y 4ª; también habrá de ser corregida la fecha de su adopción del Acuerdo citado en la Disposición derogatoria única, 2.

**SEXTA.-** En relación con las observaciones al contenido del Proyecto de Reglamento (Consideración Sexta), se consideran de carácter esencial las siguientes:

- La previsión contenida en el artículo 9,d), en cuanto no establece la obligación de devolver el importe no jugado, salvo cuando se juegue el número de partidas que se indican.
- La disminución de la garantía de información del usuario que conlleva el inciso añadido en el artículo 11.4 del Proyecto de Reglamento, relativo a que la información exigida se podrá sustituir por cualquier otro medio en el interior del casino.
- La previsión de que el silencio administrativo sea desestimatorio en el caso de la solicitud de homologación e inscripción de modelos (artículo 18.4) es contraria a lo dispuesto en el artículo 43.2 LPAC, pues, para ello, debería establecerse en una norma con rango de ley. Igual razonamiento cabe aplicar al artículo 27.1, sobre la inscripción de las empresas de máquinas recreativas y de azar. También en el artículo 38.5 y concordantes.



- El establecimiento de un capital mínimo para las empresas relacionadas con el juego (artículo 24.2 y 4) no se ajusta a la habilitación legal.
- Tampoco la instalación de máquinas de tipo B por una única empresa operadora (artículo 31.1,d).

**SÉPTIMA.-** Determinadas diferencias en el tratamiento normativo sobre aspectos técnicos de las máquinas, que se advierten en la Consideración Sexta, han de ser justificadas en el expediente.

**OCTAVA.-** Las restantes observaciones contribuyen a la mejora e inserción del texto en el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.

## **DICTAMEN 55/08.- Proyecto de Decreto por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Academias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

**Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)**

**Fecha: 18/03/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Según establece el apartado primero de la Disposición adicional primera de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, “los órganos colegiados podrán constituirse y adoptar acuerdos utilizando medios electrónicos, con respeto a los trámites esenciales establecidos en los artículos 26 y 27.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”. Este precepto (de carácter básico, según declara la Disposición final primera de dicha Ley) posibilita el uso del correo electrónico y del fax a la hora de remitir a los miembros del órgano colegiado la convocatoria y, en su caso, la información relativa a los asuntos incluidos en el orden del día.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha indeterminada la Dirección General de Universidades y Política Científica elabora un primer borrador de Decreto por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Academias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

El texto se remite, mediante escrito fechado el 24 de noviembre de 2006, a la Secretaría General de la, en aquel momento, denominada Consejería de Educación y Cultura para su tramitación, acompañado de los siguientes documentos:

a) Informe-memoria, elaborado por el centro directivo impulsor del Proyecto, que sitúa la necesidad y oportunidad de su aprobación en el contenido de la Disposición adicional

tercera de la Ley 2/2005, de 11 de marzo, de Academias de la Región de Murcia (LARM), que atribuye al Consejo de Academias (creado por el artículo 31 LARM) la elaboración de sus Estatutos, encomendando su posterior aprobación al Consejo de Gobierno a propuesta del Consejo competente en materia de educación y cultura.

b) Certificado expedido por el Secretario del Consejo de Academias de la Región de Murcia, acreditativo del informe favorable recibido por el Proyecto de Estatutos tras su consideración por el referido órgano en sesión celebrada el 26 de julio de 2006.

c) Propuesta de Acuerdo que formula el Consejero de Educación y Cultura al Consejo de Gobierno para aprobar, mediante Decreto, los Estatutos del Consejo.

d) Memoria económica firmada por el Director General de Universidades y Política Científica, que hace constar que la aprobación de los Estatutos no va a suponer incremento de coste alguno para la Administración Regional, puesto que el Consejo viene funcionando regularmente con el apoyo técnico y administrativo que le presta la Consejería de Educación y Cultura y que se cubre con los créditos que se recogen en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2006, destinados al funcionamiento ordinario de la Dirección General de Universidades y Política Científica.

**SEGUNDO.-** El 14 de diciembre de 2006, el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura informa favorablemente el Proyecto, con unas observaciones que, en parte, son incorporadas al texto.

**TERCERO.-** El borrador resultante, junto con el informe de la Vicesecretaría, se envía a la Dirección de los Servicios Jurídicos recabando su preceptivo informe, el cual es emitido el 11 de mayo de 2007, con observaciones al texto que son incorporadas en su totalidad al nuevo borrador que se elabora.

**CUARTO.-** Siguiendo lo sugerido por la Dirección de los Servicios Jurídicos, el expediente se completa con la incorporación de los siguientes documentos:

a) Nueva memoria económica, esta vez suscrita por el Jefe de Servicio de Universidades de la Dirección General de Universidades y Política Científica, en la que se hace constar que el gasto que se prevé en el artículo 6, e) del Proyecto, relativo al resarcimiento de los que tengan los miembros del Consejo por desplazamientos en la representación expresa de dicho Consejo, se cubre con los créditos que la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el año 2007, destina al funcionamiento ordinario de la Dirección General de Universidades y Política Científica.

b) Informe sobre el impacto por razón de género, en el que, tras reconocer que existe, de hecho, una desigualdad en la composición de las Academias que afecta a las mujeres, se admite que el Proyecto no prevé medida alguna de discriminación positiva por no constituir —a juicio del órgano directivo promotor del Proyecto— los Estatutos del Consejo de Academias sede apropiada para ello.

**QUINTO.-** El 19 de junio de 2007 se recibe en este Consejo Jurídico oficio de la Consejería de Educación y Cultura, solicitando la emisión de Dictamen, acompañando el expediente, extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

### PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El expediente sometido a consulta versa sobre un Proyecto de Decreto por el que se aprueban los Estatutos del Consejo de Academias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, dando cumplimiento así a lo establecido en la Disposición Final Tercera de la LARM, a cuyo tenor el Consejo de Academias, en el plazo de tres meses desde su constitución, deberá elaborar unos estatutos para su organización y funcionamiento que serán aprobados por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma, a propuesta del titular de la Consejería a la que se encuentre adscrito dicho Consejo.

Se plantea aquí si estamos ante un verdadero Reglamento de desarrollo de la LARM, es decir, si es una norma jurídica fruto de la potestad reglamentaria de la Administración regional o, por el contrario, se trata de una norma de autoorganización del Consejo de Academias. Pues bien, dada la naturaleza jurídica del Consejo, verdadero órgano consultivo de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, integrado orgánicamente en la Administración regional a través de su adscripción a la Consejería competente en materia de educación e investigación (artículo 31 LARM), se ha de concluir a favor de la primera posibilidad, es decir, estamos ante una norma de desarrollo de una ley, la de Academias de la Región de Murcia, por lo que compete al Consejo Jurídico emitir el presente Dictamen con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo.

### SEGUNDA.- Procedimiento de elaboración y competencia orgánica.

El régimen jurídico del procedimiento a seguir en la elaboración de la disposición objeto del presente Dictamen es, en cierta forma, singular, pues, en virtud de lo establecido en la Disposición final tercera LARM, la facultad de la iniciativa normativa se atribuye de forma específica al Consejo de Academias, que debe elaborar sus Estatutos y elevarlos a la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación (a la que debe entenderse adscrito en la actualidad) para que ésta lo tramite y, posteriormente, lo eleve para su aprobación al Consejo de Gobierno. A su vez la Consejería antes citada, una vez recibido el Proyecto, debe atenerse en su tramitación a lo que al respecto se prevé en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo, Ley 6/2004).

Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el citado artículo 53, si bien han de formularse las siguientes observaciones:

a) Como se señala en el informe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante, no ha quedado acreditado de forma adecuada en el expediente que el Consejo de Academias haya elaborado los Estatutos, pues el certificado que se ha incorporado sólo da fe de que han sido informados favorablemente, circunstancia que no sería suficiente para entender cumplimentado el mandato legal contenido en la Disposición Adicional Tercera LARM.

b) El trámite de audiencia y consulta a los sectores interesados, a que se refiere el número 3 del citado artículo 53, ha de considerarse prescindible en atención a lo dispuesto en la letra d) de dicho número, que así lo permite cuando las entidades interesadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración de la norma.

En el presente caso, su intervención ha sido aún más intensa, pues tales entidades (las Academias), representadas en el Consejo de Academias, han ejercido a través de éste la iniciativa normativa de que se trata.

c) El artículo 53.1 de la Ley 6/2004 exige la realización de un estudio económico de la norma que se pretenda aprobar, con referencia al coste y financiación de los nuevos servicios, si los hubiere. Sin embargo, el expediente sólo contiene una declaración de ausencia de incremento de coste. Debe recordarse que la memoria económica tiene una trascendencia mayor que la mera afirmación acerca del no incremento del gasto, ya que su finalidad es ilustrar sobre las consecuencias de la norma, permitiendo deducir el alcance del Proyecto con relación al principio de eficacia que informa con carácter esencial toda la actuación administrativa (art. 103.3 de la Constitución Española). Esta exigencia no queda atendida con el informe-memoria que figura al folio 84 del expediente, el cual, además, viene referido al ejercicio presupuestario correspondiente al año 2007. Se debe, pues, emitir dicho estudio económico con carácter previo a la elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno para su aprobación como Decreto.

d) La última observación no afecta, propiamente, al procedimiento de elaboración de la norma, aunque sí al cumplimiento en el procedimiento del obligado trámite de solicitar dictamen de este Consejo Jurídico, y más concretamente en lo que se refiere a los requisitos formales exigidos para formalizar consulta, hay que señalar que según establece el artículo 46.2, c), 1º del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, a la consulta; se ha de unir copia autorizada del proyecto de disposición de carácter general que, constituya su objeto, lo que no se ha cumplido para el que es objeto del presente Dictamen. No obstante, cabe entender que el borrador del Proyecto es el asumido implícitamente por el titular de la Consejería al remitirlo a este Órgano Consultivo solicitando su Dictamen.

Por otro lado, también se observa que en el extracto de la Secretaría General no aparece la rúbrica de su titular.

Finalmente, corresponde al Consejo de Gobierno la facultad de aprobar el Proyecto como Decreto, de conformidad con la potestad que, de forma genérica, le viene atribuida por lo dispuesto en los artículos 32.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia y 21.1, 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004 y, además, de forma específica para la materia que nos ocupa, por la Disposición final tercera de la LARM.

**TERCERA.- Competencia material y habilitación legislativa.**

El artículo 10.Uno.15 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EARM) atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre el fomento de la cultura y de la investigación científica y técnica en coordinación con el Estado, especialmente en materias de interés para la Región de Murcia. Este precepto, en los términos que el Consejo señalaba en su Dictamen 132/2004, constituye título competencial suficiente y adecuado para dar cobertura a la actividad legislativa desplegada, en su momento, por la Comunidad Autónoma mediante la promulgación de la LARM, cuyo artículo 31 crea el Consejo de Academias de la Región de Murcia, regulando los artículos 32 y 33, respectivamente, su composición y funciones. Por último, en la Disposición final tercera la LARM establece que el Consejo de Academias, en el plazo de tres meses desde su constitución, elaborará unos estatutos para su organización y funcionamiento que serán aprobados por el Consejo de

Gobierno de la Comunidad Autónoma. El Proyecto constituye, pues, un desarrollo parcial de la LARM, gozando, así, de la debida cobertura legal.

Constituido el Consejo de Academias el día 13 de julio de 2005 los Estatutos no son aprobados por el citado órgano hasta el día 26 de julio de 2006. Esta demora en cumplir el mandato legal ha sido abordada por los órganos preinformantes, planteándose la existencia de obstáculos jurídicos derivados de este incumplimiento temporal que impidieran la aprobación de los Estatutos, concluyendo la Dirección de los Servicios Jurídicos que vista la naturaleza no esencial del plazo y siendo las materias reguladas por el Proyecto de la competencia del Consejo de Gobierno, no cabe entender anulada la potestad reglamentaria. Conclusión que comparte este Consejo, al entender que el citado órgano de gobierno no se encuentra constreñido a límite temporal alguno para aprobar los Estatutos y al hacer suyo el texto propuesto por el Consejo de Academias convalida la irregularidad consistente en la extemporaneidad con la que se ha llevado a cabo la iniciativa normativa.

#### **CUARTA.- Contenido del Proyecto y sistemática.**

I. El Proyecto objeto de Dictamen tiene el siguiente contenido:

- Parte expositiva.
- Artículo Único, aprobatorio de los Estatutos del Consejo de Academias de la Región de Murcia.
- Disposición Final Única, sobre la entrada en vigor del Decreto al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia.
- Anexo, comprensivo de los citados Estatutos que, a su vez, se compone de cinco Títulos que abordan los siguientes aspectos: El primero, la naturaleza jurídicas y las funciones del Consejo de Academias; el segundo, la composición y estatuto de sus miembros; el tercero, los órganos del Consejo de Academias; el cuarto, el funcionamiento del Consejo de Academias; y, finalmente, el quinto, la reforma de los Estatutos.

II. La sistemática seguida por el Proyecto respeta, en términos generales, los criterios de técnica normativa que resultan de aplicación a tenor de lo establecido en las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 y publicadas mediante Resolución del Ministerio de la Presidencia del siguiente día 28 (de aplicación supletoria en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma por carecer de normativa propia). No obstante, cabe efectuar una observación respecto a la afirmación que se contiene en la fórmula promulgatoria de que la aprobación de los Estatutos se lleva a cabo “de acuerdo” con el Consejo Jurídico, en el sentido de que la misma sólo procederá si, efectivamente, se atienden las conclusiones del presente Dictamen; en caso contrario deberá utilizarse la fórmula “oído” el Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **QUINTA.- Observaciones concretas al contenido del Proyecto.**

I. Al Título

Debe eliminarse, por innecesaria, la referencia hecha al Consejo de Gobierno, ya que a tenor de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 7/2004, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en lo sucesivo, Ley 7/2004), “adoptarán la forma de Decreto, las disposiciones de carácter

general, así como los actos emanados de Consejo de Gobierno, para los que estuviera expresamente prevista esta forma”.

#### II. A la parte expositiva

1. En el primer párrafo de la parte expositiva se afirma que la LARM creó el Consejo de Academias, adscribiéndolo a la Consejería competente en materia de Universidades. Como dicha afirmación no cohonesta con lo que realmente se señala en el texto legal, deben hacerse las correcciones pertinentes, sin perjuicio de que se recoja el cambio de denominación sufrido en la Consejería como consecuencia de la última reorganización administrativa operada en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma.

2. Resultaría conveniente que esta parte expositiva hiciese referencia al precepto del EA que dota de competencia a la Comunidad Autónoma en materia de Academias.

#### III. A la parte dispositiva

1. La denominación legal del Consejo de Academias es “Consejo de Academias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia” (art. 31.1. LARM), a la que debe ajustarse la mención que a dicho Consejo se hace en el artículo único. Esta observación se hace extensiva a cuantas otras denominaciones que de dicho Consejo se hagan en el Proyecto.

2. No se advierten en el expediente especiales razones de urgencia que aconsejen la inmediata entrada en vigor del futuro Decreto que se establece en la Disposición final única, excepcionando así de forma injustificada la regla general sobre la *vacatio* de las normas.

#### IV. En relación con los Estatutos que figuran como Anexo del Proyecto

1. En la intitulación del artículo 3 debe eliminarse la referencia a “competencias”, puesto que el precepto sólo se refiere a las “funciones” del Consejo de Academias.

2. En el artículo 8 se prevé el régimen de sustitución para aquellos miembros titulares del Consejo de Academias que formen parte de él en su condición de representantes de las Academias, regulando la sustitución del Presidente, Vicepresidente y Secretario en los específicos artículos del Proyecto destinados a estos órganos unipersonales. Para que el título del precepto se adecue a su contenido, debe especificarse que el régimen de sustitución que contiene viene referido a esa concreta categoría de miembros o, en su defecto, añadir un segundo apartado al artículo remitiendo, en lo que a la sustitución del Presidente, Vicepresidente y Secretario se refiere, a lo que al respecto se establece en los artículos 13 y 14 del Proyecto.

3. En el artículo 10.3.g), por el que se establece como función del Pleno la designación de los miembros del Consejo que hayan de integrar las Comisiones, se debería incluir la de la creación de dichas Comisiones.

4. El apartado 3, i) del artículo 10 atribuye al Pleno una verdadera potestad sancionadora respecto de los miembros del Consejo de Academias, al reconocerle, entre sus funciones, la de “*declarar el incumplimiento de los deberes de cualquiera de los miembros del Consejo y Academias y adoptar las medidas oportunas al respecto*”. Nada hay que objetar al hecho de que el Consejo se dote en su norma reguladora de un régimen sancionador propio que permita castigar el incumplimiento de los deberes a los que legal o estatutariamente vienen obligados sus miembros, ya que ello contribuirá a lograr un adecuado funcionamiento del órgano colegiado y, por extensión, a un correcto ejercicio de las competencias atribuidas. No obstante, la posibilidad de imponer sanciones a los miembros que incumplan sus de-

beres no puede tener carácter automático y abierto; debe precisarse el alcance de dicha potestad, regulando, aunque sea mínimamente, un sistema de infracciones y sanciones.

5. El apartado 3, k) del citado artículo 10 recoge como función del Pleno la de *“adoptar los acuerdos que estime necesarios para el desarrollo y aplicación de los presentes Estatutos y cuantas otras atribuciones de la competencia del Consejo de Academias no estén legal o reglamentariamente conferidas a los demás órganos del mismo”*. Realmente bajo la apariencia de una sola función se contienen tres:

a) En primer lugar, la capacidad para adoptar acuerdos tendentes al desarrollo de los Estatutos. Tal mención, de mantenerse, ha de hacerse independientemente, en otro apartado del artículo 10, y debe concretarse en la única actuación de desarrollo que al Consejo le está permitida, esto es, la posibilidad de aprobar un Reglamento de Funcionamiento Interno del Consejo.

b) No es preciso recoger como función del Pleno del Consejo la adopción de acuerdos para la aplicación de los Estatutos, ya que dicho órgano se encuentra generalmente habilitado para ello por el primer apartado del artículo 10, al afirmar que el Pleno es el órgano superior de decisión y gobierno del Consejo de Academias.

c) El inciso final del apartado incluye una cláusula de cierre de funciones, que tiene por objeto permitir que el Pleno pueda desarrollar todas aquellas que no vengan expresamente atribuidas a otros órganos del Consejo. Esta previsión puede mantenerse, pero se sugiere modificar su redacción por la siguiente: *“Cuantas otras funciones no estén legal o reglamentariamente conferidas a los demás órganos del Consejo de Academias”*.

6. Entre las funciones del Secretario que se recogen en el artículo 14.3, se han omitido algunas de las que típicamente se atribuyen a la Secretaría de un órgano. Así, debería corresponderle la redacción y autorización de las actas, pues el Secretario ha de ser naturalmente el responsable de la redacción de aquéllas, con independencia de los medios técnicos que, a tal efecto, se puedan emplear. Por otra parte, habría de ser también función del Secretario la de citar a los miembros del Consejo, acto que hay que distinguir de aquel que tiene por objeto convocar la sesión. En efecto, la intervención del Secretario se limita a transcribir en el acto formal de la convocatoria las indicaciones recibidas del Presidente, quien asumiría con exclusividad la responsabilidad que pudiera derivarse al respecto. Sin embargo, esta decisión presidencial reflejada en la convocatoria de la sesión debe ponerse en conocimiento de cada uno de los miembros y esta atribución corresponde directamente al Secretario. Debería, pues, modificarse el precepto para atender las dos observaciones realizadas.

7. En relación con las convocatorias de las sesiones del Consejo de Academias, el artículo 17.4 establece, respecto de las ordinarias, que se podrá utilizar como medio de notificación cualquiera admitido en Derecho, siempre y cuando quede constancia de su recepción. En relación con las convocatorias extraordinarias el artículo 18.4 admite como medios válidos de notificación, además de los que se señalan para la convocatoria ordinaria, el fax o el correo electrónico.

La previsión del artículo 24.1.a) LPAC de que los miembros del órgano colegiado reciban con antelación la convocatoria de las sesiones se encuentra íntimamente relacionada con la forma en que se practique la correspondiente citación, por cuanto, a efectos de acreditar su fehaciencia, conviene que se utilice un medio que permita probar que realmente se comunicaron estos extremos al destinatario.

La exigencia de que quede constancia de la recepción de la citación, nos lleva a analizar la posibilidad de citar a través de medios telemáticos. Según establece el apartado primero de la Disposición adicional primera de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, *“los órganos colegiados podrán constituirse y adoptar acuerdos utilizando medios electrónicos, con respeto a los trámites esenciales establecidos en los artículos 26 y 27.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*. Este precepto (de carácter básico, según declara la Disposición final primera de dicha Ley) posibilita el uso del correo electrónico y del fax a la hora de remitir a los miembros del órgano colegiado la convocatoria y, en su caso, la información relativa a los asuntos incluidos en el orden del día. Ahora bien, el uso de estos sistemas de comunicación telemáticos tal como vienen previsto en el Proyecto, plantea las siguientes cuestiones:

a) El apartado 4 del artículo 17 prevé, en relación con las convocatorias ordinarias, la utilización de cualquier medio admitido en Derecho que permita tener constancia de la recepción de la comunicación. Pues bien, la comunicación telemática constituye un medio admitido en Derecho, lo que en principio nos llevaría a concluir la licitud de su utilización siempre y cuando quedara fehaciencia de la recepción. Sin embargo la interpretación sistemática del precepto nos aboca a una solución distinta, ya que el artículo 18.4 afirma para las convocatorias extraordinarias el mismo sistema que para las ordinarias, admitiendo, además, el fax y el correo electrónico, lo que *sensu contrario* implica la exclusión de estos dos medios de comunicación respecto de las convocatorias ordinarias. Nada hay que objetar a la opción del redactor del Proyecto, pero sí conviene advertir que la previsión expresa en la norma reguladora del órgano de un sistema de citación a los miembros conlleva la imposibilidad de utilizar otro diverso salvo que existiera alguna causa justificada, de manera que su respeto debe entenderse como un requisito esencial para la formación colegiada de la voluntad. Tal consecuencia, a juicio del Consejo Jurídico, significa un desaprovechamiento de las posibilidades que ofrece la técnica y admite el Ordenamiento jurídico, en orden a conseguir una simplificación de los trámites administrativos.

b) En cualquier caso, se admita la utilización de estos medios sólo para las convocatorias extraordinarias o se haga extensiva también a las ordinarias, sólo será posible emplearlos cuando se respeten las cautelas precisas para garantizar la compatibilidad entre los medios de transmisión y recepción, la existencia de medidas de seguridad tendentes a evitar la interceptación y alteración de la comunicación, la identificación fidedigna del remitente y el destinatario, la constancia de las fechas de envío y recepción, así como del contenido de la transmisión (requisitos establecidos, en el ámbito de la Administración General del Estado, por el artículo 7 del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, que cabe hacer extensivo al ámbito autonómico al carecer de regulación propia).

8. Conforme dispone el artículo 19.2 el Pleno quedará validamente constituido, en segunda convocatoria, cuando estén presentes cuatro o más miembros, incluido el Presidente y el Secretario o quienes les sustituyan. Pues bien, como quiera que el número de miembros del Pleno variará de acuerdo con el número de Academias existentes en la Región de Murcia (artículos 32.5 LARM y 5.1 del Proyecto), parece más adecuado establecer un quórum de constitución consistente en un porcentaje sobre el número de miembros, aunque estableciendo la prevención de que como mínimo deberán ser cuatro, incluidos el Presidente y el Secretario.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes



## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia tiene competencia para dictar el Decreto cuyo Proyecto ha sido sometido a este Consejo Jurídico.

**SEGUNDA.**- El procedimiento de elaboración de la norma se ha atendido a las reglas legalmente previstas, sin perjuicio de que, con carácter previo a la elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno para su aprobación como Decreto, se atiendan las observaciones contenidas en los apartados a) y c) de la Consideración Segunda, en relación con la necesidad de elaborar un estudio económico sobre la norma y de acreditar de forma adecuada que la propuesta de Estatutos ha sido elaborada por el Consejo de Academias.

**TERCERA.**- En términos generales, el Proyecto de Decreto respeta el ordenamiento jurídico; no obstante deben ser tenidas en cuenta las siguientes observaciones que se formulan con carácter esencial:

- La que se efectúa en relación con la supresión en el Título del Proyecto de la referencia hecha a que el Decreto lo es del Consejo de Gobierno (Consideración Quinta, I).
- La que se contiene en relación con la denominación en el Proyecto del Consejo de Academias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, con el fin de que se ajuste al que se prevé en la LARM (Consideración Quinta, III, 1).
- La que se indica sobre el contenido del artículo 10.3,i), en la medida que viene a atribuir al Pleno del Consejo de Academias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, una potestad sancionadora (Consideración Quinta, IV, 5).

**CUARTA.**- El resto de observaciones podrían contribuir a la mejora del texto.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 56/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 18/03/08**

### **Extracto de Doctrina**

*NOTA: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 18/2008.*

**DICTAMEN 57/08.- Proyecto de Decreto por el que se establece el Currículo de las Enseñanzas Profesionales de Música para la Región de Murcia.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 31/03/08**

**Extracto de Doctrina**

*En la relación Ley-reglamento ejecutivo es ya clásica, entre la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la tesis que, expresada en palabras de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este último, sostiene que las normas reglamentarias de desarrollo de un texto legal no pueden, en ningún caso, limitar los derechos, las facultades ni las posibilidades de actuación contenidas en la Ley misma (sentencias, entre otras, de 5 y 14 de mayo, 6 de julio de 1972 y 19 de junio de 1967, etc.), dado que de acuerdo con su naturaleza deben limitarse a establecer las reglas o normas precisas para la explicitación, aclaración y puesta en práctica de los preceptos de la Ley, pero no contener mandatos normativos nuevos y más restrictivos de los contenidos en el texto legal; tesis ya mantenida en la Sentencia de la Sala de 23 de junio de 1970, y que aquí se reitera. El reglamento, en aquellos aspectos normativos que exceden del ámbito interno de la organización administrativa, es instrumento de ejecución de la Ley, un complemento indispensable, que facilita y posibilita su ejecución, no una norma autónoma que pueda prevalecer, suplir o sustituir a aquélla.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha indeterminada, la Dirección General de Formación Profesional e Innovación Educativa elabora un primer borrador de Decreto por el que se establece el currículo de las enseñanzas profesionales de música para la Región de Murcia.

El Anteproyecto se acompaña de la siguiente documentación:

a) Informe-memoria expresivo de los antecedentes y objetivos perseguidos con la aprobación de la futura norma, de su fundamento competencial y de su naturaleza ejecutiva respecto de la legislación básica estatal.

b) Informe sobre impacto por razón de género, según el cual el Proyecto no contiene disposición alguna que facilite situaciones de discriminación por razón de género que afecte a los derechos e intereses legítimos de los miembros de la comunidad educativa.

c) Estudio económico, que valora el coste de implantación de cada una de las especialidades instrumentales de nueva creación, calculado por referencia a un grupo de 5 alumnos por especialidad y en un horizonte temporal para la implantación de seis cursos académicos, conforme al siguiente detalle:

- Bajo eléctrico o guitarra eléctrica: 536.653 euros.
- Cante flamenco o guitarra flamenca: 600.552 euros.
- Viola da Gamba: 600.296 euros.
- Instrumentos de cuerda pulsada: 549.984 euros.

d) Propuesta del Director General de Formación Profesional e Innovación Educativa al entonces Consejero de Educación y Cultura, para que eleve al Consejo de Gobierno el texto del Proyecto a fin de ser aprobado como Decreto.

e) Orden del Consejero consultante por la que se dispone la elevación del texto al Consejo de Gobierno para su aprobación como Decreto.

**SEGUNDO.-** Con fecha 9 de julio de 2007, se emite informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, que formula diversas observaciones tanto de técnica normativa como de contenido, que serán asumidas e incorporadas al texto.

Resultado de las observaciones del Servicio Jurídico es la elaboración de un segundo borrador que también consta en el expediente.

**TERCERO.-** Solicitado el preceptivo informe del Consejo Escolar de la Región de Murcia, se aprueba en sesión de fecha 6 de septiembre de 2007, en sentido favorable al texto, si bien realiza diversas observaciones que sólo parcialmente serán incorporadas al Proyecto. La justificación del rechazo a las que no lo son es el objeto del informe de la Dirección General de Ordenación Académica, que consta al folio 364 del expediente.

**CUARTO.-** Con fecha 25 de septiembre de 2007, la Directora General de Ordenación Académica justifica la urgencia de la tramitación del expediente en la necesidad de implantar las enseñanzas reguladas por el Proyecto en el referido curso, para cumplir así con el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo, establecida por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), conforme al Real Decreto 806/2006, de 30 de junio, que aprueba dicho calendario.

**QUINTO.-** Con fecha 1 de octubre de 2007, se emite informe de la Vicesecretaría de la Consejería impulsora del Proyecto.

**SEXTO.-** Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite con fecha 6 de noviembre de 2007, en sentido favorable al Proyecto, formulando diversas observaciones.

La justificación del rechazo de las que no han sido incorporadas al texto se contiene en informe de la Directora General de Ordenación Académica, de 29 de noviembre de 2007.

La asunción del resto de sugerencias da como resultado la elaboración de un nuevo texto, el definitivo, que consta en el expediente autorizado como tal, mediante diligencia del Secretario General de la Consejería consultante.

En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 10 de diciembre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter y plazo de emisión del Dictamen.

1. El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

En el Proyecto sometido a consulta concurren las notas que lo caracterizan como reglamento ejecutivo de la legislación básica estatal, dado que el objeto de la norma proyectada es el establecimiento del currículo de las enseñanzas profesionales de música en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, cumpliendo con ello el mandato establecido por el artículo 6.4 en relación con el 46.1 LOE. Nos encontramos, pues, con un reglamento fruto de un expreso mandato de regulación contenido en la norma básica, carácter que corresponde a la LOE en virtud de su Disposición Final Quinta.

Cabe, en definitiva, considerar el texto sometido a consulta como desarrollo de legislación básica estatal y el Dictamen solicitado como preceptivo.

2. Se ha pedido por la Consejería consultante la tramitación de urgencia en la emisión del presente Dictamen, para que se despache en el plazo de 15 días recogido por el artículo 10.5 LCJ, ruego que no es atendido, toda vez que cuando la consulta tiene entrada en el Consejo, el 10 de diciembre de 2007, el curso académico ya había empezado, lo que dejaba huérfana de fundamento la tramitación urgente, pues ésta se basaba en la obligación de implantar las enseñanzas objeto de regulación en el curso 2007-2008, medida que resultaba de imposible cumplimiento aun emitiéndose el Dictamen en el breve plazo de 15 días, pues para entonces el curso académico habría consumido ya una tercera parte de su extensión. Debe considerarse al respecto que la implantación efectiva de las enseñanzas objeto del Proyecto no se consigue con la mera aprobación y entrada en vigor del futuro Decreto, sino que son precisas nuevas actuaciones, tanto de la propia Consejería como de los centros educativos, para posibilitar su puesta en marcha, adquiriendo singular relevancia entre estas últimas las programaciones didácticas que concreten las enseñanzas definidas por el currículo.

Debe destacarse que las razones de urgencia sí podían apreciarse al momento de comenzar la elaboración interna del Proyecto, a finales de junio del 2007, fecha ya de por sí muy tardía para iniciar el procedimiento de elaboración reglamentaria, cuando la normativa básica que establecía la obligación de implantar las enseñanzas en el curso 2007-2008 data de junio de 2006 y el Real Decreto que fija los aspectos básicos del currículo es el número 1577/2006, de 22 de diciembre.

#### **SEGUNDA.- Competencia material y habilitación normativa.**

1. El Proyecto tiene un objeto plural, en la medida en que no se limita a fijar el currículo correspondiente a las enseñanzas profesionales de música, sino que, más allá, pretende ordenarlas, es decir, establecer sus características y organización, regulando aspectos relativos al ingreso en aquéllas, a la autonomía pedagógica y organizativa de los centros que las imparten y a la implantación de las enseñanzas.

Puede afirmarse, de principio, que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia cuenta con competencia suficiente para normar acerca de dichos extremos, al amparo del artículo 16 del Estatuto de Autonomía (EAMU), que le atribuye la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución y las leyes orgánicas que lo desarrollen.

Entre estas leyes orgánicas, la LOE dedica el Capítulo VI de su Título I a las enseñanzas artísticas, de la que forman parte las enseñanzas profesionales de música (art. 45.2, letra b, LOE), remitiendo de forma expresa la definición de su currículo a lo establecido en el artículo 6 de la misma Ley Orgánica (art. 46.1).

Como ya se adelantó en la Consideración Primera de este Dictamen, de conformidad con el artículo 6.4 LOE, las Administraciones educativas establecerán el currículo de las enseñanzas, del que formarán parte los aspectos básicos del mismo que, con la finalidad de asegurar una formación común y garantizar la validez de los títulos correspondientes, constituyen las enseñanzas mínimas, cuya fijación queda reservada al Estado (art. 6.2).

El artículo 47 LOE, en sus apartados 1 y 2, dispone que las Administraciones educativas facilitarán al alumnado la posibilidad de cursar simultáneamente las enseñanzas artísticas profesionales y la educación secundaria, para lo que se podrán adoptar las oportunas medidas de organización y ordenación académica que incluirán, entre otras, las convalidaciones y la creación de centros integrados.

En cuanto al acceso a las enseñanzas, el artículo 49 LOE deja a las Administraciones educativas la regulación y organización de la prueba específica de acceso, previendo expresamente la posibilidad de acceder a los diferentes cursos sin haber superado los anteriores, mediante la demostración de los conocimientos necesarios en una prueba específica.

En desarrollo de las previsiones de la LOE, el Real Decreto 1577/2006, de 22 de diciembre, por el que se fijan los aspectos básicos del currículo de la enseñanzas profesionales de Música, establece las enseñanzas mínimas, efectuando numerosas remisiones a la actuación normativa de las Administraciones educativas, como las siguientes:

— Artículo 5.3 y 4.- Establecer el currículo de las enseñanzas profesionales de música. Al hacerlo, las Administraciones educativas fomentarán la autonomía pedagógica y organizativa de los centros, favorecerán el trabajo en equipo de los profesores y estimularán su actividad investigadora a partir de la práctica docente.

— Artículo 6.2 y 3.- Determinar los cursos en los que se deban impartir las asignaturas en que se organiza el currículo, pudiendo añadir otras distintas de las establecidas con carácter básico. Asimismo, las Administraciones educativas podrán potenciar en sus currículos distintos perfiles dentro de cada especialidad en los dos últimos cursos.

— Artículo 7.- Regular y organizar las pruebas de acceso a las enseñanzas.

— Artículo 10.- Regular los procesos de matriculación del alumnado y las condiciones para la matriculación excepcional en más de un curso.

— Artículo 11.5.- Regular las condiciones para que los centros organicen las oportunas pruebas extraordinarias con el fin de facilitar a los alumnos la recuperación de las asignaturas con evaluación negativa.

— Artículo 13.2.- Establecer las condiciones para, de forma excepcional, ampliar en un año el límite de permanencia en las enseñanzas.

— Artículo 16.3 y 5.- Establecer el procedimiento de solicitud y registro del libro de calificaciones y determinar cómo ha de cumplimentarse la diligencia de traslado de expediente cuando el centro de origen sea privado.

— Artículo 18.- Determinar la forma de supervisar el procedimiento de cumplimentación y custodia de los documentos de evaluación.

— Artículo 20.- Establecer, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 47 LOE, convalidaciones cuando éstas afecten a las materias optativas de educación secundaria obligatoria

y de bachillerato, y regular adaptaciones de los currículos encaminadas a facilitar la simultaneidad de las enseñanzas de régimen especial y general.

— Disposición adicional segunda.- Concretar el porcentaje que la nota media obtenida en el conjunto de las enseñanzas profesionales de música supondrá en la calificación de la prueba de acceso a las enseñanzas superiores de música.

— Disposición adicional cuarta.- Determinar las condiciones en las que el alumno con una sola asignatura pendiente del plan de estudios anterior pueda superarla.

Estas previsiones de regulación autonómica son acordes, asimismo, con la Disposición final sexta de la referida Ley, según la cual sus normas podrán ser desarrolladas por las Comunidades Autónomas, a excepción de las relativas a aquellas materias cuya regulación se encomienda por la misma al Gobierno de la Nación o que corresponden al Estado conforme a lo establecido en la Disposición adicional primera, 2, de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación (en adelante LODE), es decir: la ordenación general del sistema educativo; la programación general de la enseñanza; la fijación de las enseñanzas mínimas y de las condiciones para la obtención, expedición y homologación de títulos; la Alta Inspección; y las demás facultades que, conforme al artículo 149.1,30ª CE, corresponden al Estado para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos.

2. El ejercicio de la competencia corresponde al Consejo de Gobierno en virtud de sus funciones estatutarias (artículo 32 EAMU) y legales (artículos 21.1, 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, en adelante Ley 6/2004).

### **TERCERA.- Procedimiento de elaboración.**

Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, si bien el trámite consistente en la preceptiva memoria que justifique la oportunidad del Proyecto y que incluya la motivación técnica y jurídica de las concretas determinaciones normativas propuestas, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, no puede entenderse cumplimentado con la escueta fundamentación contenida en el informe-memoria que obra en el expediente.

Tampoco contiene el expediente una relación de las disposiciones cuya vigencia quedará afectada por la entrada en vigor de la nueva norma, si bien la Disposición derogatoria del Proyecto ofrece información suficiente sobre la incidencia que la inserción de la nueva norma tendrá en el conjunto del ordenamiento.

### **CUARTA.- Texto sometido a consulta.**

El texto que figura como definitivo en el expediente consta de una parte expositiva innominada, 23 artículos divididos en 7 capítulos (I, *disposiciones de carácter general*; II, *del currículo*; III, *del acceso a las enseñanzas*; IV, *de la evaluación, la promoción y la permanencia*; V, *de los documentos de evaluación*; VI, *correspondencia con otras enseñanzas*; y VII, *autonomía pedagógica y organizativa de los centros*), cuatro Disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y una final, así como 4 Anexos.

La titulación de los Capítulos VI y VII debería completarse con la adición de la expresión introductoria “de la”.

**QUINTA.- La reproducción en el currículo de las enseñanzas mínimas.**

Dadas las referencias ya contenidas en el expediente, singularmente en el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, no parece necesario reproducir aquí la consolidada doctrina de este Consejo Jurídico (por todos, Dictámenes 23/1998, 48 y 101/2003), deudora de la del Consejo de Estado (entre otros, Dictamen 50.261, de 10 de marzo de 1988), que pone de manifiesto los riesgos de utilizar la técnica de la “*lex repetita*” para incorporar contenidos normativos básicos al ordenamiento regional y las medidas a adoptar para minimizarlos.

En síntesis, se trata de la conveniencia de advertir en el texto reglamentario regional cuáles de sus contenidos tienen un origen legal o básico, y que la transcripción de las referidas normas estatales ha de hacerse de forma literal, sugerencia no asumida hasta ahora por la Dirección General promotora del Proyecto (a modo de ejemplo, los artículos 11.5 y 15.4 del Proyecto reproducen preceptos básicos, omitiendo cualquier información acerca de su origen estatal). Sí ha de prestarse especial atención a la peculiar naturaleza del conjunto normativo en que se insertará el futuro Decreto y a la incidencia de aquélla sobre los límites para el ejercicio de la potestad reglamentaria por la Administración regional, en orden a la aprobación del currículo.

La Exposición de Motivos de la LOE afirma que la definición y organización del currículo constituye uno de los elementos centrales del sistema educativo, definiéndolo como el “*conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación de cada una de las enseñanzas*” (artículo 6.1 LOE). Constituye, en definitiva, el instrumento normativo para perfilar las líneas esenciales que configuran cada enseñanza, posibilitando su adaptación a la realidad social de cada Comunidad Autónoma, mediante la atribución de su establecimiento a las respectivas Administraciones educativas.

La necesidad de reducir las diferencias regionales a una mínima unidad, que dote de homogeneidad al sistema educativo, asegurando tanto una formación común a todos los ciudadanos, independientemente de la Comunidad Autónoma en la que hayan recibido las enseñanzas, como la validez en todo el territorio nacional de los títulos expedidos por las Administraciones autonómicas, determina la reserva al Gobierno de la Nación de la competencia para fijar los elementos básicos del currículo, en relación con los objetivos, competencias básicas, contenidos y criterios de evaluación (artículo 6.2 LOE). Tales elementos básicos, que constituyen las enseñanzas mínimas de cada enseñanza, “*formarán parte*” (artículo 6.4 LOE) de los currículos aprobados por las Administraciones educativas que, a su vez, serán desarrollados y completados por los centros docentes en uso de su autonomía.

En esta materia, por tanto, las relaciones entre el ordenamiento estatal y el autonómico no se rigen únicamente por las generales del modelo binómico “*bases más desarrollo*”, que permiten a la Comunidad Autónoma el desarrollo normativo de las bases estatales con el límite sustancial de su no contradicción. En la fijación del currículo, a ese condicionante de corte negativo, se añade otro de sesgo positivo, cual es la preceptiva inclusión de las enseñanzas mínimas estatales en la norma que las desarrolla, como garantía reforzada de respeto, en la medida en que han de ser asumidas e incluidas como contenido propio, formando parte integrante de la norma autonómica.

Ya en el Dictamen 160/2002 calificamos los reales decretos aprobatorios de los elementos básicos del currículo como normas de mínimos, en la medida en que establecen ese mínimo común denominador propio de toda norma básica, que ofrece un cimiento único sobre el que construir las diversas regulaciones autonómicas adaptadas a la realidad regio-

nal correspondiente. En consecuencia, el Consejo Jurídico no encuentra obstáculo en que las enseñanzas mínimas sean completadas y desarrolladas por la Comunidad Autónoma, mediante el establecimiento de prescripciones no previstas en aquéllas, es decir, ampliando los contenidos, objetivos o finalidades de cada enseñanza, aunque siempre con el límite de su compatibilidad material y complementariedad respecto a los establecidos por las enseñanzas mínimas.

Ahora bien, dado que deben formar parte, necesariamente, de los currículos, lo que no puede admitirse es la omisión en éstos de algún elemento de dichas enseñanzas mínimas. Y esto es lo que ocurre en el Proyecto sometido a consulta, cuyo Anexo III, al establecer el currículo de cada una de las asignaturas en que se organizan las enseñanzas, no incluye los aspectos básicos en su integridad. Así, a modo de ejemplo, en la asignatura “idiomas aplicados al canto”, se omite uno de los objetivos fijados por las enseñanzas mínimas, como es el de “*comprender todo tipo de mensajes orales o escritos en cualquiera de las lenguas del repertorio*”, así como un criterio de evaluación, el de “*transcribir y comentar fonéticamente textos de partituras estudiadas*”.

Del mismo modo, el mandato legal básico de que las enseñanzas mínimas formen parte de los currículos, refuerza la necesidad de que los contenidos normativos trasladados de la legislación estatal a la regional lo sean en su literalidad, evitando cualquier alteración o matización que, por definición, repugna al concepto de enseñanza mínima, en la medida en que su función de garantía esencial para la unidad del sistema educativo podría verse afectada. En este sentido, por ejemplo, parece más exigente “*estudiar las obras correspondientes al repertorio programado*” (criterio de evaluación básico de la asignatura “Conjunto”), que estudiar sólo “*la parte correspondiente de las obras del repertorio programado*” (criterio de evaluación de la misma asignatura según el Proyecto).

En consecuencia, debe efectuarse una revisión general del Anexo III del Proyecto, en orden a corregir las omisiones y alteraciones que, en la incorporación de las enseñanzas mínimas, se hayan podido producir.

#### **SEXTA.- Observaciones al texto.**

— A la parte expositiva.

Según su tercer párrafo, el Proyecto desarrolla el currículo de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 5.3, 5.4 y 6.3 RD 1577/2006, cuando lo cierto es que la referencia básica viene constituida no sólo por los apartados indicados, sino por el conjunto de los artículos 5 y 6 del reglamento estatal, que integran su Capítulo II, denominado “Del currículo”.

— A la fórmula promulgatoria.

La referencia a los informes y consultas efectuados en la elaboración del Proyecto, como el del Consejo Escolar de la Región de Murcia, debe consignarse en párrafo independiente de la fórmula promulgatoria, en la cual únicamente debe figurar la indicación del presente Dictamen, para expresar si la norma se ajusta al mismo o se separa de él (Directrices 13 y 16 de la técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005).

— Artículo 2. Finalidad y organización.

Cuando se cite una norma por primera vez en la parte dispositiva debe hacerse de forma extensa, con indicación del tipo de norma, número, fecha y nombre completo. En este sen-



tido, se advierte la omisión del último elemento en la cita del RD 1577/2006 (Directrices 73 y 80, de las de técnica normativa).

— Artículo 3. Objetivos de las enseñanzas profesionales de música.

a) En el párrafo introductorio del apartado 1, debe incluirse el término “educativo” tras la palabra sistema, para adecuarlo al texto de la norma básica que se incorpora al Proyecto.

b) En el apartado 1, letra g), donde dice “integrante el patrimonio histórico”, debe decir “integrante del patrimonio histórico”.

— Artículo 7. Perfiles formativos.

El apartado 5 dispone que la Consejería competente en materia de educación regulará el procedimiento de autorización de las asignaturas optativas. Esta previsión motivó una consideración de la Dirección de los Servicios Jurídicos para advertir acerca de la limitación de las potestades normativas de los Consejeros, al amparo de los artículos 52 de la Ley 6/2004 y 25 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

La doctrina del Consejo Jurídico en relación con la potestad normativa de los titulares de los Departamentos en que se organiza la Administración regional es suficientemente conocida por la Consejería consultante (por todos, Dictamen 65<sup>1</sup>/2005) y no parece necesario reproducirla aquí. Baste ahora recordar que el artículo 52.1 de la Ley 6/2004, refiere la potestad reglamentaria de los Consejeros a las materias de ámbito organizativo interno de la Consejería, mientras que su artículo 38 reitera dicho ámbito material aunque omitiendo el término “organizativo”.

La ley regional limita ampliamente la potestad reglamentaria de los Consejeros, refiriéndola en exclusiva a la esfera organizativa interna. Por ello, la primera consecuencia será que las órdenes emanadas de los Consejeros no podrán tener efectos “*ad extra*”, para reglar las relaciones de los ciudadanos en general, regulando el ejercicio de sus derechos o imponiéndoles obligaciones. Respecto a los reglamentos domésticos, a su vez la jurisprudencia distingue dos ámbitos, el puramente organizativo y el de las relaciones de sujeción especial, distinción que parece evocar la terminología utilizada por la Ley 6/2004, aunque refiriéndose únicamente al primero, respecto del cual no hay duda en afirmar la potestad reglamentaria del Consejero.

Respecto de las relaciones de sujeción especial, la redacción del artículo 52.1 únicamente podría amparar la regulación de aquéllas por los Consejeros si se acoge la acepción más estricta de relación de sujeción especial, es decir, la que, por su intensidad y duración, supone la efectiva integración de los sujetos afectados en la organización administrativa misma, constituyendo relaciones de superioridad y dependencia, que comportan un tratamiento especial de la libertad, de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, y que es necesario regular para garantizar la eficacia y el adecuado funcionamiento de la Administración. Sólo así es posible reconducir la regulación de las relaciones de sujeción especial al ámbito estrictamente organizativo interno de cada Consejería, al que la Ley 6/2004 limita la habilitación reglamentaria del titular de aquélla.

---

1 Por error se hizo constar en el original el 62/2005.

A la luz de tales consideraciones, si la previsión contenida en el artículo 7.5 del Proyecto se refiere a la definición y configuración de nuevas asignaturas optativas, para lo que la Administración regional viene habilitada por el artículo 6.2 RD 1577/2006, debe recordarse que ya en nuestro Dictamen 108/2007, relativo al currículo de la Educación Secundaria Obligatoria, negamos que el Consejero competente en materia de educación gozara de potestad reglamentaria para su regulación, en la medida en que *“afecta de forma sustancial al contenido de la etapa, pues la oferta de unas materias u otras, su currículo y las posibilidades que los alumnos tengan de cursarlas o no serán determinantes de la formación que puedan obtener durante el desarrollo de la etapa, sin que conste en el expediente justificación alguna que aconseje la regulación de tales extremos por Orden departamental, excluyendo tales contenidos del Proyecto sometido a consulta, el cual, sistemáticamente, cabe considerar como la ubicación más adecuada para ellos. Por tanto, procede concluir que, aun encontrándonos en el ámbito de una clásica relación especial de sujeción como la que une a los alumnos con la Administración educativa, en aplicación del criterio más arriba expresado, no se advierten motivaciones de eficacia y de garantía del adecuado funcionamiento de la Administración que justifiquen la regulación de la oferta de materias optativas por Orden departamental”*.

Ahora bien, si lo que pretende el apartado objeto de consideración es indicar que el Consejero establecerá el procedimiento para que un centro docente pueda llegar a impartir una determinada optativa, previamente definida y regulada, entonces cabría calificar dicha medida como meramente doméstica, en atención a su naturaleza estrictamente procedimental y al hecho de que los efectos de la regulación incidirán únicamente sobre la relación que une a los centros docentes con la Administración educativa.

En esta interpretación, por tanto, el Consejero sí ostentaría potestad reglamentaria para dictar la regulación, si bien, la previsión contenida en el Proyecto sería innecesaria, toda vez que las facultades normativas del Consejero le vendrían atribuidas directamente por la Ley 6/2004, que no precisaría en este extremo del complemento reglamentario, el cual, a su vez, tiene vedado atribuir potestades normativas, atendida la reserva de rango legal que, a tal efecto, establece el artículo 52.1 de la Ley 6/2004.

En consecuencia, sea cual sea la intención normativa, sería procedente suprimir la previsión.

— Artículo 9. Recital fin de grado.

El contenido del precepto debería trasladarse al artículo 14 del Proyecto, en el que se prevén los efectos académicos de dicho recital, en la medida en que será tenido en cuenta para la evaluación de los alumnos.

— Artículo 10. Acceso a las enseñanzas profesionales de música.

El apartado 3 establece una edad mínima para acceder a las enseñanzas en las especialidades de Cante Flamenco y Canto, en atención al desarrollo fisiológico del aparato fonador. Sin embargo, la norma básica no establece dicha edad mínima, como tampoco lo hacen el resto de ordenamientos autonómicos.

Considera el Consejo Jurídico que no procede establecer tal limitación de edad, pues de hacerlo el Proyecto, que lo es de reglamento ejecutivo, incumpliría la función de complemento indispensable de la regulación objeto de desarrollo que le es propia. En la relación Ley-reglamento ejecutivo es ya clásica, entre la doctrina científica y la jurisprudencia del

Tribunal Supremo, la tesis que, expresada en palabras de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de este último, sostiene que *“las normas reglamentarias de desarrollo de un texto legal no pueden, en ningún caso, limitar los derechos, las facultades ni las posibilidades de actuación contenidas en la Ley misma (sentencias, entre otras, de 5 y 14 de mayo, 6 de julio de 1972 y 19 de junio de 1967, etc.), dado que de acuerdo con su naturaleza deben limitarse a establecer las reglas o normas precisas para la explicitación, aclaración y puesta en práctica de los preceptos de la Ley, pero no contener mandatos normativos nuevos y más restrictivos de los contenidos en el texto legal; tesis ya mantenida en la Sentencia de la Sala de 23 de junio de 1970, y que aquí se reitera”*. El reglamento, en aquellos aspectos normativos que exceden del ámbito interno de la organización administrativa, es instrumento de ejecución de la Ley, un “complemento indispensable”, que facilita y posibilita su ejecución, no una norma autónoma que pueda prevalecer, suplir o sustituir a aquélla.

En el supuesto objeto de examen, ni la LOE ni el RD 1577/2006 establecen una edad mínima para acceder a las enseñanzas, siendo el Proyecto desarrollo de ambas disposiciones, respecto de las cuales cabe predicar su condición de “complemento indispensable”, en la medida en que sólo previa su precisión y concreción en el ámbito regional, la norma básica desplegará plenamente sus efectos y cumplirá la función constitucional que le es propia. En consecuencia, si la Ley o la norma básica que es objeto de desarrollo, no establecen una restricción por razón de edad en el acceso a las enseñanzas profesionales de música, la previsión reglamentaria de limitar dicho acceso, no es una mera explicitación o aclaración de aquéllas sino que, antes bien, constituye un nuevo mandato normativo más restrictivo, que debe ser rechazado.

Procede en consecuencia eliminar dicha restricción.

Adviértase que ello no supone desechar los razonables argumentos contenidos en el expediente para justificar la limitación de edad, atendida la necesidad de contar con una voz de adulto, no infantil, para seguir las enseñanzas. Y es que el adecuado u óptimo desarrollo del aparato fonador podrá ser apreciado en la prueba de acceso, en la cual, de conformidad con el artículo 7 RD 1577/2006, se valorará, entre otros aspectos, la madurez y las aptitudes para cursar con aprovechamiento las enseñanzas profesionales de música.

— Artículo 12. Tribunales de las pruebas.

En el apartado 4 debe reemplazarse la expresión “en el punto anterior” por “en el apartado anterior”.

El apartado contempla la posibilidad de no poder constituir un tribunal único por especialidad en cada centro, atendida la incompatibilidad indicada en el apartado 3 entre las condiciones de preparador de aspirantes al acceso y miembro de tribunal.

Nada hay que objetar a dicha previsión, que persigue garantizar la objetividad en la valoración de la prueba. Sin embargo, llama la atención que únicamente se regule la indicada circunstancia respecto de la prueba de acceso a primero y no en la de acceso a otros cursos, cuando en este último caso las dificultades para la constitución del tribunal parece que habrán de ser mayores, toda vez que el número de miembros pasa de 3 a 5.

— Artículo 13. Matriculación.

Tanto la norma básica como el Proyecto prevén de forma expresa la posibilidad de matriculación en distintas especialidades, así como que las asignaturas comunes de dichas especialidades se cursarán sólo en una de ellas. La calificación obtenida en estas asignaturas

será válida para todas las especialidades. Sin embargo, el artículo 13.1 del Proyecto dispone que la calificación obtenida en las asignaturas comunes será válida “*para la otra especialidad*”, como si sólo se pudieran cursar un máximo de dos especialidades.

Procede, en consecuencia, adecuar la redacción del Proyecto a la norma básica (art. 10.2 RD 1577/2006).

— Artículo 21. Correspondencia entre enseñanzas profesionales de música y enseñanzas de la educación secundaria obligatoria y de bachillerato.

El precepto no hace sino una genérica previsión de medidas organizativas que ningún valor normativo aportan a lo ya establecido por los artículos 47 LOE y 20 RD 1577/2006, por lo que, o bien se pergeñan ya en el Proyecto esas medidas organizativas y de ordenación académica, que meramente se anuncian en el artículo, o se suprime el precepto, pues en nada innova el ordenamiento jurídico, siendo menos expresivo, incluso, que las normas que se pretenden desarrollar.

— Artículo 22. Autonomía pedagógica y organizativa de los centros.

a) De los siete apartados en que se divide el artículo, sólo dos —el 4 y el 7— contienen normas que no son reproducción de otras básicas. El resto, para incorporar la regulación estatal, utilizan una reprobable técnica de espiguelo, consistente en tomar del precepto básico sólo una parte, despreciando el resto. Adviértase que, con este proceder, se potencian los riesgos derivados de la técnica “*lex repetita*” (ya expuestos en consideraciones precedentes de este Dictamen) y no se alcanza el objetivo que constituye su principal fundamento, como es el de conseguir reunir en una sola disposición la regulación estatal y regional aplicable.

b) El apartado 6 reproduce el artículo 125 LOE, si bien suprime la referencia al currículo como contenido necesario de la programación general anual del centro, lo que debe corregirse.

— Disposición adicional cuarta.

En el título de la disposición debe sustituirse la “a” por “para”.

— Disposición derogatoria única.

Como indicamos en nuestro Dictamen 46/2008, sobre el Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo de las enseñanzas elementales de música, la norma que se pretende derogar —Orden de 4 de mayo de 2001, de la Consejería de Educación y Universidades, de modificación puntual de la Orden de 28 de agosto de 2002, del Ministerio de Educación y Ciencia por la que se establece el currículo de los grados elemental y medio de las enseñanzas de música y se regula el acceso a dichos grados—, a diferencia de la Orden ministerial, afecta exclusivamente a enseñanzas de grado medio, por lo que resulta innecesaria la precisión “*en lo relativo al grado medio de las enseñanzas de Música*”.

— Disposición final única. Entrada en vigor.

La entrada en vigor de la futura norma debería acomodarse a la irregular situación originada por la no implantación de las enseñanzas en el momento establecido por la norma básica, demorando el comienzo de la vigencia del Decreto hasta el comienzo del próximo curso académico, en el que habrán de implantarse todos los cursos de las enseñanzas profesionales de música, tanto los cuatro primeros que debieron comenzar en el presente curso

académico, como 5º y 6º que habrán de implantarse en el curso 2008-2009 (artículo 21.1 y 2 RD 806/2006).

De no hacerlo así y disponer la inmediata entrada en vigor del nuevo Decreto, puede generarse confusión por el juego de la Disposición transitoria del Proyecto, que remite, sin matización alguna, el calendario de implantación de las enseñanzas al establecido con carácter básico, según el cual, como se ha dicho, los cuatro primeros niveles ya debían estar cursándose.

— Anexo I. Distribución de asignaturas por curso y especialidad y tiempos lectivos de las enseñanzas profesionales de música.

De conformidad con el artículo 6.3 LOE, los contenidos básicos de las enseñanzas mínimas requerirán el 65% de los horarios escolares, estableciendo el Anexo II RD 85/2007 el horario escolar mínimo por asignaturas y grado. Sin embargo, el criterio para la asignación de tiempos lectivos utilizado por el Anexo I del Proyecto atiende a horas semanales por asignatura en cada especialidad y curso, determinando términos de comparación heterogéneos entre la norma básica y su desarrollo regional, que impiden conocer con exactitud si la distribución de tiempos lectivos efectuada por el Proyecto respeta los porcentajes y horas establecidos por el artículo 6.3 LOE y las enseñanzas mínimas.

Por ello, el Consejo Jurídico considera procedente que, por la Consejería consultante y antes de la elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno, se incorpore al expediente un documento que certifique el cumplimiento de la normativa básica en este singular extremo.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar la norma sometida a consulta, correspondiendo al Consejo de Gobierno su aprobación como Decreto.

**SEGUNDA.**- La tramitación del Proyecto se ha ajustado a las normas que disciplinan el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de las carencias puestas de manifiesto en la Consideración Tercera de este Dictamen.

**TERCERA.**- Tienen carácter esencial las siguientes observaciones:

— La relativa a la necesidad de corregir las omisiones y alteraciones que, en la incorporación de las enseñanzas mínimas al currículo contenido en el Anexo III del Proyecto, se hayan podido producir, de conformidad con lo expresado en la Consideración Quinta de este Dictamen.

— La efectuada al artículo 10, en relación con el establecimiento de una edad mínima para acceder a las enseñanzas en las especialidades de Canto y Cante Flamenco, según lo indicado en la Consideración Sexta de este Dictamen.

**CUARTA.**- El resto de observaciones, de incorporarse al texto del Proyecto, contribuirían a su mayor perfección técnica y mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 58/08.- Proyecto de Decreto por el que se regula el procedimiento para acreditar la deducción autonómica en el Impuesto sobre las Personas Físicas por inversiones en dispositivos domésticos de ahorro de agua.**

**Consultante: Consejera de Hacienda y Administración Pública (2007)**

**Fecha: 31/03/08**

**Extracto de Doctrina**

*La redacción de sus preceptos sería mejorable desde el punto de vista habilitante, que es dar “la máxima facilidad al contribuyente”. En el concepto de facilidad cabe incluir sin especial esfuerzo los elementos que proporcionen seguridad a la actuación del contribuyente.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 18 de enero de 2008 el Director General de Tributos remitió al Secretario General de la Consejería consultante el Proyecto de Decreto referenciado, al que unió una Memoria de oportunidad y otra denominada jurídica. En la primera se concluye indicando que la regulación propuesta es respetuosa con los límites competenciales autonómicos y con la Ley regional 12/2006, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social para el año 2007 (en adelante Ley 12/2006), de la que trae causa. La Memoria jurídica, después de describir el contenido del Proyecto, informa sobre su impacto económico, que se estima en 4.900 euros de coste de gestión administrativa, financiados con cargo a los recursos económicos del Ente Público del Agua. Consta también un informe de impacto por razón de género según el cual no se deducen del Proyecto elementos de discriminación.

**SEGUNDO.-** El Servicio Jurídico de la Secretaría General emitió informe el 21 de enero de 2008, recogiendo observaciones sobre el procedimiento. De esa misma fecha es el informe de la Vicesecretaría, suscrito por el Jefe del Servicio Jurídico por vacancia de aquella y en virtud de la Resolución de 7 de enero de 2008 del Secretario General.

**TERCERO.-** Solicitado informe al Consejo Económico y Social (CES), fue emitido el 14 de febrero de 2008. En la conclusión lamenta el retraso con que se ha sometido a dictamen el Proyecto de Decreto, demora que pudiera impedir a algunos contribuyentes acogerse a la deducción pese al régimen transitorio previsto. Estima el CES que el procedimiento de acreditación que se propone es sencillo, y cumple el imperativo legal de consistir en un solo y simple acto que dé las máximas facilidades al contribuyente. Pero exige la participación de un instalador autorizado en posesión de carné profesional que emita un boletín de instalación, requerimiento que dejará fuera de la deducción pequeñas inversiones, pero eficaces, que pueden ser realizadas directamente por el interesado. Por ello, considera el Consejo que se debiera flexibilizar este aspecto de la disposición para incluir también este tipo de actuaciones. Propone también modificaciones de mejora del proyecto en cuanto a comunicación del contribuyente con la Administración y determinación de los efectos del silencio administrativo.

**CUARTO.-** A la vista del informe del CES fue elaborado un nuevo texto del Proyecto por la Dirección General de Tributos incorporando algunas de sus sugerencias; en concreto

se modifica el artículo 2 para especificar que el medio de comunicarse el contribuyente con la Administración es el de los registros públicos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC); también se incorpora a dicho precepto la previsión de que el silencio de la Administración tendrá efectos positivos en cuanto a la posibilidad de practicar la deducción.

**QUINTO.-** La Dirección de los Servicios Jurídicos emitió su informe el 21 de febrero de 2008. Considera que el Proyecto es un desarrollo de lo previsto en el artículo 1. Cuatro, de la Ley 12/2006, ya citada; también considera que son necesarias precisiones de procedimiento (memoria económica e informe de la Vicesecretaría), así como que hubiera sido deseable el informe de la Agencia Estatal de Administración Tributaria -afirmación que realiza invocando el Dictamen 139/05 del Consejo Jurídico- y que se hubieran incorporado las observaciones formuladas al texto por el Ente Público del Agua, órgano al que encarga la gestión administrativa de los trámites regulados por el Proyecto. En cuanto al fondo del asunto, observa que en el artículo 2 no se recoge la exigencia legal de que se acredite el carácter habitual de la vivienda a efectos de la deducción, y que el artículo 3 recoge el término “comprobación”, aspecto que merece el comentario recogido al respecto en el indicado Dictamen 139/05.

**CUARTO.-** En informe de 22 de febrero de 2008, el Director General de Tributos admite las sugerencias de la Dirección de los Servicios Jurídicos, si bien alude a que el Ente Público del Agua ya había participado en la elaboración del Proyecto (implícitamente se infiere que no considera necesario incorporar documentación alguna sobre ello) y que el carácter habitual de la vivienda no puede ser determinado por la Dirección General de Tributos, sino que se comprobará en la fase de gestión de las declaraciones del impuesto (se sobreentiende que por la Agencia Estatal de Administración Tributaria). Con estas observaciones se elabora un nuevo borrador que fue remitido el 25 de febrero de 2008 a este Consejo Jurídico para su preceptivo Dictamen.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, pues trata sobre un Proyecto de disposición de carácter general dictado en desarrollo o ejecución de una Ley de la Asamblea Regional, la Ley 12/2006, ya citada.

#### **SEGUNDA.- Procedimiento.**

De acuerdo con lo prescrito por el artículo 53 de la Ley 6/2004, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno, el procedimiento seguido puede considerarse completo, dado que se han subsanado las imperfecciones reseñadas por la Dirección de los Servicios Jurídicos.

No obstante, es necesario advertir que si bien resulta evidente la competencia de la Consejera de Hacienda y Administración Pública para efectuar la tramitación y proponer finalmente al Consejo de Gobierno el Proyecto de Decreto (Art. 9, a) del Texto Refundido de la Ley de Hacienda, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 22 de diciembre), es

lo cierto que la materia que se proyecta regular alcanza también a la competencia de la Consejería de Agricultura y Agua, ya que ésta es el departamento de la Administración regional encargado de la propuesta, desarrollo y ejecución de las directrices del Consejo de Gobierno en materia de agua (art. 5 del Decreto del Presidente 24/2007, de 2 de julio, de Reorganización de la Administración regional) y, por tanto, la tramitación del procedimiento y la elevación al Consejo de Gobierno del Proyecto han de realizarse también por ella. En consecuencia, carecen de soporte competencial las afirmaciones del Director General de Tributos cargando en las cuentas del Ente Público del Agua la financiación de los gastos de gestión administrativa que comporta la aplicación del futuro Decreto.

Aunque según el artículo 64 de la Ley 21/2001, de 27 diciembre, del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas, no resulta preceptivo el informe de la Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria, sí hubiera sido muy conveniente recabarlo o, en su defecto, el de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, protagonista directo de la posterior comprobación de las declaraciones del impuesto.

**TERCERA.- Habilitación y contenido.**

1) El artículo 1, Cuatro, de la indicada Ley 12/2006, después de establecer en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas la deducción por inversiones en dispositivos domésticos de ahorro de agua, finaliza diciendo que la misma *“requerirá el reconocimiento previo de la Administración regional sobre su procedencia en la forma que reglamentariamente se determine, consistiendo en todo caso en un procedimiento de un solo y simple acto que dé la máxima facilidad al contribuyente”*.

2) El Proyecto se compone de un Preámbulo en el que se recuerda el contenido del artículo 1, Cuatro, de la Ley 12/2006; le siguen tres artículos dedicados a definir el objeto, establecer el procedimiento y determinar el suministro de información entre los órganos implicados, Dirección General de Tributos y Ente Público del Agua; consta también de una Disposición transitoria sobre la aplicabilidad de la deducción a las inversiones realizadas antes de que entre en vigor la futura norma, y de una Disposición final que determina la entrada en vigor el mismo día de su publicación.

A la vista de la habilitación anterior y del contenido del Proyecto el Consejo Jurídico no tiene que efectuar reparos generales al mismo, aunque considera que la redacción de sus preceptos sería mejorable desde el punto de vista habilitante, que es dar *“la máxima facilidad al contribuyente”*. En el concepto de facilidad cabe incluir sin especial esfuerzo los elementos que proporcionen seguridad a la actuación del contribuyente, aspecto que se ha querido reforzar en la última redacción del artículo 2 del Proyecto, al especificar que la remisión del boletín de instalación de los dispositivos de ahorro puede efectuarse por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 38 LPAC. Esta mención enlaza con lo previsto en el artículo 42.3,b), también LPAC, según el cual el plazo máximo para dictar resolución en los procedimientos iniciados a instancia del interesado se computa desde la fecha en que tal solicitud haya tenido entrada en el *“registro del órgano competente para su tramitación”*, dato que es desconocido para el contribuyente si opta por remitir el boletín de instalación a través de un registro distinto al del órgano competente, tal como le permite el artículo 38 LPAC. Para adecuarse plenamente a la habilitación, por tanto, resulta inexcusable que el Ente Público del Agua remita al interesado un acuse de recibo —tal como ha sugerido el CES— señalando la fecha en que el boletín ha tenido entrada en su registro, a efectos de que pueda computar el plazo que establece el indicado artículo 2 del Proyecto para entender estimada la solicitud por silencio administrativo; simultáneamente se debe



especificar que el plazo de un mes se empieza a contar desde que el boletín citado ha tenido entrada en el registro del Ente Público del Agua.

En ese mismo sentido de aclaración para garantía del contribuyente, este artículo 2 merecería ser mejorado en la forma de determinación de los sucesivos plazos. Tal como se recoge, el plazo máximo de un mes es para que se verifique la conformidad del boletín, y el de 10 días para que se subsanen las posibles deficiencias, quedando entre ambos un tramo temporal indefinido que es el de comunicación con el contribuyente. La plena adecuación al mandato legal debería llevar a que el plazo de un mes comprendiese no sólo la actividad administrativa de verificación, sino también la de notificación al contribuyente de la necesidad de subsanar, si ello fuera necesario.

La Disposición transitoria merecería ser reconsiderada para reducir los plazos que se establecen, ya que parece eliminar la posibilidad de que los contribuyentes sean requeridos para subsanar.

El Proyecto carece de Disposición derogatoria, omisión que se explicaría por la completa novedad de la regulación; sin embargo, esta base de partida es inexacta ya que se cita en el artículo 2 a la Orden de la Consejería de Agricultura y Agua de 1 de febrero de 2008, que regula el Boletín de Instalación de Dispositivos Domésticos de Ahorro de Agua, en cuya Exposición de Motivos puede leerse que mediante tal Orden “*se desarrolla, el apartado 4 del artículo 1 de la Ley 12/2006, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social para el año 2007 que, remite, a su vez, al artículo 4.2 de Ley 6/2006, de 21 de julio, sobre el Incremento de Medidas de Ahorro y Conservación de Agua de la Región de Murcia, que determina que los titulares de las viviendas descritas en dicho precepto, podrán presentar proyectos de ahorro en el consumo de agua para su adaptación a esta nueva normativa y, de este modo, obtener una deducción en el tramo autonómico del citado Impuesto del 20% de las inversiones realizadas en dispositivos domésticos de ahorro de agua fijando, a su vez, el sistema de instalación y control que realizará el Ente Público del Agua, a través de profesionales cualificados. El boletín de instalación aprobado en la presente Orden podrá permitir la acreditación de las inversiones realizadas a todos los efectos*”. A su vez, el artículo 2.3 de tal Orden regula una comunicación entre el particular que ha realizado la inversión y el Ente Público del Agua que se confunde con la del artículo 2 del Proyecto de Decreto.

Es imprescindible aprovechar este Proyecto para depurar el Ordenamiento eliminando de la Orden citada las referencias a la Ley 12/2006 y modificar su regulación para que resulte ajustada al futuro Decreto.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- El Consejo de Gobierno está habilitado para la aprobación como Decreto del Proyecto sometido a Dictamen.

**SEGUNDA.**- La competencia para la tramitación del procedimiento y elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno corresponde conjuntamente a las Consejerías de Hacienda y Administración Pública y de Agricultura y Agua.

**TERCERA.**- Son esenciales las observaciones recogidas en la Consideración Tercera.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 59/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante:** Consejera de Sanidad (2004)

**Fecha:** 31/03/08

**Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 32/2008.*

**DICTAMEN 60/08.- Anteproyecto de Ley de creación del Colegio Profesional de Higienistas Dentales de la Región de Murcia.**

**Consultante:** Consejera de Sanidad (2004)

**Fecha:** 02/04/08

**Extracto de Doctrina**

*La normativa regional en materia de colegios profesionales establece unos trámites de preceptiva observancia con carácter previo a la iniciación del procedimiento de elaboración de un anteproyecto de ley de creación de un colegio profesional; trámites que constituyen una especialidad frente a la regla general establecida en el artículo 46.2 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.*

*Dichas actuaciones previas son de diferente naturaleza, pues distintos son los fines a que se encaminan:*

*a) Los trámites dirigidos a verificar que la creación de un Colegio profesional es solicitada por la mayoría de los profesionales interesados tienen como fin el de asegurar, antes de tramitar el procedimiento de elaboración del correspondiente anteproyecto de ley, que existe una voluntad mayoritaria de los profesionales afectados (los que agruparía el pretendido Colegio Profesional) en organizarse corporativamente, pues es de suyo lógico que no puede imponerse tal clase de autoorganización en contra de dicho colectivo, ya que un Colegio Profesional así creado abocaría al fracaso de sus fines de autorregulación de la actividad profesional en cuestión.*

*b) Por lo que se refiere a la audiencia preliminar de los colegios “afectados” por la creación de un colegio profesional, debe entenderse que en este especial trámite no se incluye cualquier colegio que pueda considerarse “interesado” en el asunto, sino, más específicamente, los que pudieran verse afectados por la pretendida creación de un colegio de igual profesión a uno ya existente (supuesto previsto —y proscrito— por el artículo 3.3 de la Ley), aquellos que pudieran verse afectados por procesos de fusión o segregación (artículos 12 y 13 de la Ley), o casos análogos. En estos supuestos, dada la especial*

*incidencia del pretendido Colegio, puede explicarse la conveniencia de que se haya previsto esta audiencia en un momento anterior a la misma iniciación del procedimiento de elaboración de la ley. Ello se entiende sin perjuicio de que, si luego se iniciase éste, en el mismo se deba dar audiencia a los colegios interesados, entendido este concepto con un carácter más general, ya en el seno del trámite de consultas previsto con carácter general en el artículo 46.4 de la citada Ley 6/2004.*

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Mediante escrito presentado en el Registro General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, la Presidenta de la Asociación Murciana de Higienistas Bucodentales (“*Hides Murcia*”) solicitó de la Administración regional la realización de los trámites oportunos para que se llevase a cabo la creación del Colegio Profesional de Higienistas Dentales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

A tal efecto, presentaba diversa documentación, entre la que se destaca la siguiente:

— Escrito de la Junta Directiva de la citada Asociación, de 7 de octubre de 2005, en el que se expresa, entre otros extremos, lo siguiente:

*“La Asociación Murciana de Higienistas Bucodentales (HIDES Murcia), fue creada el 27 de abril de 1992, siendo aprobados sus estatutos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y por la Junta Directiva de la Federación Nacional de Higienistas Bucodentales, entrando a formar parte de ésta.*

*El 26 de noviembre de 1995, en Japón, se celebró una reunión de la Junta Directiva de la Federación Internacional de Higienistas Dentales (IFDH), en la cual, HIDES Federación Nacional fue reconocida como miembro de pleno derecho de la IFDH. Actualmente, también se han firmado y reconocido los estatutos de la Federación Europea de Higienistas Bucodentales, estando así legalmente reconocidos y siendo HIDES Federación miembro de pleno derecho de dicha Federación Europea.*

*La Federación Española de Higienistas Bucodentales tuvo el honor de celebrar en julio del año 2004 el III Congreso Internacional de Salud Bucodental, con una afluencia destacable de Higienistas Bucodentales.*

*En ese momento, esta Asociación Murciana cuenta con cuarenta miembros, aunque somos conscientes de que al no ser de carácter obligatorio no todos los profesionales optan por asociarse. Hasta ahora, nos ha sido imposible obtener un censo del total de profesionales de la Región, dada la restricción que nos ha supuesto la Ley de Protección de Datos, pero en el listado público de la bolsa de Higienistas Dentales del Servicio Murciano de Salud hay actualmente un total de 248 profesionales. Además, nos consta que no todos nuestros socios están ingresados en la bolsa de empleo público, por lo que es de suponer que existen más profesionales que los anteriores citados.*

*La Asociación Murciana de Higienistas Bucodentales (HIDES Murcia) ha celebrado numerosos cursos de formación continuada entre los que destaca las Jornadas Nacionales celebradas en el Auditorio y Centro de Congresos de Murcia en 1999.*

*La profesión de Higienista Dental constituye, junto con la de Odontólogo y Protésico, una de las tres en la que se sustenta la actividad odontológica, cuya proyección social*

*es indudable, dada su especial importancia en la prevención y protección dental de los ciudadanos.*

*Como tal profesión legalmente reconocida, se creó por Ley 10/1986, de 17 de marzo, y es desarrollada por el Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio. Se trata, por tanto, de una profesión titulada en sentido estricto, cuyo ejercicio se encuentra condicionado a la profesión (sic, debe decir posesión) del título oficial de Técnico Superior de Higiene Bucodental, regulado por el Real Decreto 537/1995, de 7 de abril. A su vez, el Real Decreto 549/1995, de 7 de abril, determinó el currículo formativo de grado superior correspondiente al título de Técnico Superior de Higiene Bucodental. (...)*

*Es digno de destacar que la Asociación de Higienistas Bucodentales de la Comunidad Autónoma de Madrid ha formado el Colegio Profesional de Higienistas Bucodentales en el año 2002, según la Ley 9/2002, de 11 de noviembre, de creación del Colegio Profesional de Higienistas Dentales de la Comunidad de Madrid. La cual adjuntamos.*

*Tenemos conocimiento que existen Asociaciones de Higienistas Dentales pertenecientes a otras Comunidades Autónomas que están en tramitación para ser constituidos sus Colegios Profesionales en base a sus leyes autonómicas.*

*Por todo ello queremos expresar la necesidad en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de la creación del Colegio Profesional de Higienistas Bucodentales en base a la Ley de Colegios Profesionales de la Región de Murcia. Para así conseguir una serie de fines en beneficio de la sociedad murciana:*

- *Evitar las situaciones de intrusismo profesional, ejerciendo las acciones legales necesarias contra aquellas personas que ejerzan actos propios de la profesión de Higienista Dental sin tener dicha cualificación.*
- *Velar por la satisfacción de los intereses generales relacionados con el ejercicio de la profesión de Higienista Dental.*
- *Promover la constante mejora de la calidad de las prestaciones profesionales de los colegios, a través de la formación y el perfeccionamiento de los mismos.*
- *Colaborar con las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias en los términos previstos en las Leyes.*
- *Velar por la defensa, los derechos y el prestigio profesional y social de los colegiados en general.*
- *Llevar el censo de profesionales y el registro de títulos de los colegiados.*
- *Colaborar con las entidades de formación de los futuros titulados en la mejora de los estudios y de la preparación de los mismos.*
- *Cuanto otras funciones redunden en los intereses profesionales de los colegiados y se encaminen al cumplimiento de los fines colegiales”.*

— Estatutos de la citada Asociación.

— Una relación de 55 personas físicas que solicitan la creación del reseñado Colegio Profesional, adjuntándose a la misma fotocopia del correspondiente D.N.I. y del documento que cada una de aquéllas considera que es su título profesional en la materia.

**SEGUNDO.-** El 22 de noviembre de 2005, el Director General de Calidad Asistencial, Formación e Investigación Sanitaria propone a la Consejera de Sanidad el inicio del procedimiento de elaboración de un Anteproyecto de Ley de Creación del Colegio Profesional de Higienistas Dentales de la Región de Murcia.

**TERCERO.-** El 10 de febrero de 2006, el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Presidencia emite informe en el que, tras constatar que la profesión de Higienista Dental está legalmente reservada a la posesión del título oficial de Higienista Dental o a una habilitación profesional equivalente, en los términos establecidos en la Ley 10/1986, de 17 de marzo, Real Decreto 1594/1994, de 15 de julio, antes citado, y la Orden del Ministerio de la Presidencia de 14 de mayo de 1997, que desarrolla dicho Real Decreto, considera que, en principio, es viable la creación del pretendido Colegio profesional, si bien concluye indicando que *“habrá de verificarse si los solicitantes interesados en la creación de dicho Colegio están en posesión de la mencionada titulación o habilitación oficial, en su caso”*.

**CUARTO.-** Con fecha 26 de junio de 2006 se elabora un informe de necesidad y oportunidad de la norma y una memoria de motivación técnica y jurídica de la misma, en los que se apuntan los beneficios de la autorregulación y control del ejercicio profesional por parte de una organización *“ad hoc”*, como sería el futuro Colegio.

El segundo de los citados informes, y por lo que atañe al requisito establecido en el artículo 4 de la Ley 6/1999, de 4 de noviembre, de Colegios Profesionales de la Región de Murcia, en adelante (LCPMU), relativo a la exigencia de *“petición mayoritaria de los profesionales interesados”* para que la Administración ejerza la correspondiente iniciativa legislativa encaminada a la creación del Colegio profesional de que se trata, señala que, con la solicitud presentada por la mencionada Asociación y la relación de firmas de los *“60 Higienistas Dentales”* en apoyo de la creación del Colegio, acompañadas de diversa documentación, se cumple con el citado requisito, conforme con lo establecido en el Dictamen 4/2002, de este Consejo Jurídico.

Junto a dichos informes obran también en el expediente un primer borrador de Anteproyecto de Ley de creación del citado Colegio Profesional, un denominado *“estudio económico”*, fechado el 23 de junio de 2006 (sic), en el que se expresa que del citado Anteproyecto no se desprenden compromisos económicos o costes que pudieran tener repercusión en los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, y un informe, de 3 de julio de 2006, sobre impacto por razón de género de la futura norma, que considera que ésta no tendría efectos discriminatorios por razón del sexo de sus destinatarios.

**QUINTO.-** Elevada al Consejo de Gobierno la oportuna propuesta de la Consejería de Sanidad, fechada el 4 de julio de 2006, el 14 siguiente el Consejo de Gobierno acordó someter el reseñado borrador de Anteproyecto a consulta de los Colegios Profesionales Oficiales de Odontólogos y de Protésicos Dentales de la Región de Murcia, así como a los informes preceptivos de la Vicesecretaría de la citada Consejería, del Consejo de Salud de la Región de Murcia y del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

**SEXTO.-** Mediante oficios de 22 de septiembre de 2006 se dió traslado del mencionado borrador a los reseñados Colegios Profesionales, no constando la formulación de alegaciones.

**SÉPTIMO.-** En sesión celebrada el 9 de enero de 2007, el Consejo de Salud de la Región de Murcia, informó favorablemente el mencionado borrador de Anteproyecto de Ley.

**OCTAVO.-** El 10 de enero de 2008, el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Sanidad y su Vicesecretario emiten sendos informes favorables a la aprobación del Anteproyecto de Ley de creación del Colegio de referencia. El primero de dichos informes, tras acoger lo expresado en los informes precedentes, concluye indicando que el texto de Anteproyecto que se informa es similar al de leyes de creación de otros Colegios Profesionales ya aprobadas y promovidas también por la Consejería de Sanidad, al tratarse de profesiones sanitarias, citando a tal efecto la ley creadora del Colegio Profesional de Protésicos Dentales y la del Colegio Profesional de Logopedas (Leyes 2/2001, de 2 de julio, y 6/2001, de 17 de diciembre, respectivamente).

**NOVENO.-** Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 11 de enero de 2008, el Secretario General de la Consejería de Sanidad, por delegación de la Consejera, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un Anteproyecto de Ley tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.2 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

**SEGUNDA.- El presupuesto legal habilitante para el ejercicio de la iniciativa legislativa atribuida a la Administración regional para la creación de un Colegio Profesional: la petición de la mayoría de los profesionales interesados. Sentido y alcance. Insuficiente acreditación en el caso dictaminado.**

I. El artículo 4 de la LCPMU establece que *“para el caso del ejercicio de la iniciativa legislativa por el Consejo de Gobierno, el correspondiente anteproyecto de ley de creación de un nuevo colegio profesional se elaborará por la Consejería cuyas competencias guarden relación directa con la profesión respectiva, a petición mayoritaria de los profesionales interesados, y previa audiencia de los colegios profesionales existentes que puedan verse afectados”*.

Por su parte, el artículo 3.2 del Decreto regional nº 83/2001, de 23 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la LCPMU y se regula el Registro de Colegios Profesionales y de Consejos de Colegios de la Región de Murcia, establece, en desarrollo del reseñado precepto legal, que *“la correspondiente Consejería competente por razón de la materia comprobará el cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente para la creación del Colegio Profesional, incluida la existencia de interés público, y tras el cumplimiento de los trámites a los que se refiere el artículo 4 de la Ley 6/1999, podrá iniciar el trámite de elaboración del Anteproyecto de Ley de creación del Colegio Profesional”*.

Los reseñados preceptos permiten afirmar que la normativa regional en materia de colegios profesionales establece unos trámites de preceptiva observancia con carácter previo a la iniciación del procedimiento de elaboración de un anteproyecto de ley de creación de un colegio profesional; trámites que constituyen una especialidad frente a la regla general

establecida en el artículo 46.2 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

Dichas actuaciones previas son de diferente naturaleza, pues distintos son los fines a que se encaminan:

a) Los trámites dirigidos a verificar que la creación de un Colegio profesional es solicitada por la mayoría de los profesionales interesados tienen como fin el de asegurar, antes de tramitar el procedimiento de elaboración del correspondiente anteproyecto de ley, que existe una voluntad mayoritaria de los profesionales afectados (los que agruparía el pretendido Colegio Profesional) en organizarse corporativamente, pues es de suyo lógico que no puede imponerse tal clase de autoorganización en contra de dicho colectivo, ya que un Colegio Profesional así creado abocaría al fracaso de sus fines de autorregulación de la actividad profesional en cuestión.

b) Por lo que se refiere a la audiencia preliminar de los colegios “*afectados*” por la creación de un colegio profesional, debe entenderse que en este especial trámite no se incluye cualquier colegio que pueda considerarse “*interesado*” en el asunto, sino, más específicamente, los que pudieran verse afectados por la pretendida creación de un colegio de igual profesión a uno ya existente (supuesto previsto —y proscrito— por el artículo 3.3 de la Ley), aquellos que pudieran verse afectados por procesos de fusión o segregación (artículos 12 y 13 de la Ley), o casos análogos. En estos supuestos, dada la especial incidencia del pretendido Colegio, puede explicarse la conveniencia de que se haya previsto esta audiencia en un momento anterior a la misma iniciación del procedimiento de elaboración de la ley. Ello se entiende sin perjuicio de que, si luego se iniciase éste, en el mismo se deba dar audiencia a los colegios interesados, entendido este concepto con un carácter más general, ya en el seno del trámite de consultas previsto con carácter general en el artículo 46.4 de la citada Ley 6/2004.

Descartado en el presente caso, como ya indicaba alguno de los informes previamente emitidos, que exista un colegio profesional “*afectado*” por la hipotética creación de un Colegio Profesional de Higienistas Dentales de ámbito regional, la cuestión esencial que se plantea a la vista del expediente remitido es si, como señalan algunos de los informes emitidos en el procedimiento de referencia, con la presentación de la solicitud de la Asociación Murciana de Higienistas Bucodentales y los escritos comprensivos de las firmas en apoyo de la creación del Colegio Profesional y su documentación anexa, puede considerarse cumplido el requisito atinente a la petición mayoritaria de profesionales interesados exigido por el artículo 4 LCPMU.

De la documentación presentada por los interesados se desprende lo siguiente:

1º. La inicial petición para la creación del Colegio se formula por la Junta Directiva de la citada Asociación de Higienistas Dentales, según se desprende de las personas firmantes del escrito de solicitud. No se acordó tal petición en una Asamblea General Extraordinaria, como ha sucedido en otros casos de creación de Colegios Profesionales (aun cuando ello no sea estrictamente necesario).

2º. De las 55 personas que suscriben el listado de solicitud de creación del Colegio Profesional, sólo 14 adjuntan copia (simple) del título oficial o de la habilitación profesional necesaria para el ejercicio de la profesión de higienista dental, y 2 más aportan copias de certificaciones académicas acreditativas de haber superado los estudios exigidos al efecto. El resto aportan certificaciones de centros docentes acreditativas de que están cursando es-

tudios del ciclo formativo de grado superior en materia de higiene bucodental, circunstancia que, obviamente, no otorga el derecho a la expedición del título oficial de Técnico Superior de Higiene Bucodental regulado por los Reales Decretos 537 y 549/1995, de 7 de abril (citados en su momento), que es el título oficial exigible a estos efectos.

Quiere decirse que, en rigor, sólo 14 personas (o 16, si se considera que las otras dos antes aludidas estarían en condiciones legales de obtener el mencionado título) han de considerarse legitimadas para solicitar la creación del Colegio Profesional en cuestión. Dicho número, en sí mismo, no supone un impedimento para iniciar el procedimiento de elaboración de la norma legal, pues la cuestión dependerá del número total de profesionales que se tome como referencia a estos efectos. Así, el Colegio Profesional de Detectives Privados de la Región de Murcia, creado por Ley 4/2002, de 27 de mayo, fue solicitado por 13 profesionales, pero en relación con los 16 registrados por la Jefatura Superior de Policía de Murcia, conforme con la normativa sectorial aplicable, que se hicieron constar en el listado que remitió al efecto.

Se trata, por tanto, de dilucidar cómo ha de determinarse el colectivo de profesionales del sector que nos ocupa, a partir del cual ha de evaluarse el requisito legal de la petición mayoritaria.

II. A este respecto, debe comenzarse por recordar lo que señaló este Consejo Jurídico en el Dictamen 4/2002, al que se refieren los informes emitidos en el procedimiento:

*“Por lo que atañe al requisito relativo a la “petición mayoritaria de los profesionales interesados” establecido en el artículo 4 de la Ley 6/1999, de 4 de noviembre, de Colegios Profesionales de la Región de Murcia (LCPMU), hay que hacer dos consideraciones:*

*a) Que dicho requisito ha de entenderse exigido al supuesto de Colegios Profesionales a los que se refiere la Ley, esto es, conforme a lo dispuesto en su artículo 3.3, a aquellos que agrupan a profesionales cuya actividad esté legalmente reservada a la posesión de una determinada titulación oficial, no siendo éste el caso que nos ocupa, en el que, como veremos, estamos ante una profesión de libre ejercicio.*

*b) Que, incluso en la hipótesis de que el requisito se hiciera extensible a esta otra clase de Colegios, su aplicación necesita del complemento indispensable de una norma reglamentaria que determine cómo ha de verificarse la existencia del total de profesionales afectados domiciliados en la Región de Murcia, toda vez que el acceso a ficheros de datos fiscales (Altas del Impuesto de Actividades Económicas) o de Seguridad Social (Fichero General de Afiliaciones) encuentra dificultades derivadas de la legislación de protección de datos de carácter personal, como hemos indicado en el Dictamen 13/2001, de 5 de febrero”.*

Dictamen este último, el 13/2001, en el que, aun cuando se avanzaba la dificultad que planteaba la normativa vigente para la obtención de datos de otras Administraciones Públicas, se precisaba también que ello se entendía “sin perjuicio de casos particulares en los que exista algún listado específico en la materia” disponible para la Administración regional, como sucedía en el caso abordado en el siguiente Dictamen 14/2001, sobre el anteproyecto de ley de creación del Colegio Profesional de Protésicos Dentales, en el que la misma Consejería que hoy tramita el presente Anteproyecto de Ley utilizó a estos fines los datos contenidos en el Registro regional de establecimientos sanitarios regulado por el Decreto 22/1991, de 9 de mayo.



Merece destacarse lo señalado en dicho Dictamen 14/2001, pues sus consideraciones son trasladables, con ciertas matizaciones derivadas de la normativa regional posteriormente aprobada, al caso que ahora nos ocupa:

*“En el presente caso, al tener que desempeñar los afectados su labor profesional en unas instalaciones que tienen jurídicamente el carácter de establecimientos sanitarios (los laboratorios de prótesis dentales), deben estar inscritas en el Registro “ad hoc” existente en la Consejería de Sanidad (Decreto 22/1991, de 9 de mayo), lo que ofrece la posibilidad de acceder a un listado comprensivo de los profesionales afectados, que son los que tienen el domicilio profesional principal o único en la Región.*

*La Consejería instructora, en su informe de 5 de octubre de 2000, indicó que “102 profesionales de la Asociación de Protésicos Dentales de la Región de Murcia han solicitado la creación del Colegio, existiendo 104 Laboratorios de Prótesis Dental inscritos en el Registro de Establecimientos Sanitarios (siendo la casi totalidad de ellos de carácter unipersonal), (por lo que) la petición mayoritaria de profesionales afectados puede considerarse acreditada”. Sin embargo, tal afirmación no es exacta por dos razones:*

*1.- Porque no se ha confrontado el listado de firmas presentado por la Asociación con el del Laboratorio de Prótesis Dental, para saber si los firmantes son mayoría entre los titulares de dichos establecimientos sanitarios.*

*2.- Porque, una vez se hubiere acreditado dicha mayoría, debería exigirse a los profesionales firmantes e inscritos que acreditaran la titulación o, en su caso, habilitación profesional exigida para el ejercicio de la profesión por la Ley 10/1986, de 17 de marzo, que regula la profesión de odontólogo y la de otros profesionales relacionados con la salud dental, ya que para acceder al citado Registro no se exige acreditar dicha titulación. Por ello, para que el expediente esté completo a los efectos del artículo 4 LCPMU, deben realizarse la reseñadas actuaciones, que llevarán a determinar si existe o no la mayoría exigida por dicho precepto”.*

III. Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, conforme con el Decreto 99/2004, de 1 de octubre, que regula las Clínicas Dentales de la Región de Murcia, toda la actividad profesional encaminada a la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en materia de salud dental debe realizarse en las Clínicas Dentales reguladas por dicho Decreto (aparte la asistencia hospitalaria, se entiende), y entre tales actividades sanitarias está, sin duda, la del higienista dental. En el artículo 10.1 de dicha norma se establece que *“el procedimiento para obtener la autorización de funcionamiento y para la inscripción en el Registro de Recursos Sanitarios Regionales se someterá a lo establecido en el Decreto 73/2004, de 2 de julio, por el que se regula el procedimiento de autorización sanitaria de los centros, establecimientos y servicios sanitarios y el registro de recursos sanitarios regionales”.*

Este reenvío al Decreto 73/2004 (que sustituyó al Decreto 22/1991 citado en el Dictamen 14/2001), lleva a tener que considerar, a los efectos que ahora interesan, lo establecido en su artículo 9.2, en el que se dispone que la solicitud de la preceptiva y previa autorización de un establecimiento sanitario deberá incluir lo siguiente:

*“c) Plantilla de personal prevista, con especificación de categorías profesionales, titulaciones y régimen de dedicación.*

*La acreditación de la titulación oficial o de la habilitación profesional del personal sanitario se realizará mediante la aportación de fotocopias compulsadas de los corres-*

*pondientes títulos oficiales o de las certificaciones expedidas por el órgano competente. Asimismo, se aportarán certificados de colegiación del personal sanitario que esté obligado a estarlo. En el supuesto del Director Técnico o responsable máximo sanitario, además de la documentación anterior, se adjuntará la acreditación de su nombramiento y aceptación”.*

De lo expuesto se desprende que la misma Administración sanitaria regional que tramita el presente Anteproyecto de Ley dispone de la información de base necesaria para determinar los profesionales sobre los que evaluar el requisito establecido en el artículo 4 LCPMU, lo que deberá hacer conforme con los criterios expuestos con anterioridad y adoptando una posición activa en la instrucción, para requerir a los profesionales afectados que resulten del citado Registro su manifestación (de carácter voluntario) sobre la pretendida creación del Colegio Profesional de que se trata, advirtiéndoles de la obligatoriedad de su incorporación al mismo en el caso de que se creara, salvo en el supuesto previsto en el artículo 6.4 LCPMU, es decir, el del ejercicio de dicha actividad profesional exclusivamente al servicio de las Administraciones Públicas de la Región de Murcia. Asimismo, la Consejería instructora tiene el deber de verificar la adecuación de la titulación o habilitación como higienista dental de los profesionales que consten como tales en el citado Registro y a los que se dirija el reseñado requerimiento.

IV. Quiere decirse con lo expuesto que no puede aceptarse que el artículo 4 LCPMU comentado, aun sin el necesario desarrollo reglamentario, no tenga, en el extremo analizado, virtualidad u operatividad jurídica alguna, pues ello sería desconocer lo pretendido por el legislador regional en este punto, que es plenamente lógico y coherente con la naturaleza corporativa de los Colegios Profesionales, ya que con la verificación (siempre en la medida de lo posible) de la voluntad mayoritaria de los profesionales a que afectará un Colegio Profesional que se pretenda crear, se preserva la naturaleza jurídica propia de esta clase de entidades.

En este sentido, debe añadirse que la exigencia legal del sentir mayoritario de los profesionales a los que vincularía el pretendido Colegio (exigencia justificada por la doctrina en la intención del legislador de evitar que las Administraciones Públicas tramiten iniciativas dirigidas a la creación de Colegios Profesionales “fantasmas”), está especialmente justificada en casos, como el presente, en que su creación determinaría el deber de los profesionales afectados de colegiarse en el mismo, obligación que dimanaría del carácter legalmente reservado de la profesión de Higienista Dental, según lo establecido en el artículo 6.2 LCPMU en relación con la ya citada Ley 10/1986, de 17 de marzo, y la Ley 44/2003, de 21 de diciembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (artículo 2.3). Y ello porque la voluntad de unos pocos profesionales no puede ser determinante para dar lugar a la imposición de un sistema corporativo de organización profesional que necesariamente afectaría a todos los ejercientes con domicilio profesional en la Región de Murcia. Este deber de colegiación forzosa constituiría, además, una excepción al principio general de libertad asociativa en su dimensión negativa (es decir, del derecho a no asociarse), cuya admisibilidad en términos constitucionales, como señalamos en el citado Dictamen 13/2001 (con cita, entre otras, de las SSTC 330/1994 y 194/1998) requiere la existencia de intereses públicos de mayor relevancia que los amparados por tal derecho de libre asociación. Exigencia ésta que, entre otros aspectos, debe proyectarse también en lo atinente al respaldo mayoritario de los profesionales interesados en la creación de un Colegio que determinase la adscripción forzosa al mismo.

Lo anterior lleva a tener que agotar todos los mecanismos disponibles en el ordenamiento jurídico vigente para que en el expediente pueda conseguirse la mejor instrucción posible sobre la voluntad de los profesionales a que afectaría la creación del pretendido Colegio. En este sentido, la actuación de la Administración no se puede limitar a calificar la documentación aportada por los interesados, si ésta, como se ha visto, es insuficiente a los fines del artículo 4 LCPMU, debiendo, por el contrario, adoptar una posición activa al respecto, en la medida en que a la misma le es viable la obtención de datos aptos a estos efectos, como se ha visto que es posible en el caso que nos ocupa.

**TERCERA.- Actuaciones posteriores a realizar.**

Por último, debe señalarse que el hecho de que la actividad instructora indicada no haya sido realizada por la Consejería consultante, y que, por el contrario, haya iniciado y tramitado el procedimiento de elaboración del Anteproyecto, no obsta para que, una vez se realicen tales actuaciones, si resultase acreditado el requisito establecido en el artículo 4 LCPMU al que venimos aludiendo, deban conservarse los trámites ya realizados. Por ello, de considerar el órgano consultante, a la vista de la instrucción complementaria que realice, que resultan cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 4 LCPMU, procederá simplemente que el Vicesecretario de la Consejería emita el informe preceptivo final a que se refiere el artículo 46.4 “*in fine*” de la Ley 6/2004 y se formule el nuevo texto de Anteproyecto de Ley o se ratifique el existente, autorizado por el titular de la Consejería proponente, para la posterior remisión del expediente a este Consejo Jurídico y la emisión del nuevo Dictamen que proceda.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

**CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente remitido, no puede considerarse acreditado el requisito establecido en el artículo 4 LCPMU relativo a la petición mayoritaria de los profesionales interesados, que es condicionante del ejercicio de la iniciativa legislativa de la Administración regional para la creación del Colegio Profesional de referencia, por las razones expresadas en la Consideración Segunda del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** Por lo anterior, la Consejería consultante debe realizar las actuaciones instructoras complementarias reseñadas en la citada Consideración, obrando después en consecuencia, conforme con lo expresado en su Consideración Tercera.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 61/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 02/04/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*NOTA: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 18/2008.*

**DICTAMEN 62/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 02/04/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*Nota: Concluye en la necesidad de completar la instrucción, sin entrar en el fondo del asunto.*

#### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante oficio registrado el 29 de mayo de 2007, la Directora del IES “Miguel Hernández”, de Alhama de Murcia, remitió a la Consejería de Educación un escrito de reclamación formulado por x., por el accidente sufrido el 22 de mayo de 2007 por su hija en el citado Instituto. La reclamante hace uso del modelo de instancia del “*Ministerio de Educación y Ciencia*”, en el que no relata su versión de los hechos ni concreta la relación de causalidad entre el servicio público y el daño sufrido, si bien adjunta fotocopia del Libro de Familia y originales de facturas por los conceptos de “*montura de gafas*” y “*cristal graduado*”. El daño cuya cuantía se reclama como indemnización se valora en 177,70 euros.

La reclamación, presentada en el centro educativo, se remite a la Consejería junto con una “*comunicación de accidente escolar*” suscrita por la dirección del centro, en la que se relatan los hechos ocurridos el día 22 de mayo de 2007, a las 13 horas, en el pabellón municipal, siendo la actividad la de Educación Física: “*En clase de educación física, realizando un ejercicio colectivo, x. fue golpeada, de modo fortuito, por un compañero en la cabeza*”.

**SEGUNDO.-** Requerida la Directora para que emitiera informe sobre los hechos ocurridos, lo emitió el 20 de junio de 2007, expresando lo siguiente:

*“El día 23 de mayo de 2007 el grupo de 3º de Diversificación (D3C) se encontraba en clase de Educación Física, con el profesor x., en las instalaciones del Pabellón Municipal de Deportes, lugar donde habitualmente se desarrolla esta actividad.*

*En el momento del accidente, el grupo se encontraba realizando un ejercicio colectivo; en cuya ejecución y de modo totalmente casual y fortuito, la alumna x., fue golpeada en la cabeza por un compañero.*

*Como consecuencia del golpe, la alumna citada necesitó atención médica, por lo que fue trasladada al Ambulatorio de la Seguridad Social donde le fue suturada la herida que llevaba en la ceja. Además, las gafas que portaba quedaron completamente rotas.*

*Tras ser atendida médicamente, la familia de la accidentada se personó en el Centro con la intención de iniciar el trámite necesario para solicitar, a través del Seguro Escolar, la reposición de los gastos ocasionados en los hechos descritos. Esto fue hecho con fecha 28 de mayo de 2007”.*

**TERCERO.-** Solicitado informe a la Inspección Educativa de la Consejería sobre diversos extremos relativos a la práctica de la asignatura de Educación Física, fue emitido el 4 de julio de 2007, formulando las siguientes conclusiones:

*“1. La legislación educativa en vigor no permite en ningún caso la exención de cursar la Educación Física salvo para los mayores de 25 años.*

*2. El profesorado de esta materia, en su práctica docente, debe adaptarse a las peculiaridades físicas, temporales o permanentes, que presente cada uno de sus alumnos, manteniendo una actitud activa en la prevención de todas aquellas prácticas que pudieran dañar su salud. No cabe por tanto arbitrar procedimiento alguno por parte del alumno o sus familias para procurar la exención, aunque sí la aportación de aquellos documentos e informes que ilustren al profesorado acerca del estado psicofísico de sus alumnos.*

*3. Los profesores, como técnicos de la Administración Educativa, serán los que, de oficio, adopten las decisiones necesarias para la participación de todo el alumnado en las actividades que se propongan, según sus peculiaridades individuales”.*

**CUARTO.-** Otorgado a la reclamante el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente para la formulación de alegaciones, no consta que haya hecho uso de dicho trámite.

**QUINTO.-** El 6 de febrero de 2008 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que no existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño por el que se reclama.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997,

de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. La reclamación se ha interpuesto en plazo y por quien goza de legitimación activa para ello, la madre del menor. En cuanto a la legitimación pasiva, la ostenta la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro donde ocurrieron los hechos. El órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

II. La reclamación se ha presentado dentro del plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. En cuanto al procedimiento tramitado, se advierte que, tratándose de un accidente ocasionado con motivo de la práctica de unos ejercicios en la clase de Educación Física, la instrucción no ha obrado como en otros casos análogos, requiriendo del profesor encargado de la asignatura un informe sobre la adecuación de los ejercicios (máxime cuando en los informes emitidos no se especifican cuáles eran éstos), y ello no sólo en relación con el grupo de alumnos que componían la clase en cuestión, sino, a la vista del informe específicamente requerido a la Inspección Educativa, en relación con las condiciones particulares de la alumna accidentada. Este acto de instrucción se considera determinante para la resolución final, por lo que procede acordar su práctica, sin perjuicio de lo que se dirá seguidamente.

**TERCERA.- Sobre la cobertura del accidente por el Seguro Escolar.**

Aun cuando en el impreso normalizado de “*comunicación de accidente escolar*” suscrito por la Directora del centro no se consigna, en el lugar destinado al efecto, el nivel y el curso escolar que seguía la alumna en la fecha del accidente (dato cuya cumplimentación debe ser exigido por la instrucción en sucesivos casos), el hecho de que en el informe de aquella, reseñado en el Antecedente Segundo, se indique que la alumna, de 17 años, pertenecía al “*grupo de 3º de Diversificación (D3C)*”, permite deducir, en principio, que, al menos, cursaba 3º de la E.S.O., pues el artículo 27.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, sólo prevé que puedan seguirse programas de diversificación curricular desde el tercer curso de la educación secundaria obligatoria.

Si se confirmara que la alumna cursaba 3º curso de la ESO o un curso superior, resultaría que el accidente estaría cubierto por el Seguro Escolar, según se desprende de la normativa reguladora del mismo (Ley de 17 de julio de 1953 y reglamentación de desarrollo). Por otra parte, del informe de la citada Directora se desprende que la intención de la interesada era solicitar la indemnización al amparo de tal Seguro Escolar, si bien, quizá por error, se le suministró el modelo normalizado de reclamación de responsabilidad patrimonial. Ello justificaría que se dirigiera el oportuno requerimiento a la interesada para que aclarase esta cuestión. De no recibir respuesta, de ratificarse en la citada reclamación de responsabilidad patrimonial o de no desistir de la misma, debería continuarse la tramitación

del presente procedimiento, sin perjuicio de su compatibilidad con una eventual solicitud de resarcimiento al amparo del Seguro Escolar que la interesada dirigiera al INSS, como se indicó en nuestro Dictamen 54/2006.

A la vista de lo anterior, y una vez se confirmase, en su caso, que la alumna está bajo la cobertura del Seguro Escolar, la instrucción debería obrar de la siguiente manera:

1°. Requerir a la interesada para que manifieste si su intención al suscribir el modelo normalizado de reclamación fue instar la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración educativa, o bien solicitar el resarcimiento del daño al amparo del Seguro Escolar. En este segundo caso, debería comunicársele la conveniencia de desistir del procedimiento en curso y presentar al INSS la correspondiente solicitud de indemnización. Como indicamos en el citado Dictamen 54/2006, esto último deberá hacerlo en el plazo de un año desde la fecha del accidente (es decir, con vencimiento el 22 de mayo de 2008), acompañando copia de los informes de comunicación de accidente escolar y del informe de la Directora del centro reseñados en los Antecedentes, que deberían ser facilitados por la Consejería a la interesada para que dicha solicitud pudiera ser atendida por el INSS, según el criterio establecido por este Organismo, recogido en el reseñado Dictamen.

2°. Salvo que, a la vista de lo anterior, la interesada decidiera desistir del presente procedimiento de reclamación patrimonial, el órgano instructor deberá continuar su tramitación, solicitando del profesor encargado de la asignatura de Educación Física en el centro el informe a que nos hemos referido en la Consideración anterior, con posterior remisión de lo actuado a este Consejo Jurídico para la emisión del Dictamen que proceda.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Procede determinar el nivel y curso escolar de la niña en el momento del accidente y, si a la vista de ello, se confirmara que los daños están cubiertos por el seguro escolar, actuar conforme con lo indicado en el punto 1º de la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- Sin perjuicio de lo anterior, y salvo desistimiento de la reclamante del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, procedería realizar el acto de instrucción reseñado en la Consideración Segunda de este Dictamen, con posterior remisión del expediente a este Consejo Jurídico para la emisión del Dictamen que proceda.

**TERCERA.**- Por todo lo anterior, en este momento la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 63/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 02/04/08**

**Extracto de Doctrina**

*En el patio de recreo de un centro escolar no se puede considerar juego propio de los alumnos el lanzamiento de piedras capaces de causar daños personales como los descritos, concurriendo pues un elemento adicional generador de riesgo, exorbitante del normal funcionamiento del servicio público, equivalente a un defecto en las instalaciones que, con un adecuado mantenimiento, pudiera ser evitado. A este respecto el Consejo Jurídico viene considerando un funcionamiento anómalo del servicio público docente el hecho de que un alumno pueda jugar con piedras o las maneje durante el recreo escolar (Dictámenes núm. 106/2001, 207/2002 y 113/2004, entre otros, y 25/2006, este último sobre un supuesto esencialmente idéntico al ahora sometido a consulta).*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 25 de abril de 2007, el Director del Instituto de Educación Secundaria (IES) “Rey Carlos III” de Águilas elabora informe de accidente escolar, para dar cuenta del sucedido el día anterior, según el cual el alumno de 2º de Educación Secundaria Obligatoria (ESO), x., resultó con un diente partido, al ser golpeado por una piedra lanzada por otro alumno en el patio del centro y durante el tiempo de recreo. Los hechos fueron presenciados por otros dos alumnos.

**SEGUNDO.-** Con fecha 8 de mayo tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Educación y Cultura la reclamación de daños y perjuicios que, en modelo formalizado, presenta la madre del menor accidentado. El relato fáctico coincide plenamente con el contenido en el informe del accidente escolar, ascendiendo la pretensión indemnizatoria a 100 euros.

Junto a la solicitud, la reclamante aporta la siguiente documentación: a) fotocopia compulsada del Libro de Familia, acreditativo del parentesco que une a la interesada con el menor; y b) copia de la factura expedida por una clínica dental por importe de 100 euros en concepto de “reconstrucción con pin en pieza 22 A”.

**TERCERO.-** El 11 de junio de 2007, la instructora recaba del Director del Centro el preceptivo informe acerca de los hechos y circunstancias que dan lugar a la reclamación. Asimismo, y en oficio posterior, requiere al Director para que informe acerca de “*si el material del suelo del patio es de gravilla o las razones de la existencia de la piedra que causó el daño en el patio*”.

Por parte de la Dirección del centro se contesta que en las zonas del recreo hay unas con suelo enlosado, otras de tierra y otras con gravilla.

**CUARTO.-** El Vicesecretario de la Consejería consultante, solicita de la Dirección General de Salud Pública informe acerca de si el menor accidentado tiene derecho a las



prestaciones del PADI (Programa de Asistencia Bucodental Infantil), si hizo uso del mismo y, en su caso, la causa de su no acceso a dichas prestaciones.

Con fecha 4 de junio, contesta la Dirección General de Salud Pública informando que el alumno no tenía acceso al referido Programa, por razón de su edad.

**QUINTO.-** Solicitado informe a la Unidad Técnica de Centros Educativos acerca de las condiciones arquitectónicas del patio, en cuanto a si el suelo está cubierto de gravilla o se dan otros elementos o circunstancias que harían que la piedra fuera un elemento extraño a las instalaciones, contesta la referida Unidad en los siguientes términos:

*“El patio donde según nos informa el director del Centro ocurrió el accidente, esta prácticamente cubierto de gravilla, material que comúnmente se utiliza para este tipo de patios.*

*El tamaño de piedra utilizado en este caso es el de 6 a 12 mm, considerándose este tamaño como correcto y difícilmente puede ser causante de un incidente que según nos indica la Dirección del Centro, ha sido la rotura de un diente.*

*También se observan piedras de un tamaño algo superior, que pueden provenir de alguna otra zona del Centro (jardineras, parterres, etc.) o incluso del exterior y que se confunde entre la gravilla.*

*Conclusión.-*

*Nos inclinamos a pensar que la piedra causante de este tipo de accidente pueda ser proveniente de otra zona del Centro o del exterior”.*

**SEXTO.-** Conferido trámite de audiencia a la reclamante, ésta no hace uso del mismo, al dejar transcurrir el plazo ofrecido al efecto sin presentar documentación o alegación alguna.

El 7 de febrero de 2008, la instructora formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación al considerar que la piedra que impactó sobre el alumno lesionado debía ser mayor que la que conforma la gravilla de cubrición del terreno del patio, por lo que la presencia de esa piedra sería demostrativa de un estado de conservación y mantenimiento del centro inapropiado. Asimismo, presume que el alumno que lanzó la piedra lo hizo con intencionalidad. Finalmente, alude a una falta de vigilancia en el patio, que deduce de la omisión en los informes de la dirección del centro de cualquier referencia a la existencia de profesores en el patio que pudieran haber presenciado o evitado los hechos

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial.

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo de reclamación y procedimiento.**

1. La reclamación se ha interpuesto por persona interesada, la madre del menor, cuya condición acredita con la copia compulsada del libro de familia, al ostentar su representación legal, conforme con lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

2. El centro escolar en el que ocurrió el accidente pertenece al servicio público de educación de la Comunidad Autónoma, correspondiendo la resolución del presente expediente a la Consejería consultante, que ostenta la legitimación pasiva.

3. En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, ésta se ha interpuesto dentro del año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

4. La tramitación del procedimiento se ha ajustado, en lo esencial, a las normas que regulan este tipo de procedimientos. No obstante, cabe poner de manifiesto la poca información que las actividades instructoras realizadas han arrojado sobre las circunstancias concurrentes en los hechos, siendo acreedor de singular mención el “informe” del Director del Centro, cuyo laconismo apenas le hace merecedor de tal calificación.

**TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama.**

I. Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, el Consejo Jurídico ha de destacar que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular, y que el mismo sea imputable a dicho servicio público. En el supuesto que nos ocupa, el daño existe, se acredita y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, siendo la cuestión relevante si lo fue o no como consecuencia de su funcionamiento, considerando el Consejo Jurídico que sí, ya que en el patio de recreo de un centro escolar no se puede considerar juego propio de los alumnos el lanzamiento de piedras capaces de causar daños personales como los descritos, concurriendo pues un elemento adicional generador de riesgo, exorbitante del normal funcionamiento del servicio público, equivalente a un defecto en las instalaciones que, con un adecuado mantenimiento, pudiera ser evitado. A este respecto el Consejo Jurídico viene considerando un funcionamiento anómalo del servicio público docente el hecho de que un

alumno pueda jugar con piedras o las maneje durante el recreo escolar (Dictámenes núm. 106/2001, 207/2002 y 113/2004, entre otros, y 25/2006, este último sobre un supuesto esencialmente idéntico al ahora sometido a consulta), siendo este criterio también sostenido por la doctrina de los órganos consultivos autonómicos (Dictámenes del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana números 77/97 y 41/2000, por ejemplo).

II. La valoración del daño ha de entenderse no discutida, al no constar en el expediente manifestación alguna sobre el particular, aceptándose, pues, el importe reclamado y justificado. Por otro lado, como la resolución implicaría la generación de un gasto para la Administración, con carácter previo deberán cumplimentarse las actuaciones que la normativa vigente exige en tales casos.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se informa favorablemente la propuesta de resolución estimatoria, ya que se aprecia la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, al ser el daño imputable a ella por funcionamiento anormal del servicio público.

No obstante, V.E. resolverá.

## **DICTAMEN 64/08.- Proyecto de Decreto por el que se establece el Currículo de las Enseñanzas Profesionales de Danza para la Región de Murcia.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 07/04/08**

### **Extracto de Doctrina**

*En esta materia, por tanto, las relaciones entre el ordenamiento estatal y el autonómico no se rigen únicamente por las generales del modelo binómico bases más desarrollo, que permiten a la Comunidad Autónoma el desarrollo normativo de las bases estatales con el límite sustancial de su no contradicción. En la fijación del currículo, a ese condicionante de corte negativo se añade otro de sesgo positivo, cual es la preceptiva inclusión de las enseñanzas mínimas estatales en la norma que las desarrolla, como garantía reforzada de respeto, en la medida en que han de ser asumidas e incluidas como contenido propio, formando parte integrante de la norma autonómica. Ya en el Dictamen 160/2002 calificamos los reales decretos aprobatorios de los elementos básicos del currículo como normas de mínimos, en la medida en que establecen ese mínimo común denominador propio de toda norma básica, que ofrece un cimiento único sobre el que construir las diversas regulaciones autonómicas adaptadas a la realidad regional correspondiente.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha indeterminada, la Dirección General de Formación Profesional e Innovación Educativa elabora un primer borrador de Decreto por el que se establece el currículo de las enseñanzas profesionales de danza para la Región de Murcia.

El Anteproyecto se acompaña de la siguiente documentación:

a) Informe-memoria expresivo de los antecedentes y objetivos perseguidos con la aprobación de la futura norma, de su fundamento competencial y de su naturaleza ejecutiva respecto de la legislación básica estatal.

b) Informe sobre impacto por razón de género, según el cual el Proyecto no contiene disposición alguna que facilite situaciones de discriminación por razón de género que afecte a los derechos e intereses legítimos de los miembros de la comunidad educativa.

c) Estudio económico, que valora el coste de la regulación contenida en el Proyecto en 43.040 euros anuales, como consecuencia del incremento de 5,5 horas lectivas semanales respecto de la regulación actual. Asimismo, valora el coste aproximado de implantación de la especialidad de Baile Flamenco en 845.203 euros, si bien manifiesta que dicha especialidad no se imparte en la actualidad ni está prevista su implantación inmediata, aunque se valora dada la incorporación de la misma al currículo.

d) Propuesta del Director General de Formación Profesional e Innovación Educativa al entonces Consejero de Educación y Cultura, para que eleve al Consejo de Gobierno el texto del Proyecto a fin de ser aprobado como Decreto.

e) Orden del Consejero consultante por la que se dispone la elevación del texto al Consejo de Gobierno para su aprobación como Decreto.

**SEGUNDO.-** Con fecha 18 de junio de 2007, se emite informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, que formula diversas observaciones tanto de técnica normativa como de contenido, que serán asumidas e incorporadas al texto.

Resultado de las observaciones del Servicio Jurídico es la elaboración de un segundo borrador que también consta en el expediente.

**TERCERO.-** Solicitado el preceptivo informe del Consejo Escolar de la Región de Murcia, se aprueba en sesión de fecha 6 de septiembre de 2007, en sentido favorable al texto, si bien realiza diversas observaciones que sólo parcialmente serán incorporadas al Proyecto. La justificación del rechazo a las que no lo son es el objeto del informe de la Dirección General de Ordenación Académica, que consta al folio 265 del expediente.

**CUARTO.-** Con fecha 25 de septiembre de 2007, la Directora General de Ordenación Académica justifica la urgencia de la tramitación del expediente en la necesidad de implantar las enseñanzas reguladas por el Proyecto en el referido curso, para cumplir así con el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo, establecida por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), conforme al Real Decreto 806/2006, de 30 de junio, que aprueba dicho calendario.

**QUINTO.-** Con fecha 1 de octubre de 2007, se emite informe de la Vicesecretaría de la Consejería impulsora del Proyecto.

**SEXTO.-** Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite con fecha 8 de noviembre de 2007, en sentido favorable al Proyecto, formulando diversas observaciones.

La justificación del rechazo de las que no han sido incorporadas al texto se contiene en informe de la Directora General de Ordenación Académica, de 29 de noviembre de 2007.

La asunción del resto de sugerencias da como resultado la elaboración de un nuevo texto, el definitivo, que consta en el expediente autorizado como tal, mediante diligencia del Secretario General de la Consejería consultante.

En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 10 de diciembre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter y plazo de emisión del Dictamen.**

1. El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

En el Proyecto sometido a consulta concurren las notas que lo caracterizan como reglamento ejecutivo de la legislación básica estatal, dado que el objeto de la norma proyectada es el establecimiento del currículo de las enseñanzas profesionales de danza en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, cumpliendo con ello el mandato establecido por el artículo 6.4 en relación con el 46.1 LOE. Nos encontramos, pues, con un reglamento fruto de un expreso mandato de regulación contenido en la norma básica, carácter que corresponde a la LOE en virtud de su Disposición final quinta.

Cabe, en definitiva, considerar el texto sometido a consulta como desarrollo de legislación básica estatal y el Dictamen solicitado como preceptivo.

2. Se ha pedido por la Consejería consultante la tramitación de urgencia en la emisión del presente Dictamen, para que se despache en el plazo de urgencia —15 días— recogido por el artículo 10.5 LCJ, ruego que no es atendido, toda vez que cuando la consulta tiene entrada en el Consejo, el 10 de diciembre de 2007, el curso académico ya había empezado, lo que dejaba huérfana de fundamento la tramitación urgente, pues ésta se basaba en la obligación de implantar las enseñanzas objeto de regulación en el curso 2007-2008, medida que resultaba de imposible cumplimiento aun emitiéndose el Dictamen en el breve plazo de 15 días, pues para entonces el curso académico habría consumido ya una tercera parte de su extensión. Debe considerarse al respecto que la implantación efectiva de las enseñanzas objeto del Proyecto no se consigue con la mera aprobación y entrada en vigor del futuro Decreto, sino que son precisas nuevas actuaciones, tanto de la propia Consejería como de los centros educativos, para posibilitar su puesta en marcha, adquiriendo singular relevancia entre estas últimas las programaciones didácticas que concreten las enseñanzas definidas por el currículo.

Debe destacarse que las razones de urgencia sí podían apreciarse al momento de comenzar la elaboración interna del Proyecto, a mediados de junio del 2007, fecha ya de por sí muy tardía para iniciar el procedimiento de elaboración reglamentaria, cuando la normativa básica que establecía la obligación de implantar las enseñanzas en el curso 2007-2008 data de junio de 2006 y el Real Decreto que fija los aspectos básicos del currículo es el número 85/2007, de 26 de enero.

**SEGUNDA.- Competencia material y habilitación normativa.**

1. El Proyecto tiene un objeto plural, en la medida en que no se limita a fijar el currículo correspondiente a las enseñanzas profesionales de danza, sino que, más allá, pretende ordenarlas, es decir, establecer sus características y organización, regulando aspectos relativos al ingreso en aquéllas, a la autonomía pedagógica y organizativa de los centros que las imparten y a la implantación de las enseñanzas.

Puede afirmarse, de principio, que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia cuenta con competencia suficiente para normar acerca de dichos extremos, al amparo del artículo 16 del Estatuto de Autonomía (EAMU), que le atribuye la de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución y las leyes orgánicas que lo desarrollen.

Entre estas leyes orgánicas, la LOE dedica el Capítulo VI de su Título I a las enseñanzas artísticas, de la que forman parte las enseñanzas profesionales de danza (art. 45.2, letra b, LOE), remitiendo de forma expresa la definición de su currículo a lo establecido en el artículo 6 de la misma Ley Orgánica (art. 46.1).

Como ya se adelantó en la Consideración Primera de este Dictamen, de conformidad con el artículo 6.4 LOE, las Administraciones educativas establecerán el currículo de las enseñanzas, del que formarán parte los aspectos básicos del mismo que, con la finalidad de asegurar una formación común y garantizar la validez de los títulos correspondientes, constituyen las enseñanzas mínimas, cuya fijación queda reservada al Estado (art. 6.2).

El artículo 47 LOE, en sus apartados 1 y 2, dispone que las Administraciones educativas facilitarán al alumnado la posibilidad de cursar simultáneamente las enseñanzas artísticas profesionales y la educación secundaria, para lo que se podrán adoptar las oportunas medidas de organización y ordenación académica, que incluirán, entre otras, las convalidaciones y la creación de centros integrados.

En cuanto al acceso a las enseñanzas, el artículo 49 LOE deja a las Administraciones educativas la regulación y organización de la prueba específica de acceso, previendo expresamente la posibilidad de acceder a los diferentes cursos sin haber superado los anteriores, mediante la demostración de los conocimientos necesarios en una prueba específica.

En desarrollo de las previsiones de la LOE, el Real Decreto 85/2007, de 26 de enero, por el que se fijan los aspectos básicos del currículo de las enseñanzas profesionales de danza, establece las enseñanzas mínimas, efectuando numerosas remisiones a la actuación normativa de las Administraciones educativas, como las siguientes:

— Artículo 5.3.- Establecer el currículo de las enseñanzas profesionales de danza y los horarios correspondientes.

— Artículo 6.2, 3 y 4.- Determinar los cursos en los que se deban impartir las asignaturas en que se organiza el currículo, pudiendo añadir otras distintas de las establecidas con carácter básico. Asimismo, las Administraciones educativas podrán potenciar en sus currículos distintos perfiles dentro de cada especialidad en los dos últimos cursos.

— Artículo 7.- Regular y organizar las pruebas de acceso a las enseñanzas.

— Artículo 10.1 y 3.- Regular los procesos de matriculación del alumnado y las condiciones para la matriculación excepcional en más de un curso.

— Artículo 11.5.- Regular las condiciones para que los centros organicen las oportunas pruebas extraordinarias con el fin de facilitar a los alumnos la recuperación de las asignaturas con evaluación negativa.

— Artículo 13.2.- Establecer las condiciones para, de forma excepcional, ampliar en un año el límite de permanencia en las enseñanzas.

— Artículo 18.- Determinar la forma de supervisar el procedimiento de cumplimentación y custodia de los documentos de evaluación.

— Artículo 20.- Establecer, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 47 LOE, convalidaciones cuando éstas afecten a las materias optativas de educación secundaria obligatoria y de bachillerato, y regular adaptaciones de los currículos encaminadas a facilitar la simultaneidad de las enseñanzas de régimen especial y general.

— Disposición adicional primera.- Concretar el porcentaje que la nota media obtenida en el conjunto de las enseñanzas profesionales de danza, supondrá en la calificación de la prueba de acceso a las enseñanzas superiores.

— Disposición adicional segunda.- Adaptar el currículo a las necesidades del alumnado con discapacidad.

— Disposición adicional tercera.- Determinar las condiciones en las que el alumno con una sola asignatura pendiente del plan de estudios anterior pueda superarla.

Estas previsiones de regulación autonómica son acordes, asimismo, con la Disposición final sexta de la LOE, según la cual sus normas podrán ser desarrolladas por las Comunidades Autónomas, a excepción de las relativas a aquellas materias cuya regulación se encomienda por la misma al Gobierno de la Nación o que corresponden al Estado conforme a lo establecido en la Disposición adicional primera, 2, de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación (en adelante LOE), es decir: la ordenación general del sistema educativo; la programación general de la enseñanza; la fijación de las enseñanzas mínimas y de las condiciones para la obtención, expedición y homologación de títulos; la Alta Inspección; y las demás facultades que, conforme al artículo 149.1,30ª CE, corresponden al Estado para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos.

2. El ejercicio de la competencia corresponde al Consejo de Gobierno en virtud de sus funciones estatutarias (artículo 32 EAMU) y legales (artículos 21.1, 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia).

**TERCERA.- Procedimiento de elaboración.**

Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, si bien el trámite consistente en la preceptiva memoria que justifique la oportunidad del Proyecto y que incluya la motivación técnica y jurídica de las concretas determinaciones normativas propuestas, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, no puede entenderse cumplimentado con la escueta fundamentación contenida en el informe-memoria que obra en el expediente.

Tampoco contiene éste una relación de las disposiciones cuya vigencia quedará afectada por la entrada en vigor de la nueva norma, si bien la Disposición derogatoria del Proyecto ofrece información suficiente sobre la incidencia que la inserción de la nueva norma tendrá en el conjunto del ordenamiento.

**CUARTA.- Texto sometido a consulta.**

El texto que figura como definitivo en el expediente consta de una parte expositiva innominada, 19 artículos divididos en 7 capítulos (I, *disposiciones de carácter general*; II, *del currículo*; III, *del acceso a las enseñanzas*; IV, *de la evaluación, la promoción y la permanencia*; V, *de los documentos de evaluación*; VI, *correspondencia con otras enseñanzas*; y VII, *de la autonomía pedagógica y organizativa de los centros*), tres Disposiciones adicionales, una transitoria, una derogatoria y una final, así como 4 Anexos.

La titulación del Capítulo VII debería completarse con la adición de la expresión introductoria “de la”.

**QUINTA.- La reproducción en el currículo de las enseñanzas mínimas.**

Dadas las referencias ya contenidas en el expediente, singularmente en los informes del Servicio Jurídico de la Consejería consultante y de la Dirección de los Servicios Jurídicos, no parece necesario reproducir aquí la consolidada doctrina de este Consejo Jurídico (por todos, Dictámenes 23/1998, 48 y 101/2003), deudora de la del Consejo de Estado (entre otros, Dictamen 50.261, de 10 de marzo de 1988), que pone de manifiesto los riesgos de utilizar la técnica de la “*lex repetita*” para incorporar contenidos normativos básicos al ordenamiento regional y las medidas a adoptar para minimizarlos.

En síntesis, se trata de reiterar las consideraciones ya efectuadas por los órganos preinformantes, respecto a la conveniencia de advertir en el texto reglamentario regional cuáles de sus contenidos tienen un origen legal o básico, y que la transcripción de las referidas normas estatales ha de hacerse de forma literal, sugerencia no asumida hasta ahora en su totalidad por la Dirección General promotora del Proyecto (a modo de ejemplo, el artículo 7.3 de éste reproduce un precepto básico, omitiendo cualquier información acerca de su origen estatal), ha de prestarse especial atención a la peculiar naturaleza del conjunto normativo en que se insertará el futuro Decreto y a la incidencia de aquélla sobre los límites para el ejercicio de la potestad reglamentaria por la Administración regional, en orden a la aprobación del currículo.

La Exposición de Motivos de la LOE afirma que la definición y organización del currículo constituye uno de los elementos centrales del sistema educativo, definiéndolo como el “*conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación de cada una de las enseñanzas*” (artículo 6.1 LOE). Constituye, en definitiva, el instrumento normativo para perfilar las líneas esenciales que configuran cada enseñanza,



posibilitando su adaptación a la realidad social de cada Comunidad Autónoma, mediante la atribución de su establecimiento a las respectivas Administraciones educativas.

La necesidad de reducir las diferencias regionales a una mínima unidad, que dote de homogeneidad al sistema educativo, asegurando tanto una formación común a todos los ciudadanos, independientemente de la Comunidad Autónoma en la que hayan recibido las enseñanzas, como la validez en todo el territorio nacional de los títulos expedidos por las Administraciones autonómicas, determina la reserva al Gobierno de la Nación de la competencia para fijar los elementos básicos del currículo, en relación con los objetivos, competencias básicas, contenidos y criterios de evaluación (artículo 6.2 LOE). Tales elementos básicos, que constituyen las enseñanzas mínimas de cada enseñanza, “*formarán parte*” (artículo 6.4 LOE) de los currículos aprobados por las Administraciones educativas, que a su vez, serán desarrollados y completados por los centros docentes en uso de su autonomía.

En esta materia, por tanto, las relaciones entre el ordenamiento estatal y el autonómico no se rigen únicamente por las generales del modelo binómico “bases más desarrollo”, que permiten a la Comunidad Autónoma el desarrollo normativo de las bases estatales con el límite sustancial de su no contradicción. En la fijación del currículo, a ese condicionante de corte negativo se añade otro de sesgo positivo, cual es la preceptiva inclusión de las enseñanzas mínimas estatales en la norma que las desarrolla, como garantía reforzada de respeto, en la medida en que han de ser asumidas e incluidas como contenido propio, formando parte integrante de la norma autonómica.

Ya en el Dictamen 160/2002 calificamos los reales decretos aprobatorios de los elementos básicos del currículo como normas de mínimos, en la medida en que establecen ese mínimo común denominador propio de toda norma básica, que ofrece un cimiento único sobre el que construir las diversas regulaciones autonómicas adaptadas a la realidad regional correspondiente. En consecuencia, el Consejo Jurídico no encuentra obstáculo en que las enseñanzas mínimas sean completadas y desarrolladas por la Comunidad Autónoma, mediante el establecimiento de prescripciones no previstas en aquéllas, es decir, ampliando los contenidos, objetivos o finalidades de cada enseñanza, aunque siempre con el límite de su compatibilidad material y complementariedad respecto a los establecidos por las enseñanzas mínimas.

Ahora bien, dado que deben formar parte, necesariamente, de los currículos, lo que no puede admitirse es la omisión en éstos de algún elemento de dichas enseñanzas mínimas. Y esto es lo que ocurre en el Proyecto sometido a consulta, cuyo Anexo III, al establecer el currículo de cada una de las asignaturas en que se organizan las enseñanzas, no incluye los aspectos básicos en su integridad. Así, a modo de ejemplo, en la asignatura “danza clásica” de la especialidad homónima, se omiten parte de los contenidos fijados por las enseñanzas mínimas, como los de “*clase de puntas: estudio de todos los pasos sobre zapatillas de media punta, y sobre zapatillas de punta para las chicas. Clase para chicos: estudio de todos aquellos pasos que específicamente son denominados “pasos para varones”. Desarrollo del perfeccionamiento técnico del giro y el salto. Desarrollo de las capacidades creativas*”. Otro tanto sucede con los contenidos de la asignatura “improvisación” de la especialidad “danza contemporánea”.

Del mismo modo, el mandato legal básico de que las enseñanzas mínimas formen parte de los currículos, refuerza la necesidad de que los contenidos normativos trasladados de la legislación estatal a la regional lo sean en su literalidad, evitando cualquier alteración o matización que, por definición, repugna al concepto de enseñanza mínima, en la medida

en que su función de garantía esencial para la unidad del sistema educativo podría verse afectada. En este sentido, por ejemplo, no es lo mismo “*responder adecuadamente con el propio lenguaje corporal a una idea propuesta por la pareja*” (objetivo básico de la asignatura “improvisación” en la especialidad “danza contemporánea”), que “*responder adecuadamente con el propio lenguaje corporal a ideas propuestas*” (objetivo definido para la misma asignatura según el Proyecto). También se altera sustancialmente el criterio de evaluación básico de la asignatura “repertorio” de la especialidad “danza clásica”, consistente en “*interpretar en público un cuerpo de baile del repertorio clásico*”, cuando el criterio de evaluación establecido por el Proyecto para dicha asignatura es el de interpretar esa pieza, pero sin exigir que sea en público.

Debe en consecuencia, efectuarse una revisión general del Anexo III del Proyecto, en orden a corregir las omisiones y alteraciones que, en la incorporación de las enseñanzas mínimas, se hayan podido producir.

Asimismo, debe adecuarse la redacción del artículo 2.1 del Proyecto a la del artículo 1 RD 85/2007, toda vez que al establecer el Proyecto la finalidad de las enseñanzas objeto de regulación, señala la de “*proporcionar al alumnado una óptima formación artística*”, cuando la norma básica fija como tal finalidad la de proporcionar una “*formación artística de calidad*”.

**SIXTA.- Observaciones al texto.**

— A la parte expositiva.

Según su tercer párrafo, el Proyecto desarrolla el currículo de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 5.3 y 6.3 RD 85/2007, cuando lo cierto es que la referencia básica viene constituida no sólo por los apartados indicados, sino por el conjunto de los artículos 5 y 6 del reglamento estatal, que integran su Capítulo II, denominado “Del currículo”.

— A la fórmula promulgatoria.

La referencia a los informes y consultas efectuados en la elaboración del Proyecto, como el del Consejo Escolar de la Región de Murcia, debe consignarse en párrafo independiente de la fórmula promulgatoria, en la cual únicamente debe figurar la indicación del presente Dictamen, para expresar si la norma se ajusta al mismo o se separa de él (Directrices 13 y 16 de las de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005).

— Artículo 2. Finalidad y organización.

Cuando se cite una norma por primera vez en la parte dispositiva, debe hacerse de forma extensa, con indicación del tipo de norma, número, fecha y nombre completo. En este sentido, se advierte la omisión del último elemento en las citas que efectúa el precepto del RD 85/2007 y de la LOE (Directrices 73 y 80, de las de técnica normativa).

— Artículo 6. Acceso a las enseñanzas profesionales de danza.

El apartado 4 contiene una cita al RD 85/2007 que, por error, se refiere al “RD 85/2006”.

— Artículo 9. Matriculación.

Tanto la norma básica como el Proyecto prevén de forma expresa la posibilidad de matriculación en distintas especialidades, así como que las asignaturas comunes de dichas

especialidades se cursarán sólo en una de ellas. La calificación obtenida en estas asignaturas será válida para todas las especialidades. Sin embargo, el artículo 9.1 del Proyecto dispone que la calificación obtenida en las asignaturas comunes será válida “*para la otra especialidad*”, como si sólo se pudieran cursar un máximo de dos especialidades.

Procede, en consecuencia, adecuar la redacción del Proyecto a la norma básica (art. 10.2 RD 85/2007).

— Artículo 16. Traslado de expediente.

El apartado 1 alude al supuesto de cambio de centro antes de finalizar las enseñanzas, en cuyo caso el libro de calificaciones será remitido por el centro de origen al de destino. Cuando el alumno proceda de un centro privado, dispone el precepto que “*esta diligencia*” será cumplimentada por el conservatorio a que esté adscrito.

Omite el precepto, sin embargo, regular esa “*diligencia*” que, a la vista de la regulación de las enseñanzas profesionales de música -cuyo Proyecto de Decreto ha sido sometido a consulta de este Consejo Jurídico-, cabe presumir que será aquella en la que se haga constar que las calificaciones concuerdan con las actas que obran en el centro.

Debería incluirse esta precisión en el precepto para dotar de sentido y término de referencia a la expresión “*esta diligencia*”.

— Artículo 17. Correspondencia entre enseñanzas profesionales de danza y enseñanzas de la educación secundaria obligatoria y de bachillerato.

El precepto no hace sino una genérica previsión de medidas organizativas que ningún valor normativo aportan a lo ya establecido por los artículos 47 LOE y 20 RD 85/2007, por lo que, o bien se pergeñan ya en el Proyecto esas medidas organizativas y de ordenación académica que meramente se anuncian en el artículo, o se suprime el precepto, pues en nada innova el ordenamiento jurídico, siendo menos expresivo, incluso, que las normas que se pretenden desarrollar.

— Artículo 18. Autonomía pedagógica y organizativa de los centros.

a) De los 7 apartados en que se divide el artículo, sólo dos -el 4 y el 7- contienen normas que no son reproducción de otras básicas. El resto, para incorporar la regulación estatal, utilizan una reprobable técnica de espiguelo, consistente en tomar del precepto básico sólo una parte, despreciando el resto. Adviértase que, con este proceder, se potencian los riesgos derivados de la técnica “*lex repetita*” (ya expuestos en consideraciones precedentes de este Dictamen) y no se alcanza el objetivo que constituye su principal fundamento, como es el de conseguir reunir en una sola disposición la regulación estatal y regional aplicable.

b) El apartado 6 reproduce el artículo 125 LOE, si bien suprime la referencia al currículo como contenido necesario de la programación general anual del centro, lo que debe corregirse.

— Disposición adicional segunda. Incorporación de alumnos procedentes de planes anteriores con asignaturas pendientes.

Para mejorar la coherencia interna del texto, el apartado 2 debería comenzar con una conexión al artículo 11.1 del Proyecto, al modo de “de conformidad con” o “de acuerdo con”, pues ambos preceptos contienen una regulación parcialmente coincidente.

— Disposición final única. Entrada en vigor.

La entrada en vigor de la futura norma debería acomodarse a la irregular situación originada por la no implantación de las enseñanzas en el momento establecido por la norma básica, demorando el comienzo de la vigencia del Decreto hasta el comienzo del próximo curso académico, en el que habrán de implantarse todos los cursos de las enseñanzas profesionales de danza, tanto los cuatro primeros que debieron comenzar en el presente curso académico, como 5º y 6º que habrán de implantarse en el curso 2008-2009 (artículo 21.1 y 2 RD 806/2006).

De no hacerlo así y disponer la inmediata entrada en vigor del nuevo Decreto, puede generarse confusión por el juego de la Disposición transitoria del Proyecto, que remite, sin matización alguna, el calendario de implantación de las enseñanzas al establecido con carácter básico, según el cual, como se ha dicho, los cuatro primeros niveles ya debían estar cursándose.

— Anexo I. Distribución de asignaturas por curso y especialidad y tiempos lectivos de las enseñanzas profesionales de danza.

De conformidad con el artículo 6.3 LOE, los contenidos básicos de las enseñanzas mínimas requerirán el 65% de los horarios escolares, estableciendo el Anexo II RD 85/2007 el horario escolar mínimo por asignaturas y grado. Sin embargo, el criterio para la asignación de tiempos lectivos utilizado por el Anexo I del Proyecto atiende a horas semanales por asignatura en cada especialidad y curso, determinando términos de comparación heterogéneos entre la norma básica y su desarrollo regional, que impiden conocer con exactitud si la distribución de tiempos lectivos efectuada por el Proyecto respeta los porcentajes y horas establecidos por el artículo 6.3 LOE y las enseñanzas mínimas.

Por ello, el Consejo Jurídico considera procedente que, por la Consejería consultante y antes de la elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno, se incorpore al expediente un documento que certifique el cumplimiento de la normativa básica en este singular extremo.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar la norma sometida a consulta, correspondiendo al Consejo de Gobierno su aprobación como Decreto.

**SEGUNDA.**- La tramitación del Proyecto se ha ajustado a las normas que disciplinan el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de las carencias puestas de manifiesto en la Consideración Tercera de este Dictamen.

**TERCERA.**- Tiene carácter esencial la observación relativa a la necesidad de corregir las omisiones y alteraciones que, en la incorporación de las enseñanzas mínimas al currículo contenido en el Anexo III del Proyecto, se hayan podido producir, de conformidad con lo expresado en la Consideración Quinta de este Dictamen.

**CUARTA.**- El resto de observaciones, de incorporarse al texto del Proyecto, contribuirían a su mayor perfección técnica y mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 65/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, por daños y perjuicios sufridos por accidente de circulación.****Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)****Fecha: 07/04/08****Extracto de Doctrina***Nota: concluye en la necesidad de completar instrucción.***ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de julio de 2005, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, por los daños sufridos con motivo de un accidente ocurrido el 5 de noviembre del 2004, cuando circulaba a las 20 horas con su ciclomotor marca Honda Shadow (matrícula “—“) por la conocida como “la antigua carretera de Archena”, en el término municipal de Lorquí.

Describe lo ocurrido del siguiente modo:

*“... a unos diez metros antes de llegar a la intersección junto a la que se encuentra la noria, la rueda delantera de mi vehículo se introdujo en un bache de importantes dimensiones que ocupaba parte del carril por el que venía circulando, por lo que perdí el control de mi ciclomotor cayendo al suelo, con la mala fortuna de que el ciclomotor me cayó encima de la pierna izquierda, por lo que sufrí importantes lesiones.*

*Nada pude hacer para esquivar el referido obstáculo pues era de noche y la zona carece de iluminación artificial, estando el socavón ubicado en la zona transitable sin indicación alguna que anunciara la evidente situación de riesgo.*

*A consecuencia de dicho accidente sufrí graves lesiones por las que fui trasladado por una ambulancia del Servicio Murciano de Salud al servicio de urgencias del Hospital Morales Meseguer, donde me diagnosticaron artritis traumática de rodilla y fractura bima-leolar de tobillo izquierdo”.*

Solicita la cantidad de 21.064,39 euros, desglosada en las siguientes partidas:

- 5 días de estancia hospitalaria: 290,95 euros.
- 188 días improductivos para sus tareas habituales: 8.888,64 euros.
- 35 días no improductivos: 891,10 euros.
- Secuelas: 7.036,92 euros por once puntos relativos a perjuicios fisiológicos, y 2.957,35 euros también por cinco puntos relativos al perjuicio estético.
- 999,43 euros correspondiente al 10% de factor corrector por lesiones permanentes al encontrarse en edad laboral (61 años).

Acompaña una serie de documentos, entre los que cabe reseñar un acta de presencia levantada por el Notario del Ilustre Colegio de Albacete x. el 25 de noviembre de 2004, acompañada de fotografías, que reflejan el deterioro del tramo de la carretera donde se produjo el accidente.

Finalmente propone el reclamante la testifical del Agente de la Policía Local de Lorquí que presencié el accidente (sic), dejando consignado el despacho de un letrado a efectos de notificaciones.

**SEGUNDO.-** Con fecha 10 de septiembre de 2005 (registro de salida) se le comunicó al reclamante la información exigida por el artículo 42.4), segundo párrafo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC). En el mismo oficio se le requiere al interesado para que aporte los documentos que se reseñan en el folio 31, siendo cumplimentado el 29 de septiembre siguiente.

**TERCERO.-** Solicitado informe de la Dirección General de Carreteras es evacuado el 13 de octubre de 2005 (folio 97), en el sentido de solicitar al órgano instructor, como presupuesto para proceder a su emisión, las fotografías originales para situar el lugar exacto del accidente, y la prueba testifical del Agente de la Policía Local de Lorquí, sin que conste que se cumplimentara dicha petición con posterioridad y, por tanto, sin que obre su informe sobre la relación de causalidad entre el accidente producido y el funcionamiento del servicio público.

**CUARTO.-** El 15 de junio de 2006 se practica la prueba testifical propuesta por la parte reclamante, según acta obrante en los folios 112 y siguientes, en la que se señala por el testigo que *“a la semana aproximadamente observé que el bache estaba tapado con asfalto”*.

**QUINTO.-** Otorgado trámite de audiencia a su representante legal, con representación apud acta ante el funcionario (documento núm. 12), no consta que formulara alegaciones, tras lo cual se dicta propuesta de resolución estimatoria el 11 de diciembre de 2007, proponiendo una cuantía indemnizatoria de 1.703,41 euros.

**SEXTO.-** Con fecha 20 de diciembre de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, según preceptúa el artículo 12.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

**SEGUNDA.-** Sobre la necesidad de completar la instrucción.

En la medida que el Consejo Jurídico ha de pronunciarse sobre la valoración del daño causado, en los términos indicados en la Consideración anterior, dado que la propuesta

elevada es estimatoria, se ha de completar la instrucción seguida por el órgano que tramita el procedimiento (artículo 78.1 LPAC) con las siguientes actuaciones:

1ª) La propuesta de resolución elevada propone que se estime la reclamación presentada en la cuantía de 1.703,41 euros, frente a la cantidad solicitada por el reclamante de 21.064,39 euros, sin que consten las razones que sustentan aquélla, y sin coincidir con ninguna de las partidas que desglosa el interesado. Por ello, ha de motivarse la propuesta indemnizatoria para que pueda ser valorada por el Consejo Jurídico, conjuntamente con las cuestiones de fondo planteadas.

2ª) Previamente debería solicitarse al reclamante que aporte los partes de baja correspondiente al periodo que reclama como días improductivos para sus ocupaciones habituales (un total de 188 días), que tampoco se justifican en el expediente, desconociéndose incluso su profesión habitual.

3ª) En relación con las secuelas que se reclaman (7.036,92 euros más 2.957,35 euros), que se fundamentan en un informe pericial de parte, debería recabarse, a través de la Consejería competente, con el traslado de la copia de la reclamación, el parecer del facultativo del Hospital Morales Meseguer que le dió el alta médica (folios 16 y 17) sobre las secuelas y los días improductivos del paciente, en su condición de médico responsable conforme al artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica o, en su defecto, de la Inspección de los Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma (artículo 14.6,a) del Decreto regional 15/2008, de 15 de enero). Igualmente debería recabarse la opinión acerca de si influyó en el agravamiento de las lesiones sufridas en el accidente la artrosis que padecía el reclamante, según consta en la historia clínica (folio 22).

Además, puesto que el Servicio de Conservación de la Dirección General de Carreteras recabó –para poder emitir su informe- las fotografías y la declaración del agente de la policía local, debería ser nuevamente solicitado remitiéndose la documentación indicada, pues no consta que se realizara este último trámite.

Tras ser completada la instrucción con estas actuaciones, y otorgar un trámite de audiencia al reclamante, la propuesta de resolución resultante, acompañada del resto de la documentación, deberá ser elevada al Consejo Jurídico para que se pronuncie sobre el fondo de la cuestión planteada con el alcance señalado en la Consideración Primera.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Procede completar la instrucción, en los términos indicados en la Consideración Segunda, y elevar la propuesta de resolución para que se dictamine por el Consejo Jurídico la cuestión de fondo planteada.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 66/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 07/04/08**

**Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 52/2008.*

**DICTAMEN 67/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 07/04/08**

**Extracto de Doctrina**

*Nota: Concluye en la necesidad de completar la instrucción, sin entrar en el fondo del asunto.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 17 de enero de 2007, la Directora del CPEI “La Naranja” de Beniján (Murcia) remitió escrito de comunicación de accidente escolar ocurrido con fecha 15 de enero anterior por la alumna x., en el cual se exponía lo siguiente:

*“...La niña estaba jugando en un banco de madera con otros niños y se cayó al suelo recibiendo el golpe en la mandíbula, de inmediato intentaron cortar la hemorragia y llamaron a los padres que llegaron los dos al instante y llevaron a la niña al centro de salud y de allí al Hospital Virgen de la Arrixaca”.*

**SEGUNDO.-** Mediante oficio de 19 de enero de 2007, la citada Directora remitió escrito de x. de reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por su hija el 15 de enero de 2007 en el citado Centro. En dicho escrito expone que:

*“La niña estaba jugando en el patio, en la hora del recreo, en un banco de madera con otros niños y se cayó al suelo recibiendo un golpe fuerte en la mandíbula, produciéndole los siguientes daños: 4 dientes que se le mueven, el labio inferior partido. La cirujano maxilofacial que le asistió dijo a la madre que los dientes se le caerán y necesitará revisiones muy periódicas del dentista desde ya mismo, ya que los dientes le saldrán torcidos”.*

A la solicitud de reclamación de daños y perjuicios, acompañaba la reclamante la siguiente documentación:



- Informe de 15 de enero de 2007, de alta del Servicio de Urgencias del Hospital “Virgen de la Arrixaca”.
- Fotocopia compulsada del Libro de Familia.
- Informe Bucodental del doctor x., sin fecha.
- Facturas de la Clínica Dental Infantil “x.”, de fechas 24 de enero de 2007 (45 euros) y 7 de enero de 2007 (50 euros).

**TERCERO.-** Con fecha 6 de marzo de 2007 el Secretario General de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente, con notificación a la interesada.

**CUARTO.-** A instancia del órgano instructor se solicitó informe a la Directora del Centro sobre el acaecimiento de los hechos.

En el informe remitido, de fecha 15 de marzo de 2007, se manifiesta lo siguiente:

*“...Con fecha 15 de enero de 2007 la alumna de nuestro Centro x. sufrió una caída, en el patio del Centro, en la hora del recreo (...). La caída fue fortuita y no hubo intención alguna por parte de otros niños de agredirla. Tenga en cuenta que se trata de niños de tres años y que estaban jugando en el patio. Al caer al suelo desde el banco, la niña amortiguó la caída con la cara dándose el golpe en la mandíbula.*

*El profesorado responsable era el que estaba de guardia en el patio: x, y, (tutora de la niña), z..*

*El banco estaba y está en perfectas condiciones con la observación de que está colocado algo bajo respecto del suelo, la altura del asiento es de 50 cm. aproximadamente.*

*Inmediatamente la niña recibió la atención necesaria por parte del profesorado para cortar la hemorragia y se llamó a los padres, que acudieron de inmediato y a los que se les aconsejó que la llevaran al centro de salud.*

*No se han producido accidentes con anterioridad en este mismo lugar, pero las caídas en el patio son frecuentes debido a la corta edad de nuestro alumnado y motivado porque su desarrollo psicomotor está madurando”.*

A instancia del órgano instructor, el 31 de enero de 2008 la citada Directora emitió informe ampliatorio del anterior, del que se destaca lo siguiente:

*“Cuando se cayó las responsables en el recreo eran: x. (tutora de la niña, el curso 2006/2007), y, z., todas estábamos atentas a los niños/as que jugaban en el patio y realizamos el protocolo correcto para este tipo de casos, pero hay que comprender que las caídas en el patio son frecuentes debido a la corta edad de nuestro alumnado; añadir que x. solo tenía 3 años y su desarrollo psicomotor estaba evolucionando, siendo muy inmaduro en el momento de la caída”.*

**QUINTO.-** Solicitado por dos veces (una el 28-03-07 y otra el 22-05-07) a la Unidad Técnica de Centros Educativos de la Dirección General de Enseñanzas Escolares un informe sobre el estado del banco y el cumplimiento de las medidas de seguridad exigidas para los centros de educación infantil en el citado colegio, no consta que se haya producido hasta la fecha contestación alguna por parte de dicho Servicio.

**SEXTO.-** Con fecha de 7 de febrero de 2008 se acuerda la apertura de trámite de audiencia, con notificación a la interesada, sin que conste que haya hecho uso de dicho trámite.

**SÉPTIMO.-** El 27 de febrero de 2008 se formula propuesta desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que no concurre el necesario y adecuado nexo de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y los daños por los que se reclama.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.**

I. La acción indemnizatoria ha sido ejercitada dentro del plazo de un año que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

II. La hija de la reclamante, menor de edad (actuando su madre en su representación legal), al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa, consistente en la omisión de las medidas de seguridad exigibles en las instalaciones en que se presta el servicio público de educación, ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva de la titularidad pública predicable de la actividad educativa con ocasión de la cual se produce el accidente.

III. A la vista de las actuaciones obrantes en el expediente remitido, debe señalarse que no se han atendido las solicitudes de informe dirigidas por el Instructor a la Unidad Técnica de instalaciones escolares, acto de instrucción necesario para que se dictamine si la instalación en cuestión reúne las características técnicas adecuadas para el centro escolar de que se trata.

Como señaló el Consejo Jurídico en su Memoria del año 1999, *“el instructor debe procurar que el expediente de cada procedimiento plasme sus contenidos legales, es decir, que se desarrolle mediante los actos que permitan determinar, conocer y comprobar todos los datos en virtud de los cuales haya de dictarse resolución, tal como la LPAC (Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) prescribe en su artículo 78, actos que deben ser realizados de oficio. La labor del instructor consiste, pues, en traer al expediente toda la información*

*que, en hipótesis, pueda ser necesaria para decidir el contenido de la resolución, sin perjuicio de que, con posterioridad, fundamente su propuesta en los hechos y razonamientos jurídicos que juzgue convenientes. Y se trata de una potestad fiduciaria, que no ejerce para sí en función de la propuesta de resolución que decida elevar a la autoridad competente para resolver, sino que la ejerce, precisamente, para que dicha autoridad pueda adoptar la resolución final, siguiendo la propuesta o separándose de ella, pero contemplando la totalidad de hechos, elementos circunstancias y alegaciones que influyan o puedan influir en la bondad de su acuerdo”.*

Sobre las consecuencias que la omisión de informes puede tener tanto sobre la instrucción del procedimiento como sobre la posible responsabilidad en que pudieran haber incurrido los funcionarios obligados a emitirlos o remitirlos, nos remitimos a nuestro Dictamen núm. 137/2004. Igualmente, hacemos constar la posibilidad de acordar la suspensión del plazo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 42.5.c) LPAC.

Finalmente, hay que tener presente que, con posterioridad al indicado trámite instructor, deberá otorgarse nuevo trámite de audiencia a la interesada, previamente a la formulación de la nueva propuesta de resolución del procedimiento, remitiéndose lo actuado a este Consejo Jurídico para la emisión de Dictamen sobre el fondo del asunto, si procede.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Procede retrotraer el procedimiento a la fase de instrucción, en la que se deberá solicitar nuevamente de la Unidad Técnica de instalaciones escolares el informe a que se refiere la Consideración Segunda, III, del presente Dictamen, por las razones allí indicadas. En consecuencia, la propuesta objeto de Dictamen se informa desfavorablemente, sin perjuicio del nuevo Dictamen que deba emitir este Consejo Jurídico sobre la nueva propuesta de resolución que se formule, una vez se le remita nuevamente el expediente.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 68/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)**

**Fecha: 09/04/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Nota: Concluye en la necesidad de completar la instrucción, sin entrar en el fondo del asunto.*

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 3 de julio de 2006 se presentó en el Registro del Colegio Público “Gregorio Miñano”, de Molina de Segura, un escrito de reclamación de daños y perjuicios formulada por x. en nombre y representación de su hijo, a consecuencia del accidente escolar sufrido por éste en el citado Colegio (sin especificar la fecha de aquél).

En la solicitud de reclamación se expresa lo siguiente:

*“Que el niño x., estando peleando con otro niño, salió corriendo y recibió una zancadilla por parte del otro niño, rompiéndose al caer dos dientes superiores en el momento, a la espera de la evolución de dichas lesiones, así como hematoma en la barbilla”.*

La solicitud de reclamación se acompañaba de la siguiente documentación:

- Fotocopia simple del Libro de Familia.
- Informe Médico, de 28 de junio de 2006, de la “Policlínica Mayor”, de Molina de Segura.
- Factura, de 28 de junio de 2006, del doctor x., por trabajos de “*obturación simple*” de dos dientes del citado niño, por importe de 120 euros.

**SEGUNDO.-** El Secretario General de la Consejería de Educación y Cultura, con fecha 9 de octubre de 2006, solicita al interesado que acredite la representación que ostentaba para comparecer en nombre de su hijo, la evaluación económica del daño alegado y la determinación de la fecha en que se produjeron los hechos.

**TERCERO.-** Con fecha 9 de noviembre de 2006 tuvo entrada en la Consejería un informe, de 3 de noviembre anterior, de la Directora del centro, sobre el accidente escolar, así como fotocopia compulsada del Libro de Familia, en el que se acredita la alegada relación paterno-filial.

En el referido informe de accidente escolar se recoge que el día 22-06-06, a las 13,30 horas, en el patio del colegio “*el menor x. sufrió una zancadilla por parte de otro alumno del centro, sufriendo la rotura de dos dientes, por lo que se solicita el abono de los costes por la reparación del daño causado*” (se hace constar al final la cantidad de 120 euros). Además, indica que el alumno sufrió “*rotura de dos dientes*”.

**CUARTO.-** Con fecha 15 de noviembre de 2006, el Secretario General de la Consejería resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructor del expediente, notificándoselo al interesado.

**QUINTO.-** Se solicitó a la Dirección del Centro Escolar un informe en el que relata-se pormenorizadamente los hechos, describiese el lugar del accidente, determinase los profesores y alumnos presentes y expresase cualquier otra manifestación procedente sobre las circunstancias concurrentes en los hechos; el 14 de diciembre de 2006 (fecha de registro de salida del centro escolar) se remitió el informe del accidente emitido en su día (en junio de 2006), en el que se expresaba lo siguiente:

*“Fecha: 20-06-06. Hora: 13.30. Lugar: Patio.*

*Personas presentes: Ex-alumnos del centro.*

*Daños sufridos: Rotura de incisivos superiores.*

*Relato de los hechos: Que el niño x. estando en el patio del colegio peleando con un compañero le pone la zancadilla, y al caer se rompe los incisivos superiores”.*

**SEXTO.-** Mediante oficio de 25 de abril de 2007 se acordó la apertura del preceptivo trámite de audiencia, al objeto de que el interesado pudiera examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimase pertinentes, sin que conste que haya hecho uso de este derecho.

**SÉPTIMO.-** El 14 de mayo de 2007 se formula propuesta estimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público educativo y los daños por los que se reclama, al acreditarse que no hubo la debida vigilancia del profesorado en el patio del colegio en el que se produjo la agresión al alumno en cuestión.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamación se ha interpuesto en plazo y por quien goza de legitimación activa para ello, el padre del menor. En cuanto a la legitimación pasiva, la ostenta la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro donde ocurrieron los hechos. El órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

II. La reclamación se ha presentado dentro del plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. A la vista de las actuaciones que se incluyen en el expediente remitido no es posible emitir Dictamen sobre el fondo del asunto, ya que el escueto informe del Centro no esclarece las circunstancias que permitan una suficiente apreciación de los hechos. Así, resulta imprescindible conocer el horario lectivo del alumno dañado y la razón por la que se encontraba en el patio a la hora del incidente, si había o no profesores presentes en ese momento y si existía comunicación expresa del Centro a los padres en cuanto a la mecánica de entrada y salida de alumnos a la finalización del horario escolar y sobre momento en que el Centro da por finalizada su obligación de guarda y custodia de los alumnos. Por ello, debe recabarse de la dirección del Centro tal información.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución, por cuanto procede completar la instrucción en los términos expuestos en la Consideración Segunda, III.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 69/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 09/04/08**

### **Extracto de Doctrina**

*El Decreto 115/2005, de 21 octubre, que establece las normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas escolares, señala en su artículo 17 que todos los alumnos tienen derecho a que se respete su integridad y dignidad personal, así como a la protección contra toda agresión física o moral, derecho que constituye a la institución educativa en garante del mismo, formando así un estándar que se ha infringido en el presente caso, razón por la que cabe apreciar responsabilidad patrimonial directa de la Administración educativa. En efecto, una agresión entre alumnos se considera un funcionamiento anormal del servicio público de educación porque supone una quiebra del deber de custodia que corresponde al centro, deber inserto plenamente en el funcionamiento del servicio público, por lo que aquella circunstancia determina la imputación del daño a la Administración (Dictámenes del Consejo de Estado 1007, 1049, 1077, 1121 y 1314, todos de 1996), siendo constante el criterio del Consejo de Estado en tal sentido (además de los anteriores, se recoge en los Dictámenes 913/2000, 945/2001 y 934/2004). Pero es que, a mayor abundamiento, la previsión reglamentaria citada supone, desde el prisma del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, que se ha incorporado al servicio público un estándar de funcionamiento cuya infracción implica el funcionamiento anómalo del mismo, la imputación del daño a la institución en cuyo seno se produce la anormalidad y la antijuridicidad del hecho.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante escrito que tuvo entrada en el registro de la Consejería consultante el 12 de marzo de 2007, x., madre del alumno x., de 1º de la ESO del Instituto de Educación Secundaria Santa María de Los Baños, de Fortuna (Murcia), reclama la cantidad de 630 euros como compensación de los gastos de dentista sufragados a consecuencia del hecho sucedido el 7 de febrero anterior, que describe así:

*“Mi hijo tuvo una discusión con un compañero de clase en el pasillo del instituto fuera de la clase. El compañero le dio un golpe en la cara y como consecuencia fracturó el incisivo central en el tercio superior del diente”.*

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designado instructor por resolución del Secretario General de la Consejería de 26 de marzo de 2007, se practicaron las siguientes actuaciones:

— Informe de accidente escolar emitido por el Director del centro en el mes de febrero de 2007, según el cual el daño se produce cuando *“dos alumnos se pelearon y uno de ellos golpeó a x. en la boca, rompiéndole un diente”.*

— Informe ampliatorio del Director del centro, de 17 de abril de 2007. Según aclara, el accidente se produce en el pasillo, en un cambio de clases. Se indica que *“las dos últimas horas de clase son con el mismo profesor y, en el cambio, de 5ª a 6ª de ese día los alumnos/as salían del aula de audiovisuales y se dirigían a su aula de tutoría habitual, Aula de Ciencias Sociales 3. En el momento de la agresión, el profesor mencionado ya estaba dentro del aula esperando la entrada del resto del grupo”.*

**TERCERO.-** Conferido trámite de audiencia a la reclamante formuló ésta sus alegaciones el 2 de julio de 2007 manifestando que, *“tras la discusión con un compañero, mi hijo recibió un golpe en la boca...”*; reitera la solicitud de indemnización en la cantidad de 630 euros ya que, según dice *“los hechos ocurrieron dentro del centro escolar en horario escolar y con ocasión de actividades del mismo”.*

**CUARTO.-** Tras ser designada nueva instructora y notificada tal incidencia a la reclamante, se formuló propuesta de resolución el 23 de enero de 2008, que concluye en estimar la reclamación al considerar que existe nexo causal entre el daño y el funcionamiento del servicio público. Admite que el puñetazo es un acto intencional del alumno agresor que siempre genera responsabilidad, dado que el deber de custodia debe evitar peleas y agresiones voluntarias, que no pueden considerarse hechos ligados al natural acontecer de la vida diaria de los alumnos, según la doctrina recogida en diversos dictámenes del Consejo de Estado y del Consejo Jurídico.

Y en tal estado, cumplimentado el expediente con el reglamentario índice de documentos y con el extracto de secretaría, fue formulada la consulta, que tuvo entrada en el registro del Consejo Jurídico el día 7 de febrero de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

### PRIMERA.-Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Procedimiento.**

La reclamación ha sido formulada por persona legitimada y dentro del plazo de un año establecido por el artículo 142.5 LPAC. La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la actual Consejería de Educación, Ciencia e Investigación competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el Centro en el que ocurrieron los hechos.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

I. Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

El Consejo Jurídico ha de destacar, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999). El Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que *“durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”*, estándar éste que resulta modulable según las circunstancias de cada caso (Dictamen del Consejo Jurídico 58/2006).

Por ello, está tanto en la doctrina del Consejo Jurídico, lo mismo que en la del Consejo de Estado, que es necesario analizar tales circunstancias para determinar la existencia de nexo causal, sobre la base de que se entienda infringido el estándar citado. Las agresiones de unos alumnos a otros se tienden a calificar como infracción del deber de vigilancia si se producen en ausencia del profesor (Dictamen 126/2004), si se hacía previsible la situación de violencia (Dictamen 129/2005) o si por las circunstancias la agresión debió ser prevenida y evitada (Dictamen del Consejo de Estado 913/2000). Sin embargo, también existen pronunciamientos que aconsejan desestimar las pretensiones indemnizatorias cuando la agresión o pelea viene precedida de una discusión mutua y los escolares tienen edad suficiente para comprender las consecuencias de sus propios actos (Dictamen del Consejo de Estado 2110/2002).

Ninguna de aquellas especiales características se aprecia en el supuesto sometido a consulta, en el que el profesor se traslada de una a otra aula con los alumnos sin que pueda establecerse por anticipado, razonablemente, que debía haber adoptado alguna medida de precaución para evitar una acción que se percibe como imprevisible, según las circunstancias del caso; además, no consta que el grupo de alumnos se haya significado por su comportamiento problemático. Debe presumirse que, por su edad, tales alumnos deben



tener un sentido de la responsabilidad suficiente como para no precisar de la vigilancia de los profesores en sus recorridos por los pasillos.

No obstante, no puede obviarse que el Decreto 115/2005, de 21 octubre, que establece las normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas escolares, señala en su artículo 17 que todos los alumnos tienen derecho a que se respete su integridad y dignidad personal, así como a la protección contra toda agresión física o moral, derecho que constituye a la institución educativa en garante del mismo, formando así un estándar que se ha infringido en el presente caso, razón por la que cabe apreciar responsabilidad patrimonial directa de la Administración educativa.

En efecto, una agresión entre alumnos se considera un funcionamiento anormal del servicio público de educación porque supone una quiebra del deber de custodia que corresponde al centro, deber inserto plenamente en el funcionamiento del servicio público, por lo que aquella circunstancia determina la imputación del daño a la Administración (Dictámenes del Consejo de Estado 1007, 1049, 1077, 1121 y 1314, todos de 1996), siendo constante el criterio del Consejo de Estado en tal sentido (además de los anteriores, se recoge en los Dictámenes 913/2000, 945/2001 y 934/2004). Pero es que, a mayor abundamiento, la previsión reglamentaria citada supone, desde el prisma del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, que se ha incorporado al servicio público un estándar de funcionamiento cuya infracción implica el funcionamiento anómalo del mismo, la imputación del daño a la institución en cuyo seno se produce la anomalía y la antijuridicidad del hecho.

En razonamiento a *sensu contrario*, tal como argumenta la propuesta de resolución, la agresión no puede ser considerada un “riesgo general de la vida” -que excluiría la imputación- porque peleas y agresiones voluntarias no son hechos ligados al natural acontecer de la vida diaria de los alumnos, afirmación que puede admitirse con carácter general, pero muy especialmente a la vista del artículo 17 del Decreto 115/2005, antes citado.

II. El daño se entiende suficientemente valorado con la factura aportada por la reclamante.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA**.- Procede estimar la reclamación sometida a Dictamen, por lo que se dictamina favorablemente la propuesta de resolución.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 70/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 14/04/08**

**Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 35/2008.*

**DICTAMEN 71/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 14/04/08**

**Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 23/2008.*

**DICTAMEN 72/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 14/04/08**

**Extracto de Doctrina**

*Existe, pues, una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público, anormal en este caso, y el daño producido, ya que la decisión de acudir a la medicina privada no se adoptó de forma voluntaria, sino que se tomó siguiendo las indicaciones de los servicios sanitarios.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 4 de julio de 2007, x. dirige un escrito a la Dirección General de Régimen Económico y Prestaciones de la Consejería de Sanidad, por el que solicita el reintegro de gastos por importe de 600 euros, derivados de la asistencia sanitaria recibida

en una clínica privada (x.) a la que fue derivado desde la Unidad de Oncología del Hospital Santa María del Rosell de Cartagena (en adelante HSMR), con el fin de que se llevase a cabo la preservación de muestras de semen mediante congelación, en previsión de futura inseminación artificial (fecundación in vitro), de forma previa a tratamiento con quimioterapia. Adjunta a su reclamación diversos documentos relativos a la actuación de la que se deriva el gasto, entre la que destaca, al efecto que aquí nos ocupa, la siguiente: a) facturas del Instituto Bernabeu por el importe antes citado; b) parte de consulta y hospitalización (P10) fechado el 20 de abril de 2007, mediante el que el Dr. x., del Servicio de Oncología del HSMR, remite al paciente a la clínica privada.

**SEGUNDO.-** Por Resolución del Director General de Régimen Económico y Prestaciones, de fecha 3 de septiembre de 2007, se deniega el reintegro solicitado ya que, a tenor de lo previsto en el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, aquél no procede por existir un centro integrado en el Sistema Nacional de Salud, el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, en el que se podía haber llevado a cabo el servicio prestado por la clínica privada.

Contra dicha resolución interpone el paciente reclamación previa a la vía judicial, en cuyo trámite la citada Dirección General de Régimen Económico y Prestaciones emite informe-propuesta en el siguiente sentido:

*“Cabe concluir que el paciente actuó conforme a las indicaciones de los médicos de la sanidad pública que le estaban tratando de su enfermedad, que fue el desconocimiento o error de éstos lo que le originó al paciente el gasto cuyo importe ahora reclama ya que podían haberle remitida al Hospital público Virgen de la Arrixaca, donde se le habría atendido gratuitamente.*

*El art. 10.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, reconoce el derecho a ser informado sobre los servicios sanitarios a los que se puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso, estableciendo el art. 3 en su punto 2 la igualdad efectiva en el acceso y las prestaciones sanitarias.*

*Por cuanto antecede a juicio de quienes suscriben no procede estimar la reclamación formulada por x. para el reintegro de gastos sanitarios por la vía del art 4.3 del RD 1030/2006, sin embargo de conformidad con lo establecido en el RD 429/2006, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, art. 5.2, se solicita la apertura del correspondiente expediente considerando en que en el presente informe se recogen los elementos exigidos en el segundo párrafo del citado artículo 5.2”.*

**TERCERO.-** El Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) dicta, con fecha 13 de noviembre de 2007, resolución por la que acuerda admitir a trámite la reclamación interpuesta por x., encomendando la instrucción del expediente al Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud. Seguidamente por el órgano instructor se llevan a cabo los siguientes actos:

a) Se notifica al interesado que su reclamación de reintegro de gastos ha sido encauzada como un procedimiento de responsabilidad patrimonial.

b) Se solicita al HSMR historia clínica del paciente e informes de los profesionales que le atendieron en relación a los hechos descritos en la reclamación.

c) Se recaba información a la Dirección de los Servicios Jurídicos sobre la posible existencia de antecedentes judiciales relativos a los hechos objeto de la reclamación.

**CUARTO.-** Los requerimientos formulados por la instructora son atendidos tanto por la Dirección de los Servicios Jurídicos que informa sobre la inexistencia de antecedentes judiciales en relación con la reclamación formulada por el x., como por el HSMR, que remite copia compulsada y foliada de la historia clínica del paciente e informe del Dr. x., de la Unidad de Oncología de dicho Hospital, según el siguiente detalle:

*“Paciente atendido por primera vez en nuestra consulta (Dr. x.) el 21/03/07 por un seminoma clásico limitado al testículo, sin evidencia de invasión vascular ni linfática (estadio pT1), por lo que se le propone tratamiento complementario con radioterapia previa recogida de semen (ver informe de fecha 21/03/07, del cual se adjunta copia, como documento n°1).*

*Hasta hace relativamente poco, los pacientes que necesitaban recogida de semen eran remitidos al Instituto Valenciano de Infertilidad (IVI) en Murcia para tal fin, al no existir, en nuestro conocimiento, centro de referencia del Servicio Murciano de Salud al que hacerlo. Al establecerse en esta ciudad el x. y disponer de la prestación, parecía lógico empezar a remitir a los pacientes a éste centro, lo que así se hacía en los casos que lo requerían.*

*Desde la Inspección Médica se contactó conmigo telefónicamente hace unos meses (antes del verano, no pudiendo recordar con certeza la fecha), comunicándome que los pacientes debían ser remitidos a través de un “P-10” en el que se reflejara específicamente la necesidad de preservación “para futura inseminación artificial/fecundación in vitro”, motivo por el cual el 20/04/07 firmé yo el “P-10” a pesar de no haberlo atendido en Consultas como se desprende de su Historia Clínica.*

*En septiembre’07 se nos comunica que se deben remitir estos pacientes al Laboratorio de Hormonas del HUV “Arrixaca” para preservación de espermatozoides, tras aviso por parte de Inspección de que no se cubre este gasto. Soy consciente de esta nueva situación al reincorporarme en octubre’07, tras las vacaciones estivales, por nota interna del Jefe de la Sección (Dr. x.)”.*

**QUINTO.-** Seguidamente el órgano instructor al entender que existe una inequívoca relación de causalidad entre la lesión y el funcionamiento del servicio público, acuerda la suspensión del procedimiento general y el inicio del procedimiento abreviado que se sustanciará de conformidad con lo dispuesto en el Capítulo III del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEXTO.-** Mediante escrito fechado el día 11 de diciembre de 2007 se notificó al interesado el referido acuerdo de tramitación conforme a las reglas del procedimiento abreviado, concediéndosele audiencia, por un plazo de 5 días, para que presentase las alegaciones que estimase oportunas, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 RRP, sin que hiciera uso del mismo, al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

A continuación fue formulada propuesta de resolución estimatoria al entender la instructora que los daños se han producido efectivamente y que existe relación de causalidad entre la lesión producida y el funcionamiento del servicio público sanitario al ser remitido el paciente, por error, a una clínica privada para la prestación de una actuación sanitaria que se podía haber llevado a cabo por un centro integrado en la Administración regional.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 13 de febrero de 2008.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 16 del RRP.

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

La reclamación fue interpuesta por la propio paciente, es decir, por quien sufrió el daño que se imputa al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva tampoco suscita duda que la actuación a la que el reclamante imputa el daño que dice haber sufrido, acontece en el marco del servicio público prestado por la Administración sanitaria regional.

Desde el punto de vista temporal, la reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que la Ley concede para que el perjudicado deduzca su pretensión ante la Administración. En efecto, según el artículo 142.5 LPAC el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Añadiendo que en caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Pues bien, en el caso que nos ocupa la actuación anómala que se imputa a la Administración sanitaria se habría producido el día 20 de abril de 2007, y la reclamación se presentó el día 29 de junio de 2007, es decir, antes de que transcurriera un año, por lo que ha de entenderse deducida dentro de plazo.

Con respecto al procedimiento instruido, han de hacerse las siguientes observaciones:

— En primer lugar, se observa que una vez recibido el informe-propuesta de la Dirección General de Régimen Económico y Prestaciones en el que se solicita la iniciación de oficio del procedimiento para determinar la posible concurrencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria regional, el órgano competente para iniciar dicho procedimiento opta por encauzar, con conocimiento del interesado, el expediente correspondiente a la originaria reclamación de reintegro de gastos como un procedimiento de responsabilidad patrimonial. En principio no cabe formular objeción alguna a la vía elegida, salvo que la existencia de dicha petición que se ajusta, tanto en la forma como en el contenido, a las previsiones del artículo 5.2 RRP, demandaba haber justificado la opción seguida.

— En segundo lugar, hay que hacer notar que no se ha recabado, como viene siendo habitual en los expedientes sustanciados como consecuencia de reclamaciones patrimoniales en materia sanitaria, informe de la Inspección de Servicios Sanitarios. Si bien este informe no sería preceptivo en el procedimiento que nos ocupa al no resultarle de

aplicación el Reglamento de Ordenación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma, por no hallarse vigente en el momento de iniciación del procedimiento (Dictamen 175/2007 de este Consejo Jurídico), hubiera resultado conveniente solicitarlo puesto que el contenido del informe del Dr. x. introduce dudas respecto del momento en el que dicha Inspección trasladó a los facultativos del sistema de salud regional instrucciones sobre la necesidad de utilizar el Laboratorio de Hormonas del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca para la preservación de esperma de los pacientes respecto de los cuales resultase necesaria tal actuación. No obstante, siendo esta una cuestión que se puede abordar y resolver en el expediente que se siga para determinar la responsabilidad patrimonial en la que hubiera podido incurrir el personal al servicio de la Administración Regional sanitaria en los hechos por los que, en su caso, se declare la responsabilidad patrimonial de dicha Administración, el Consejo considera que la omisión de tal informe en el presente procedimiento no obsta para entrar a conocer del fondo del asunto.

**TERCERA.- Sobre la relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y el daño por el que se reclama la indemnización.**

En el presente supuesto el daño se concreta en el gasto que tuvo que afrontar el reclamante por la prestación sanitaria recibida en una clínica privada a la que fue derivado por los servicios sanitarios públicos cuando estos mismos podían haber prestado dicho servicio. Aunque el interesado utilizó en principio como medio de reparación la vía específica del reintegro de gastos por utilización de medios ajenos a la Seguridad Social, que circunscribe tal posibilidad a los supuestos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud (art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización), dicho reintegro le fue denegado, precisamente por no concurrir tales circunstancias.

Tramitado, finalmente, el expediente como un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración, se ha de examinar si como consecuencia del funcionamiento de los servicios sanitarios regionales (concretamente, un error al derivar al paciente a una clínica privada), se ha producido el daño que el interesado alega, es decir, el perjuicio económico resultante de acudir al x. para la preservación de semen con carácter previo al tratamiento con quimioterapia al que se iba a someter. Pues bien, comparte el Consejo Jurídico la propuesta de resolución que reconoce la existencia de daño, constituido por el quebranto económico padecido por el interesado, que hubo de afrontar unos gastos médicos cuya asunción correspondía al sistema sanitario regional, dentro de cuyas prestaciones se encuentra la realización del acto médico antes descrito que, en el momento de la derivación, se estaba prestando por el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca.

Existe, pues, una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público, anormal en este caso, y el daño producido, ya que la decisión de acudir a la medicina privada no se adoptó de forma voluntaria, sino que se tomó siguiendo las indicaciones de los servicios sanitarios, todo ello sin perjuicio de la obligación de la Administración autonómica de iniciar el procedimiento previsto en el artículo 21 RRP, con el fin de exigir al personal a su servicio que corresponda la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, en los términos que se indican en el artículo 145 LPAC.

**CUARTA.- Indemnización**

Ninguna dificultad surge para la valoración del daño producido, circunscrito por el interesado al coste económico de la atención privada, acreditado con las facturas presentadas por un montante de 600 euros, importe que deberá hacerse efectivo al reclamante junto con el de las actualizaciones que correspondan según lo previsto en el artículo 141.3 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que estima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por el paciente y la prestación del servicio público sanitario, no teniendo aquél el deber jurídico de soportar dicho daño.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 73/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por el fallecimiento de su hijo.**

**Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)**

**Fecha: 21/04/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 9/2008.*

**DICTAMEN 74/08.- Anteproyecto de Ley de creación del Colegio Profesional de Terapeutas Ocupacionales de la Región de Murcia.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 21/04/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Nota: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 60/2008.*

**DICTAMEN 75/08.- Proyecto de Orden de creación del precio público a aplicar por el Ente Público del Agua de la Región de Murcia, por abastecimiento de agua potable en alta procedente de la desalación en la CARM.**

**Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)**

**Fecha: 21/04/08**

**Extracto de Doctrina**

*1. El régimen jurídico de la desalación, en función de la normativa que fuera aplicable a la planta desaladora, puede incidir también en la creación de los precios públicos sometidos a consulta.*

*2. Aunque el EPA es una entidad pública empresarial que se rige por el derecho privado, sin embargo la Ley 4/2005 recoge las excepciones consabidas a este régimen jurídico previstas en la normativa general (ley 7/2004), como en el caso del ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en otros aspectos específicamente regulados, entre otras, por su ley de creación. Pues bien, ya se ha advertido en la Consideración Tercera que esta prestación de servicios se sustenta en las competencias de la Comunidad Autónoma de auxilio y cooperación a los Ayuntamientos, que se instrumentalizan a través del Ente Público del Agua, que tienen su correspondiente cobertura no sólo en la ley de creación, sino y fundamentalmente en la LBRL en cuanto a las funciones asumidas de la extinta Diputación.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Elaborado el borrador de Orden que tiene por objeto el establecimiento y regulación de los precios públicos a aplicar por el Ente Público del Agua, en concepto de abastecimiento de agua en alta procedente de la desalación, se acompaña de la siguiente documentación:

1) Memoria de oportunidad suscrita por el gerente del Ente Público del Agua el 20 de noviembre de 2007, que destaca la necesidad de regular la gestión del abastecimiento de agua potable en alta y el régimen económico que lleva aparejado, a través de las oportunas tarifas, el suministro de agua desalada por el Ente Público de Agua (EPA, en lo sucesivo) a la red de distribución de la correspondiente Entidad Local, habiéndose suscrito convenios con 22 Ayuntamientos de la Región.

2) Memoria jurídica, también suscrita por el gerente del citado organismo en la misma fecha, que tras referirse a las funciones asignadas al EPA (entre otras, promover la disponibilidad y abastecimiento supramunicipal de agua para los distintos usos, y procurar las autorizaciones y/o concesiones necesarias para conseguir la disponibilidad de recursos hídricos), describe el contenido de cada uno de los preceptos en los que se divide el contenido del borrador.

3) Memoria económica redactada por el mismo órgano, en la que se contiene:

a) El régimen jurídico de las tarifas.



b) El carácter binomial de sus componentes: importe de la acometida al Canal Alfonso X el Sabio (que se abona en función del número de acometidas que se dispongan y del diámetro del contador), y cuota de consumo, que se establece en relación al volumen de agua consumida y registrada por el contador o contadores que disponga la Entidad Local.

c) Los costes referidos a la mitad de año 2007, tomando como referencia la producción de la planta desaladora para dicho año (6.002.500 m<sup>3</sup>/año), que se dividen en:

- Costes fijos: arrendamiento de la planta desaladora e infraestructuras asociadas, operación y mantenimiento, aprovisionamiento de agua potable, y administración y gastos generales. Respecto al primero de los conceptos, se detalla que el arrendamiento de la planta desaladora e infraestructuras asociadas corresponde al contrato firmado por la propietaria de la desaladora de Escombreras e infraestructuras asociadas, --, S.L., en virtud del cual arrienda a la sociedad mercantil regional --, S.A. (cuya gestión es controlada por el EPA a través de --, S.A.U), por un periodo de 25 años, a cambio de una renta anual estipulada, que va incrementándose en función de la capacidad de la planta. Respecto a los costes de la operación y al mantenimiento de las instalaciones, que incluyen todos los trabajos que son ejecutados en el proceso de desalación, se agrupan en un contrato firmado con la empresa --, S.A. Por último, respecto a los costes del contrato de aprovisionamiento de agua potable, se indica que provienen de garantizar la venta de agua potable a unos precios determinados bajo la modalidad de contrato de compra garantizada *take or pay*.
- Costes variables: energético y no energético en la operación y mantenimiento de la planta desaladora e infraestructuras asociadas.

d) Las tarifas propuestas para el año 2007 (importe de acometida al Canal Alfonso X El Sabio y cuota de consumo) que, según la citada Memoria, alcanzan el objetivo de generar los ingresos necesarios para la cobertura de todos sus gastos provenientes de la desalación del agua del mar y su distribución, así como la autofinanciación del EPA.

e) Revisión de precios.

4) Informe sobre impacto por razón de género.

5) Certificación del acuerdo del Consejo de Administración del EPA, de 20 de noviembre de 2007, que aprueba las tarifas contenidas en el borrador.

**SEGUNDO.-** Recabado el informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Agricultura y Agua, es evacuado el 10 de diciembre de 2007, alcanzando la conclusión de que las tarifas deben ser aprobadas por decreto de Consejo de Gobierno y como precio privado.

**TERCERO.-** La Consejería de Hacienda y Administración Pública emite informe preceptivo al Proyecto de Orden, al amparo de lo previsto en el artículo 20.3 del Decreto Legislativo 1/2004, de 9 de julio, de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales (en lo sucesivo *TRLTPCE*), asumiendo la totalidad de los fundamentos jurídicos y conclusiones contenidas en el informe de la Dirección General de Tributos de 31 de enero de 2008; el precitado informe, de carácter favorable salvo las reservas posteriormente indicadas, se decanta por la naturaleza de precio público sobre la base de las siguientes consideraciones:

- a) Desde el punto de vista sustantivo o material, el establecimiento de estos precios públicos tiene como finalidad la autofinanciación de los gastos ocasionados por la desalación de agua del mar.

- b) No existe obligatoriedad en solicitar el agua de la desaladora por quienes decidan ejercer esta opción. Carece, por tanto, de la nota de coactividad propia de otras figuras como la tasa.
- c) La tasa, en cuanto tributo, es una prestación coactiva de derecho público, lo que no concurre en el presente supuesto, puesto que no está reservada esta actividad (el suministro y distribución de agua potable procedentes de las desaladoras) de manera exclusiva a la Comunidad Autónoma. Desde este punto de vista, habría de considerarse la concurrencia con el sector privado.

Además, el informe del centro directivo contiene una serie de reparos al contenido del Proyecto de Orden, concretamente a la definición y contenido del hecho imponible, pues entiende que debería aclararse si estos precios públicos son exclusivamente para las Entidades Locales y, por tanto, la clarificación de los obligados al pago. *Idem* respecto a la regulación del devengo.

Por último, el informe del centro directivo manifiesta que el Proyecto de Orden se ajusta a las exigencias formales de los artículos 21 y 23 del TRLTPCE, si bien, por su naturaleza reglamentaria aunque revista la forma de Orden, sostiene la preceptividad de nuestro Dictamen.

**CUARTO.-** Mediante comunicación interior del Gerente del EPA a la Vicesecretaria de 27 de febrero de 2008, se solicita a la Consejería competente que tramite el proyecto con carácter de urgencia, según establece el artículo 10.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), por las siguientes razones:

1º) Situación excepcional de sequía en la Región de Murcia, reconocida por el Real Decreto 1265/2005, de 21 de octubre, y el cumplimiento de los convenios suscritos con los Ayuntamientos de Cartagena, Murcia, Torre Pacheco y Fuente Álamo, en los que se adquirió la obligación de suministro de agua potable en el último trimestre del 2007.

2º) Las instalaciones se encuentran listas para el comienzo del suministro a la espera de disponer el sistema tarifario.

3º) El retraso en la entrada en funcionamiento supone un riesgo alto para el suministro de la población de los municipios afectados, un incumplimiento de los convenios suscritos y un perjuicio económico para la Comunidad Autónoma al tener que hacer frente a unos gastos, sin la percepción de los ingresos que aseguren el equilibrio económico del EPA.

En el extracto de actuaciones, suscrito por el titular de la Secretaría General, se asumen las razones precitadas para recabar nuestro Dictamen con carácter de urgencia.

**QUINTO.-** Con fecha 4 de marzo de 2008 se recabó el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico por el titular de la Consejería, sin invocar el trámite de urgencia, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de disposición de carácter general tramitado por la Administración Regional que constituye un

desarrollo del TRLTPE, conforme a lo dispuesto en su artículo 21.1, concurriendo, con ello, el supuesto previsto en el artículo 12.5 LCJ.

Aun cuando no haya sido solicitado por el titular de la Consejería invocando el trámite de urgencia, el Consejo Jurídico ha tomado en consideración las razones esgrimidas por el Secretario General del departamento consultante (Antecedente Cuarto), al objeto de evacuar con la mayor prontitud su parecer, si bien la materia sobre la que versa el precio público ha añadido cierta complejidad a su estudio.

Por último, conviene acotar el alcance del presente Dictamen, que se contrae al Proyecto de Orden por la que se crea el precio público del agua a aplicar por el EPA a los usuarios del abastecimiento de agua potable en alta procedente de la desalación (artículo 1); en ningún caso se extiende a las actuaciones previas seguidas por la entidad pública empresarial regional, en relación con la planta desaladora de Escombreras y sus infraestructuras asociadas.

#### **SEGUNDA.- Procedimiento y documentación.**

Conforme a lo establecido en el artículo 21.1 TRLTPE, consta el informe preceptivo de la titular de la Consejería competente en materia de Hacienda, habiéndose incluido, por exigencias del citado Texto Refundido (artículo 19.3), una memoria económico-financiera para justificar los aspectos reseñados en el precitado artículo.

El hecho de que el borrador haya sido propuesto por la entidad pública empresarial ha motivado ciertos reparos recogidos en el informe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante de 10 de diciembre de 2007, por cuanto dicho ente no ostenta competencias para la producción normativa de acuerdo con su ley de creación (Ley 4/2005, de 14 de junio, del Ente Público del Agua de la Región de Murcia, en lo sucesivo Ley 4/2005), extrapolando a este supuesto la consideración que transcribe del informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, de 1 de junio de 2006, emitido con ocasión del entonces Proyecto de Decreto sobre medidas de ahorro y conservación del agua. Sin embargo, el objeto de la presente disposición se contrae al establecimiento de unas tarifas, en ejercicio de las funciones del Ente, que sustentan plenamente que la iniciativa parta del mismo, obrando el acuerdo favorable del Consejo de Administración. En todo caso, dado que el EPA se encuentra adscrito a la Consejería de Agricultura y Agua, el titular de la Secretaría General, a quien se le remite el Proyecto para su tramitación (Doc. 1), sí ostenta dicha capacidad de propuesta normativa, según el artículo 17.2,h) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Región de Murcia, habiendo diligenciado con su firma la copia autorizada sometida a consulta.

Respecto al procedimiento se echa en falta que el Proyecto no haya sido informado por la Dirección General del Agua, en su condición de centro directivo competente en materia de obras hidráulicas, saneamiento, depuración y recursos hidráulicos, según el Decreto 152/2007, de 6 de julio, por el que se establecen los órganos directivos de la Consejería de Agricultura y Agua (artículo noveno).

En relación con los Ayuntamientos, directamente afectados por la propuesta de precios públicos, cabría plantearse la necesidad de un trámite de audiencia durante el procedimiento de elaboración, si bien dicha observación se convertiría en intrascendente si los convenios suscritos con las Entidades Locales han recogido los aspectos esenciales concernientes a las tarifas (no constan en el expediente), o si un representante de los mismos fue convocado a la reunión del Consejo de Administración del EPA en la que se informaron favorablemente

los precios públicos, donde pueden estar presentes los Ayuntamientos afectados con voz pero sin voto, según la ley de creación.

**TERCERA.- Competencias y habilitación legal.**

Como recoge la parte expositiva del Proyecto, la Ley 4/2005, en ejercicio de las competencias estatutarias (artículo 10. Uno, 3, 7, 8 y 11, a lo que cabría añadir el artículo 11.9 EAMU), asignó al Ente Público del Agua una serie de funciones, entre las que destacamos por relacionarse con el hecho imponible del precio público que se establece por el Proyecto:

- Promover y ejecutar directamente, o a través de entidades públicas o privadas, las acciones necesarias para satisfacer las necesidades de abastecimiento de agua que demanden los distintos usos en la Región de Murcia, sin perjuicio de las competencias del Estado y de las Administraciones Locales (artículo 3.2,a).
- Cooperar con las Corporaciones Locales para la obtención de los recursos hídricos necesarios para desarrollar adecuadamente sus actividades (artículo 3.2,b).

El papel del EPA, como ente instrumental de la Comunidad Autónoma en materia de cooperación con las entidades locales, también es destacado por otros preceptos de la misma ley (por ejemplo, el artículo 2.3, segundo párrafo).

Por ello, no debe obviarse que estas funciones de auxilio y cooperación a los Ayuntamientos por parte de la Comunidad Autónoma, a través del Ente Público del Agua, tienen su correspondiente cobertura en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), concretamente en las competencias asumidas en relación con la extinta Diputación Provincial (artículo 36.1), pues se prevé la asistencia y cooperación con los municipios para la prestación de servicios de carácter supramunicipal, así como la cooperación en el fomento del desarrollo económico y social. También son contempladas en la Ley regional 6/1988, de 25 de agosto, de Régimen Local de la Región de Murcia (artículos 76 y ss.).

De otra parte conviene centrar la actividad del Ente Público que sustenta la creación del precio público, consistente en la captación y desalación de agua de mar, y su tratamiento y transporte a través de una red de canales primarios hasta los depósitos de regulación que servirán de arranque a las diversas redes municipales, suministrando en alta a las Entidades Locales el agua desalada. Por tanto, no se trata del abastecimiento a poblaciones, reconocido como un servicio de carácter local por la LBRL (artículos 25.2,1, 26.1,a, y 86,3), sino de la desalación del agua marina y su transporte a los puntos de conexión con las redes municipales.

Conforme a la legislación sectorial, la actividad de desalación puede ser realizada tanto por las Administraciones como por particulares, a tenor de lo dispuesto en el artículo 13 del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas (en lo sucesivo TRLA), siempre y cuando se disponga de las concesiones y autorizaciones exigidas, a lo que se hará referencia con posterioridad.

En lo que concierne al órgano competente para aprobar los precios públicos, el artículo 2.4 de la Ley 4/2005 establece que las tarifas de los servicios del EPA serán aprobadas por el Consejo de Gobierno, siendo únicas para todo el territorio de la Comunidad Autónoma. Previamente, el artículo 21.1 TRLTPCE, en su redacción primitiva, también atribuía al Consejo de Gobierno la aprobación de los precios públicos. Sin embargo, tras la reforma

introducida al citado Texto Refundido por la Ley 12/2006, de 27 de diciembre, se establece que la creación del precio público se realizará mediante orden del consejero competente por razón de la materia, lo que justificaría plenamente el rango de la norma propuesta y el órgano competente para su aprobación, en atención a las siguientes razones: 1ª) Puede interpretarse que la norma modificativa del TRLTPCE (Ley 12/2006), posterior a la ley de creación del EPA, deroga en lo que concierne a los precios públicos -no respecto a los precios privados- esta determinación de la ley de creación, al ser incompatible (artículo 2.2 del Código Civil); pero también cabe interpretar que, en lo que concierne a los precios públicos, habrá de acudirse a lo que determine el TRLTPCE, que constituye la norma habilitante de la presente disposición, quedando regulados por la Ley 4/2005 las tarifas que correspondan a precios privados; 2ª) además, esta última interpretación sería coherente con la circunstancia de que el precio público del agua, procedente de la desalación, no puede ser único para todo el territorio, como predica, con carácter general, para las tarifas la Ley 4/2005, pues en definitiva depende de los costes derivados de cada planta desaladora.

**CUARTA.- Condicionantes legales y administrativos para la actividad que sustenta la creación del precio público.**

Con esta consideración el Consejo Jurídico pone de manifiesto toda una serie de condicionantes legales y administrativos que afectan al régimen jurídico del agua desalada, en función de la normativa sectorial aplicable cuando se otorgaron los títulos administrativos habilitantes de la planta desaladora de Escombreras a la empresa propietaria, pues podría afectar al régimen de las tarifas propuestas, sin que el órgano solicitante haya aportado ninguna documentación a este respecto, únicamente el dato de que “*la planta desaladora y las infraestructuras asociadas son propiedad de --, S.L.*” (Antecedente Primero).

El régimen jurídico de la desalación ha variado en España en los últimos años, atendiendo a la siguiente secuencia normativa:

1ª) La Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto, en su redacción primitiva, no contemplaba, entre los bienes integrantes del dominio público hidráulico, las aguas procedentes de la desalación (artículo 2); sería el posterior Real Decreto 1327/1995, de 28 de julio (derogado por Real Decreto 606/2003, de 23 de mayo), a la vista de la escasez de los recursos hídricos e incremento de la demanda, el que regulara las actividades de desalación de aguas marinas o salobres de todas las instalaciones públicas o privadas, así como el uso y aprovechamiento posterior del agua que se integra en el ciclo hidrológico, formando parte del dominio público hidráulico (artículo 2). Lo que interesa destacar de esta norma es que respecto a la actividad de desalación por parte de particulares, Corporaciones Locales o comunidades de regantes, cuando dicho recurso se destinara a su propio consumo o la prestación de un servicio público, se establecía una autorización del organismo de cuenca competente (artículo 4.1), que establecía como mínimo la duración, la calidad de las aguas y los usos a los que se podía aplicar, todo ello sin perjuicio de señalar que debía disponerse de las autorizaciones y concesiones que fueran precisas de acuerdo con la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (en lo sucesivo Ley de Costas). No obstante, se establecía una excepción a la aplicación de esta norma: cuando la actividad de desalación se realizara con agua marina para consumo del titular de la planta, siempre y cuando el volumen total producido de agua desalada fuera inferior a 7.000 metros cúbicos cada año.

2ª) Sin embargo, es en la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, modificativa de la Ley de Aguas de 1985, cuando se da rango legal al régimen jurídico de los procedimientos de desalación, contemplándose, entre los bienes integrantes del dominio público (artículo 2,e)

“las aguas procedentes de la desalación de agua de mar, una vez que, fuera de la planta de producción, se incorporen a cualquiera de los elementos señalados en los apartados anteriores” (aguas continentales, cauces de corrientes naturales, los lechos de los lagos y lagunas, los embalses superficiales en cauces públicos y los acuíferos subterráneos). Al mismo tiempo, dicha ley modificativa crea un nuevo capítulo V en el Título I, cuya rúbrica es “De las aguas procedentes de la desalación”, en el que se reconoce que “cualquier persona física o jurídica podrá realizar la actividad de desalación de agua de mar previas las correspondientes autorizaciones administrativas respecto a los vertidos que procedan, a las condiciones de incorporación al dominio público hidráulico y a los requisitos de calidad según los usos a los que se destine el agua”. No obstante, se mantiene el inciso de la normativa anterior “sin perjuicio de las autorizaciones y concesiones demaniales precisas según la Ley de Costas”. Además, a través de la modificación introducida en la legislación de aguas por la Ley 46/1999 (artículos 114 a 120), se regulan las obras hidráulicas, recogiendo como tales las de captación, extracción, desalación y aprovechamiento, que pueden ser de titularidad pública y privada, si bien se especifica que no podrá iniciarse la construcción de una obra hidráulica que comporte la concesión de nuevos usos del agua sin que previamente se obtenga o declare la correspondiente concesión, autorización o reserva demanial.

En el TRLA, aprobado por el Decreto Legislativo 1/2001, se integra la reforma anteriormente citada, recogiendo los requisitos de la desalación en su artículo 13.

3ª) Con posterioridad se aprobaría una modificación del TRLA, que altera sustancialmente al régimen jurídico de la desalación, a través de la Ley 11/2005, de 22 de junio, en la medida que establece, por un lado, que las aguas desaladas procedentes de la desalación de agua del mar forman parte del dominio público hidráulico del Estado, sin otros requisitos adicionales (artículo 2 TRLA en la redacción vigente); igualmente el vigente artículo 13 del citado Texto Refundido recoge, como consecuencia de esta modificación, que “la actividad de desalación de agua marina queda sometida al régimen general establecido en esta Ley para el uso privativo del dominio público hidráulico, sin perjuicio de las autorizaciones y concesiones que sean precisas por mor de la Ley de Costas”. Asimismo se establece que en el supuesto de que el uso no vaya a ser directo y exclusivo del concesionario, la Administración concedente aprobará los valores máximos y mínimos de las tarifas, que habrán de incorporar las cuotas de amortización de las obras. Respecto a las instalaciones de desalación de agua de mar existentes, que se encontraran en funcionamiento con arreglo a la Ley 46/1999, se establece que continuarán operando con arreglo al contenido de sus títulos administrativos habilitantes hasta la extinción del plazo. Mediante una modificación operada por la Ley 42/2007 se completaría la redacción vigente del artículo 13 TRLA.

En el aspecto competencial, corresponde a la Administración General del Estado otorgar las concesiones de aguas desaladas, en el caso de que dichas aguas se destinen a su uso en una demarcación hidrográfica intercomunitaria (artículo 13.3 TRLA).

Por último, ha de tenerse igualmente presente la incidencia de los planes hidrológicos de cuenca sobre este recurso (artículo 40.1 TRLA).

En consecuencia, el régimen jurídico de la desalación, en función de la normativa descrita que fuera aplicable a la planta desaladora de Escombreras, que ni se especifica en el expediente ni se incorpora su documentación, puede incidir también en la creación de los precios públicos sometidos a consulta.

**QUINTA.- Naturaleza de las tarifas propuestas: precio público versus precio privado.**

El artículo 20 TRLTPCE establece que “*constituyen precios públicos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia las contraprestaciones pecuniarias que se satisfagan por la prestación de servicios, realización de actividades o entrega de bienes no patrimoniales en régimen de derecho público, cuando concurren las siguientes circunstancias:*

- a) *Que los servicios, actividades o entrega de bienes no sean de solicitud o recepción obligatoria de los administrados.*
- b) *Que los servicios, las actividades o la entrega de bienes sean prestados o realizados en régimen de concurrencia con el sector privado con los mismos efectos para el solicitante que los prestados o realizados por la Administración.*
- c) *Que los servicios, las actividades o la entrega de bienes hayan sido regulados como precios públicos de acuerdo con las disposiciones de esta Ley”.*

Así pues, se coincide con el informe de la Dirección General de Tributos en que concurren los requisitos citados para que estos precios tengan naturaleza de públicos:

1) Prestación de servicios en régimen de derecho público.

Aunque el EPA es una entidad pública empresarial que se rige por el derecho privado, sin embargo la Ley 4/2005 recoge las excepciones consabidas a este régimen jurídico previstas en la normativa general (ley 7/2004), como en el caso del ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en otros aspectos específicamente regulados, entre otras, por su ley de creación. Pues bien, ya se ha advertido en la Consideración Tercera que esta prestación de servicios se sustenta en las competencias de la Comunidad Autónoma de auxilio y cooperación a los Ayuntamientos, que se instrumentalizan a través del Ente Público del Agua, que tienen su correspondiente cobertura no sólo en la ley de creación, sino y fundamentalmente en la LBRL en cuanto a las funciones asumidas de la extinta Diputación.

2) Que éstos no sean de solicitud o recepción obligatoria por los administrados:

También concurre la nota de voluntariedad para quien lo paga, en este caso los Ayuntamientos, habiéndose instrumentalizado a través de los correspondientes convenios suscritos con la Comunidad Autónoma, a diferencia de lo que sucede con la tasa en la que aparece la nota de “coactividad propia del tributo”. A mayor abundamiento la STC 185/1995, de 14 de diciembre, señala que “*lo decisivo a la hora de dilucidar si una prestación patrimonial es coactivamente impuesta radica en averiguar si el supuesto de hecho que da lugar a la obligación ha sido o no realizado de forma libre y espontánea por el sujeto obligado y si en el origen de la constitución de la obligación ha concurrido también su libre voluntad de solicitar el bien de dominio público, el servicio o la actuación administrativa de cuya realización surge dicha obligación*”. La precitada sentencia destaca que el régimen jurídico del precio público se configura como una prestación pecuniaria voluntariamente asumida.

3) Que sus servicios sean prestados en concurrencia con el sector privado.

Ya se ha indicado con anterioridad que el TRLA (artículo 13) no excluye a otras Administraciones y particulares en la actividad de desalación, a diferencia del abastecimiento a poblaciones que es un servicio público reservado a los Ayuntamientos (artículo LBRL).

Esta concurrencia tiene su plasmación en los criterios legales para la determinación de su cuantía, al indicar que se evitará situaciones de competencia desleal con el sector económico al que afecte.

4) Faltaría, pues, únicamente que sean creados y regulados como tales precios públicos, que es precisamente el objeto del Proyecto.

Por último, nota muy destacada de su regulación es que la cuantía de los precios públicos deberá establecerse de tal forma que, como mínimo, cubra el coste total efectivo de la prestación del servicio, la realización de la actividad o la entrega del bien, obrando en la Memoria Económica la justificación de la autofinanciación del EPA (folio 44).

Al igual que es obligado destacar la incidencia de la Directiva marco del agua (Directiva 2000/60/CE), citada en la parte expositiva del Proyecto en el sentido de su asunción, puesto que los Estados miembros deben garantizar a más tardar en 2010, que la política de tarificación debe incitar a los consumidores a utilizar el agua de manera eficaz y que los diferentes sectores contribuyan a la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el uso del agua, incluidos los costes medioambientales y de recursos.

#### **SEXTA.- Observaciones al contenido del Proyecto de Orden.**

##### **— Exposición de Motivos.**

- 1) Conforme a las Directrices de Técnica Normativa, aprobadas por Acuerdo de Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, no se debería titular la parte expositiva de las disposiciones reglamentarias, por lo que se aconseja su supresión.
- 2) En el Proyecto de Orden sólo se recoge una de las fórmulas contempladas en la LCJ respecto a nuestro Dictamen (oído), no obstante, conviene recordar que la fórmula que finalmente se adopte (oído/de acuerdo), estará en función de la asunción o no de las observaciones que se consideran esenciales en el presente Dictamen.

##### **— Objeto y ámbito de aplicación (artículo 1).**

De la lectura del artículo 1 y concordantes del Proyecto de Orden se podría interpretar que se están regulando, con carácter general, los precios públicos que han de satisfacer los usuarios del abastecimiento de agua potable en alta procedente de la desalación en la Región de Murcia en todas las actividades del Ente Público que constituyen el hecho imponible (suministro de agua potable desalinizada a las Entidades Locales), cuando los costes a los que va referida la Memoria Económica del presente Proyecto son los correspondientes a la planta desaladora de Escobreras, que ni tan siquiera es citada en la parte expositiva del Proyecto, a diferencia del Canal Alfonso X el Sabio, que sí es recogido como infraestructura disponible (artículo 4).

En consecuencia, debe acotarse en el artículo 1 del Proyecto, y en el título de la disposición, que se regulan los precios públicos del agua potable en alta procedente de la planta desaladora de Escobreras, en lugar del más genérico e impreciso de la desalación en la Región de Murcia.

El segundo párrafo del artículo 1 resulta innecesario en tanto la presente Orden no puede ser aplicada fuera del territorio de la Comunidad Autónoma, donde no se pueden ejercitar las competencias autonómicas.



— **Hecho imponible (artículo 2).**

Se supone que la referencia al uso industrial en el apartado a) va referida a aquellas industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal, en atención al orden de preferencia de usos previsto en el TRLA.

— **Sujetos obligados al pago (artículo 3).**

Los sujetos obligados al pago del precio público son las Entidades Locales que hayan formalizado el convenio de colaboración con el EPA, aprobado por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y que se beneficien o hagan uso del agua procedente de la desalación.

Debería estudiarse la conveniencia o no de recoger la posibilidad de que el pago pueda ser realizado por la empresa concesionaria del servicio municipal, si la hubiere.

— **Cuota (artículo 4).**

En el apartado 6 de la Memoria Económica (folio 45) se ha previsto que las tarifas incorporen las contraprestaciones por el uso de las infraestructuras municipales para el transporte del agua a otros municipios, que serán repercutidas por el Ente Público a los beneficiarios, en función de los costes que le sean facturados por los municipios cedentes; sin embargo, dichos costes no son recogidos expresamente en el componente del importe por derecho de acometida (artículo 4).

— **Entrada en vigor (Disposición Final).**

Aun cuando puede no establecerse una *vacatio* para la entrada en vigor de la disposición, la decisión de que entre en vigor el mismo día de su publicación sólo está justificada en supuestos excepcionales; en todo caso se sugiere que se sustituya por “Esta norma entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia”.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.**- El titular de la Consejería consultante dispone de habilitación legal para aprobar el Proyecto de Orden objeto de Dictamen, condicionado al cumplimiento de los requisitos legales y administrativos que sean de aplicación, en función del régimen jurídico aplicable a la actividad que integra el hecho imponible del precio público (Consideración Cuarta).

**SEGUNDA.**- En cuanto al procedimiento de elaboración, se realizan las observaciones contenidas en la Consideración Segunda.

**TERCERA.**- Se considera de carácter esencial la observación realizada en la Consideración Sexta al objeto y ámbito de aplicación, mientras las restantes observaciones contribuyen a la mejora e inserción del texto con el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 76/08.- Resolución de contrato formalizado con la mercantil x, por las obras del jardín en la calle Rafael Albertí, del Barrio de los Poetas en el municipio de Bullas.**

**Consultante: Alcalde del Ayuntamiento de Bullas**

**Fecha: 21/04/08**

### **Extracto de Doctrina**

*1. El contratista incurre en mora cuando, llegado el día ad quem del plazo de ejecución del contrato, la obra no ha sido realizada, sin que sea precisa una intimación previa por parte de la Administración (artículo 95.2 TRLCAP). Llegado este momento y constatado que las obras no han finalizado, la Administración puede optar por resolver el contrato o imponer penalidades (artículo 95.3 TRLCAP).*

*2. Debe recordarse, al respecto, la consolidada doctrina según la cual no cabe esgrimir el impago de las obras ejecutadas en virtud de una relación contractual, para justificar el incumplimiento de las obligaciones nacidas de otra distinta (Dictamen del Consejo de Estado 35/2000, de 20 de enero y STS, 3ª, de 19 de junio de 1984).*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 15 de noviembre de 2006, el Alcalde de Bullas adjudica a la mercantil "--, S.L.", mediante subasta, el contrato de obras denominado "*Jardín en la Calle Rafael Alberti, del Barrio de los Poetas, complementario del P.O.S./2006*", por un precio de 60.886,44 euros.

De conformidad con la estipulación tercera del contrato, "*las obras se ejecutarán de forma que la terminación se produzca en el plazo máximo de cuatro meses a contar desde la fecha del acta de comprobación del replanteo*".

El contratista constituye garantía definitiva por importe de 2.435,45 euros.

De conformidad con el Pliego de Condiciones Económico-Administrativas (PCAP) incorporado al contrato, su objeto consiste en la construcción de un jardín sobre una parcela de zona verde existente en una calle de Bullas, comprendiendo las siguientes actuaciones: desbroce y limpieza; construcción de bordillos, aceras y paseos peatonales; construcción de dos zonas de recreo; plantaciones y red de riego; instalación de mobiliario urbano, juegos infantiles y alumbrado público. Todo ello deberá ser realizado conforme a las condiciones facultativas y proyecto que, si bien forman parte del Pliego, no han sido remitidos al Consejo Jurídico.

La Cláusula segunda PCAP establece que las obras comenzarán a los 30 días de la formalización del contrato, extendiéndose entonces el acta de comprobación del replanteo, debiendo estar terminadas a los cuatro meses contados desde la indicada acta. El apartado 2 de la cláusula dispone que "*el contratista se entenderá incurso en mora por el transcurso del plazo citado, no siendo precisa intimación previa del órgano de contratación. Cuando por alguna de las causas de fuerza mayor reconocidas en la vigente legislación el órgano municipal competente acuerde prorrogar el plazo señalado, la mora empezará a compu-*

*tarse desde el transcurso de la prórroga. En los supuestos de mora del contratista se estará a lo dispuesto en la Cláusula duodécima del presente Pliego”.*

La indicada Cláusula duodécima faculta a la Administración para, ante la demora culpable del contratista, optar por la imposición de penalidades o resolver el contrato.

La Cláusula sexta establece que la Administración expedirá mensualmente certificaciones que comprenderán la obra ejecutada durante dicho período de tiempo.

**SEGUNDO.-** El 11 de diciembre de 2006 se extiende el acta de comprobación del replanteo, sin que conste observación alguna del contratista.

**TERCERO.-** Con fecha 5 de enero de 2007, la Dirección Facultativa expide certificación de obras nº 1, correspondiente al mes de enero de 2007, por importe de 12.622,95 euros. Consta en el expediente la factura correspondiente a dicha certificación, de fecha 6 de marzo de 2007 e informe del Secretario de la Corporación favorable al pago del indicado importe al endosatario de la certificación: (x.), de fecha 2 de abril de 2007.

Las certificaciones de obra se suceden con el siguiente detalle:

— 2ª (febrero de 2007), expedida el 5 de marzo, por importe de 5.607,62 euros. La correspondiente factura es de fecha 16 de abril de 2007 y el informe favorable al pago a favor del endosatario (x.) se emite dos días después, el 18 de abril.

— 3ª (marzo de 2007), de fecha 5 de abril, por importe de 9.629,77 euros. La factura es de 21 de mayo y el informe del secretario indicando la procedencia del pago es de 1 de junio de 2007, a favor del endosatario (x.) de la certificación.

— 4ª (abril de 2007), de 5 de mayo, por importe de 16.378,10 euros. La factura es de 13 de junio y el informe de procedencia del pago a x., como endosatario de la certificación, es de 21 de junio.

— 5ª (mayo de 2007), de 5 de junio, por importe de 8.417,05 euros. Según la certificación, las obras están ejecutadas en un 86,48 %. La factura es de 9 de julio y el informe favorable al pago a la orden del endosatario (x.) de la certificación se emite tres días más tarde, el 12 de julio.

**CUARTO.-** En diciembre de 2007, el Ingeniero Director de las obras elabora “*informe de rescisión del contrato*” sobre la base de la injustificada demora del contratista en la ejecución de las obras, que debían haber finalizado el 10 de abril de 2007. En consecuencia, considera que procede la resolución del contrato por la causa establecida en el artículo 95 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP) y conforme al procedimiento señalado por el artículo 96.1 del mismo texto. Asimismo, considera que la última certificación (5ª) lo es de liquidación del contrato, procediendo contratar la obra restante con otra empresa constructora para que la termine, aportando al efecto relación valorada de las obras pendientes de ejecutar, por importe de 8.889,43 euros.

**QUINTO.-** Con fecha 7 de diciembre de 2007, el Alcalde acuerda iniciar expediente de resolución del contrato, con incautación de la garantía definitiva depositada, emplazando al contratista para que en el plazo de 10 días formule las alegaciones que convengan a su derecho.

**SEXTO.-** El 10 de enero de 2008, el representante de la contratista formula alegaciones para oponerse a la resolución del contrato con base en los siguientes fundamentos:

1. Antes del acuerdo de iniciación del procedimiento resolutorio por demora del contratista ya existía causa de resolución del contrato por incumplimiento de la Administración, conforme al artículo 111, letra f) en relación con el 99.6, ambos del TRLCAP. Para el contratista, la Administración no habría abonado dos certificaciones de obra, conforme pretende acreditar con certificado de la entidad financiera endosataria de aquéllas, de forma que el Ayuntamiento habría incurrido en una mora de más de ocho meses, que faculta al contratista para suspender el contrato o resolverlo, lo que no ha hecho la adjudicataria en aras del interés público y del suyo propio.

2. Afirma, asimismo, que la demora del contratista debió ponerse de manifiesto por el Ayuntamiento durante el plazo de ejecución de la obra (cuatro meses) y no doce meses después del acta de comprobación del replanteo.

3. El retraso en la finalización de las obras se debe a la falta de suministro de determinada columna y luminaria, consecuencia del retraso del proveedor.

En consecuencia, solicita como pretensión principal el archivo del expediente resolutorio y el abono efectivo de las certificaciones para permitir la adecuada finalización de las obras; subsidiariamente, que se resuelva el contrato con resarcimiento de los perjuicios irrogados a la adjudicataria.

Adjunta a sus alegaciones un documento de la entidad endosataria de las certificaciones, según el cual, a fecha 3 de enero de 2008, aquélla no ha recibido “*los abonos correspondientes a las certificaciones 1 y 5 por importes de 3.098,37 y 8.417,05 euros del Ayuntamiento de Bullas*”.

**SÉPTIMO.-** El 1 de febrero de 2008, el Director facultativo emite informe en el que afirma lo siguiente:

*“2. Únicamente se ha emitido una certificación, ya que durante el resto del plazo de ejecución, no se ha realizado ningún (sic) obras o éstas han sido irrelevantes.*

*3. La circunstancia de falta de pago debería haber sido instada en su momento por el contratista en orden a la resolución del contrato.*

*4. Los problemas derivados del suministro de materiales no son asumibles por la dirección de las obras y menos por la parte contratante. Cabe indicar que las columnas a que hace referencia el interesado fueron colocadas pero a su vez fueron rechazadas por no poseer la calidad mínima indicada en el proyecto de obras y las especificaciones de la dirección técnica de las obras”.*

Concluye el informe considerando que no procede acceder a lo solicitado por el contratista, sin perjuicio de la indicación de “*complementar*” dicho informe con otro de los servicios jurídicos del Ayuntamiento.

**OCTAVO.-** Con fecha 13 de marzo de 2008, el Alcalde del Ayuntamiento de Bullas da traslado del expediente al Consejo Jurídico, indicando los preceptos legales en que se funda la resolución contractual y que el contratista ha formulado oposición a la misma, de donde se deriva la preceptividad de la consulta a este órgano.

Una vez incorporado un extracto de secretaría comprensivo del índice de los documentos que integran el expediente, se remite éste al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante oficio recibido el 26 de marzo de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

En presencia de un procedimiento de resolución contractual al que se opone el contratista, la consulta está comprendida en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 59.3 TRLCAP; por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

#### **SEGUNDA.-** De la conformación del expediente remitido al Consejo Jurídico y procedimiento.

De conformidad con el artículo 46.2 del Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril (en adelante RCJ), la consulta se acompañará de:

A) Los antecedentes de todo orden que puedan influir en el Dictamen.

Examinado el expediente remitido por el Ayuntamiento de Bullas, se advierte la ausencia de determinada documentación que podría ser relevante para la formación del juicio que este Órgano Consultivo ha de plasmar en el Dictamen solicitado. Singularmente, el proyecto técnico o pliego de condiciones técnico facultativas, donde se describen las características de las obras a realizar, así como las comunicaciones habidas entre la Dirección Facultativa y el contratista en relación con las columnas y luminarias rechazadas por la Administración.

B) Copia compulsada del expediente administrativo completo (46.2, letra c) RCJ), para lo que deberá constar, entre otros documentos, la copia autorizada del texto definitivo de la propuesta del acto que constituye el objeto de la consulta (46.2, letra c), 1º RCJ).

Carece el expediente remitido de dicha propuesta de resolución. Esta propuesta, en tanto que antecede de manera inmediata a la terminación del procedimiento, constituye la culminación de la fase de instrucción y contiene ya todos los elementos de la resolución que pondrá fin a aquél, configurándose como verdadero objeto de la consulta. Debería, en consecuencia, haberse incorporado al expediente remitido al Consejo Jurídico.

Esta propuesta de resolución se torna más necesaria si cabe, al advertir que no consta en el expediente informe alguno que valore la resolución contractual sometida a consulta desde una perspectiva técnico-jurídica. Dicho informe no sería preceptivo, en tanto que la causa esgrimida para la extinción del contrato es la demora del contratista, lo que determina su sometimiento al procedimiento establecido por el artículo 96.1 TRLCAP, que únicamente exige los trámites de audiencia al contratista y la consulta a este Consejo Jurídico si aquél muestra su oposición a la resolución del contrato, excepcionando el procedimiento general de resolución contractual previsto por el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RCAP), que sí exige la emisión de informe del Servicio Jurídico. No obstante, sí habría sido muy conveniente recabar dicho informe, no sólo en su dimensión

de garantía de ajuste de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, sino también porque aportaría al órgano competente para resolver la fundamentación jurídica precisa para extinguir el contrato.

En cualquier caso, las deficiencias advertidas no alcanzan la condición de fundamentales o esenciales, por lo que el Consejo Jurídico procede a resolver sobre el fondo de la cuestión, toda vez que existen en el expediente elementos de juicio bastantes para ello, al quedar suficientemente delimitado el objeto de la consulta a la luz del acuerdo de iniciación del procedimiento resolutorio, de las alegaciones del contratista, de los informes de la Dirección Facultativa y de la resolución del Alcalde por la que se acuerda efectuar la consulta a este Órgano Consultivo.

**TERCERA.- Sobre la causa de resolución del contrato.**

**1. Existencia de causa de resolución.**

El contrato administrativo en cuestión se centra en el cumplimiento de la ejecución de la obra contratada, y el incumplimiento de esa obligación del adjudicatario habilita a la Administración para poner en marcha los dispositivos precisos para la extinción anormal del contrato a través del instrumento jurídico de la resolución previsto en el artículo 111 TRLCAP, para cuando el contratista incumple las cláusulas contractuales. Dicho incumplimiento es el presupuesto para el ejercicio de la facultad resolutoria, aunque la Administración pueda optar por acordar la resolución o forzar el cumplimiento estricto de lo pactado mediante la imposición de sanciones (art. 95.3 TRLCAP), y para ello la Administración debe tener en cuenta el interés público conectado a la ejecución de la obra, y cuál es la medida más adecuada para satisfacerlo, si la resolución o forzar a la ejecución.

Carece el Consejo Jurídico de elementos de juicio suficientes para pronunciarse sobre si en un contrato de obras prácticamente terminado (sólo resta por ejecutar el 13,52% de la obra) la vía de la resolución es la que mejor satisface el interés de la Administración, respecto a la otra vía de forzar al cumplimiento, con aplicación de las correspondientes penalidades, dada la complejidad misma del procedimiento de resolución y nueva contratación, su duración en el tiempo y el consiguiente aplazamiento que produce en la terminación de una obra, precisamente cuando la causa de resolución que se invoca es el retraso, ya que ese doble procedimiento puede, en vez de remediar el retraso, acentuarlo y agravarlo.

En relación con el caso sometido a consulta, el incumplimiento que se imputa al contratista de las cláusulas contractuales se refiere en concreto al no respeto del plazo de ejecución de obra, el cual se desprende con toda evidencia de haber transcurrido sobradamente el plazo para su terminación y de la situación de paralización de la obra, según resulta de los informes del ingeniero director de la misma.

La causa de resolución en que pretende ampararse el Ayuntamiento es la contenida en el artículo 111, letra e) TRLCAP, es decir, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. Esta causa está íntimamente ligada a la obligación que incumbe al contratista de cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para su realización (artículo 95.1 TRLCAP).

En efecto, el contratista incurre en mora cuando, llegado el *dies ad quem* del plazo de ejecución del contrato, la obra no ha sido realizada, sin que sea precisa una intimación previa por parte de la Administración (artículo 95.2 TRLCAP). Llegado este momento y

constatado que las obras no han finalizado, la Administración puede optar por resolver el contrato o imponer penalidades (artículo 95.3 TRLCAP).

En el supuesto sometido a consulta, según los informes obrantes en el expediente y las propias manifestaciones del adjudicatario, a la fecha establecida para la terminación de las obras, el 11 de abril de 2007, éstas no habían sido culminadas, pues de acuerdo con la certificación nº 4, correspondiente al conjunto del mes de abril, las obras se habían ejecutado en un 72,66%, porcentaje que se elevaría al 86,48% en mayo. Desde esa fecha no consta que se realizaran más trabajos, quedando éstos paralizados, tal y como se desprende del informe de la Dirección Facultativa de diciembre de 2007, que pretende considerar la última certificación, correspondiente a mayo de ese mismo año, como certificación de liquidación.

La no terminación de las obras es asimismo reconocida por el contratista quien, en sus alegaciones (apartado séptimo), admite expresamente “*el retraso en la finalización de las obras*”, pretendiendo únicamente justificar dicho incumplimiento.

## 2. Incumplimiento culpable.

Siendo palmario el incumplimiento del plazo de ejecución de las obras, resta por determinar si éste es imputable al contratista, lo que constituiría un incumplimiento culpable y, en consecuencia, obligaría al Ayuntamiento a incautar la garantía definitiva constituida (artículo 113.4 TRLCAP).

Como justificación del incumplimiento del plazo esgrime el contratista las siguientes circunstancias:

a) Impago por el Ayuntamiento de dos certificaciones de obra que, según el documento emitido por la entidad endosataria de las mismas, serían los números 1 y 5, por importe de 3.098,37 y 8.417,05 euros, respectivamente.

La primera consideración que ha de realizarse es que el documento que pretende justificar el impago por parte del Ayuntamiento no especifica el contrato al que corresponden las indicadas certificaciones de obras, lo que afecta negativamente a su valor probatorio, máxime cuando se comprueba que el importe de la certificación nº 1 no se corresponde con el montante de la que consta en el expediente con dicho número. Sí es acorde, sin embargo, con la certificación nº 1 expedida por el Ayuntamiento de Bullas en relación a otro contrato con la misma empresa adjudicataria y cuya resolución también se encuentra sometida a consulta y pendiente del Dictamen de este Consejo Jurídico (“*contrato de obras de red de pluviales en Avda. Comunidad Autónoma, pavimentación de la Calle Mayor y Calle Parque y alumbrado público en el Jardín Municipal de la Pedanía de La Copa en Bullas*”). Debe recordarse, al respecto, la consolidada doctrina según la cual no cabe esgrimir el impago de las obras ejecutadas en virtud de una relación contractual, para justificar el incumplimiento de las obligaciones nacidas de otra distinta (Dictamen del Consejo de Estado 35/2000, de 20 de enero y STS, 3ª, de 19 de junio de 1984).

Asimismo, con carácter general, en el ámbito de la contratación administrativa no puede admitirse la *exceptio non adimpleti contractu*, como de forma constante vienen señalando la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas, sentencias de la Sala 3ª, de 11 de octubre de 1982, 19 de junio de 1984 y de 20 de diciembre de 1989) y el Consejo de Estado, cuyo Dictamen nº 1452, de 28 de julio de 1994, se expresa en los siguientes términos:

“*El contratista que viera impagadas las certificaciones de obra expedidas por la Administración contratante podrá utilizar aquellas acciones previstas al efecto por la legislación*

*vigente, incluso reclamando intereses, cuando procediera; pero en ningún caso le es dado abandonar por tal motivo la ejecución de las obras, con perjuicio para el interés público insito en todo contrato administrativo. No es admisible jurídicamente escudarse en un impago de certificaciones para justificar la paralización unilateral de las obras”.*

b) Existencia de causa de resolución imputable al Ayuntamiento.

Pretende el contratista que el impago de las certificaciones antes indicadas constituiría causa de resolución del contrato imputable al Ayuntamiento, en la medida en que, antes del acuerdo de iniciación del procedimiento resolutorio del contrato, ya habrían transcurrido 8 meses de demora en el pago de las certificaciones de obra, lo que habilitaría al contratista a resolver el contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 111, letra f) en relación con el 99.6 TRLCAP.

No puede encontrar acogida la alegación al fallar su propio sustento fáctico. En efecto, descartado, conforme a lo indicado *ut supra*, el impago de la certificación nº 1 del contrato a que se contrae el presente Dictamen, habría que atender en exclusiva a la certificación nº 5. Expedida ésta el 5 de junio de 2007, la Administración contaba con un plazo de 60 días para abonarla (art. 99.4 TRLCAP), de forma que sólo cuando hubo transcurrido ese período de pago ordinario, la Administración incurrió en mora, constituyendo dicha fecha el *dies a quo* para el cómputo del plazo de ocho meses, cuyo vencimiento sin que se haya producido el pago habilita al contratista para poner fin a la relación contractual.

En el supuesto planteado, es evidente que cuando el Alcalde de Bullas acuerda iniciar el procedimiento de resolución contractual a principios de diciembre de 2007, todavía no habían transcurrido los ocho meses de demora, computados desde el momento en que la Administración incumplió su obligación de pago, por lo que no existía la causa de resolución contractual alegada por el contratista.

c) El retraso de las obras debió ponerse de manifiesto durante el plazo de realización de las mismas, no cuando ya han transcurrido ocho meses desde que aquéllas debieron haber finalizado.

Si bien con anterioridad a la reforma operada en 1999 en la legislación de contratos, la jurisprudencia había entendido que la inactividad de la Administración ante el incumplimiento de los plazos de ejecución implicaba que la no terminación de las obras a tiempo no podía ser imputada al contratista, al tiempo que se le otorgaba una prórroga tácita, consecuencia de la aceptación por la Administración del cumplimiento tardío, en la actualidad, el artículo 67.1 TRLCAP exige que una eventual prórroga sea expresa, sin que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes.

En consecuencia, la inicial tolerancia del Ayuntamiento en la finalización tardía de la obra no le impide, con posterioridad, acordar la resolución contractual por causa imputable al contratista.

d) El retraso en la finalización de las obras se debió a la falta de suministro de determinada columna y luminaria, debido a la tardanza del proveedor.

Sin perjuicio de la posibilidad, no utilizada en el presente supuesto, de solicitar una prórroga del plazo de ejecución, las dificultades surgidas en la relación entre el contratista y sus proveedores no eximen del cumplimiento de las obligaciones contractuales que ligan a aquél con el Ayuntamiento. Máxime cuando el contratista no ha justificado que la falta de suministro de tales elementos impidiera la continuación del resto de las obras.



Ha de reconocerse, en consecuencia, que existe un incumplimiento de una obligación contractual esencial, la demora en el cumplimiento del plazo cierto de ejecución a que se obligó el contratista. Conforme a la doctrina del Consejo de Estado, *“el simple vencimiento de los plazos, sin que la prestación del contratista esté realizada, implica “ipso iure” la calificación de incumplimiento, pues el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo, en el que el tiempo constituye una condición esencial”* (Dictámenes 912/97 y 3811/98, entre otros). Por consiguiente, procede acordar la resolución del vínculo contractual con pérdida de la fianza definitiva constituida por la sociedad adjudicataria e indemnización, en la parte que exceda del importe de la fianza, de los daños y perjuicios que esta resolución y sus causas hayan podido ocasionar a la Administración contratante (art. 113.4 TRLCAP), para lo que deberá instruirse el oportuno expediente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### CONCLUSIONES

**PRIMERA.**- De conformidad con lo expuesto en la Consideración Tercera de este Dictamen, el Consejo Jurídico aprecia la concurrencia de causa de resolución del contrato formalizado entre el Ayuntamiento de Bullas y la --, S.L., para la ejecución de obras de construcción de un jardín en la calle Rafael Alberti, del Barrio de los Poetas en el indicado municipio, por lo que procede acordar su resolución.

**SEGUNDA.**- Procede asimismo la incautación de la garantía definitiva constituida por la empresa adjudicataria del contrato, toda vez que ha quedado acreditado en el expediente un incumplimiento culpable por su parte.

No obstante, V.S. resolverá.

**DICTAMEN 77/08.- Proyecto de Decreto por el que se regula el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

**Consultante: Consejero de Empleo y Formación (2007)**

**Fecha: 28/04/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que en la regulación de las relaciones de trabajo el término legislación debe ser interpretado en sentido amplio o material, que incluye tanto las leyes como los reglamentos que las desarrollan (SSTC 18, 35 y 57/1982; 7/1985; 360/1993). No estarían incluidos, sin embargo, los reglamentos no ejecutivos, es decir, aquellos que sin afectar a los derechos de los ciudadanos queden referidos a la mera estructuración interna de la organización administrativa (STC 57/1982). Conforme a esta doctrina, por tanto, la Comunidad Autónoma goza de competencia para*

*dictar reglamentos ad intra, que afecten a la organización de los servicios correspondientes en materia de su competencia, para garantizar su regular ejecución y desenvolvimiento, si bien con el límite de no alterar su régimen jurídico material, cuyo establecimiento queda reservado el Estado.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 10 de marzo de 2005, el Director General de Trabajo eleva a la Secretaría General, de la en aquel momento denominada Consejería Consejera de Trabajo y Política Social una propuesta de Decreto por el que se regula el ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

El texto se acompaña de la siguiente documentación:

a) Informe de necesidad y oportunidad del futuro Decreto, que se justifica en la conveniencia de adoptar en el ámbito regional las actuaciones normativas precisas para atribuir, a los distintos órganos directivos de la Consejería competente en materia de trabajo, las competencias que en materia sancionadora en el ámbito laboral le corresponden a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, según lo previsto en el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (en adelante, TRLIS).

b) Una memoria económica, que estima que la aprobación y aplicación del Decreto no tendrá repercusión en el Presupuesto de la Consejería consultante, dado que no supondrá un incremento de gasto ni una disminución de ingresos, porque el servicio se está prestando ya y no va a suponer ni creación de nuevos servicios, ni se van a desarrollar nuevas tareas distintas de las que se llevan a cabo ahora.

c) Un estudio económico del coste y financiación de los servicios que se van a prestar como consecuencia de la aprobación del Decreto.

d) Informe sobre el impacto por razón de género, en el que se concluye que la norma proyectada no provoca ningún impacto en materia de igualdad entre hombres y mujeres.

e) Certificado del Secretario del Consejo Asesor Regional de Relaciones Laborales, acreditativo de que dicho órgano asesor conoció en su sesión del día 30 de enero de 2007 el borrador del Decreto que se pretende aprobar.

f) Informe jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería consultante.

**SEGUNDO.-** Con fecha 24 de mayo de 2007, el Consejo Económico y Social de la Región de Murcia valora positivamente el Proyecto, *“porque esta norma permite dotar de la necesaria seguridad jurídica al ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia determinando de forma expresa los órganos competentes para el ejercicio de estas competencias conforme a lo dispuesto en el artículo 48.5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sanciones en el Orden Social”*.

**TERCERO.-** Con fecha 25 de septiembre de 2007, la Dirección de los Servicios Jurídicos emite informe favorable al Proyecto, aunque con una serie de observaciones que, casi en su totalidad, son incorporadas al nuevo borrador que se elabora.

**CUARTO.-** En tal estado de tramitación, y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tiene entrada el pasado 2 de noviembre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### CONSIDERACIONES

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El Dictamen ha sido solicitado al amparo del artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), que establece su carácter preceptivo respecto de los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional o que constituyan desarrollo normativo de legislación básica del Estado.

La solicitud de Dictamen y el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos afirman el carácter preceptivo del Dictamen, pero guardan silencio acerca de la justificación de dicha preceptividad. El Servicio Jurídico de la Consejería consultante considera obligado el Dictamen, al entender que el Proyecto de Decreto para el que se solicita constituye “*desarrollo (para su debida ejecución) de la legislación del Estado*”, en concreto del artículo 48.5 TRLIS, según el cual el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las infracciones del orden social, cuando corresponda a la Administración de las Comunidades Autónomas con competencia en materia de ejecución de la legislación del orden social, se ejercerá por los órganos y con los límites de distribución que determine cada Comunidad Autónoma.

Pues bien, como decíamos en nuestro Dictamen núm. 168/2007 (emitido en relación con el Proyecto de Decreto por el que se regula la habilitación del personal técnico adscrito al Instituto de Seguridad y Salud Laboral de la Región de Murcia, que realiza labores técnicas en materia de Prevención de Riesgos Laborales, para la realización de funciones de colaboración con la Inspección de Trabajo y Seguridad Social) “*el sistema constitucional de distribución de competencias en materia de legislación laboral no responde al esquema bases más desarrollo, ámbito propio de la normativa básica, sino a una reserva constitucional a favor del Estado de toda la creación normativa, legal y de desarrollo reglamentario, en la materia, dejando a las Comunidades Autónomas la mera ejecución, sin poder normativo innovador alguno, más allá de las meras normas organizativas, sin efectos ad extra*”. De conformidad con esta concepción de las competencias autonómicas, el Proyecto objeto del presente Dictamen, no puede ser considerado como desarrollo no ya de legislación básica estatal, concepto que no cabe predicar de la legislación laboral, sino incluso como reglamento ejecutivo de ésta, pues la Comunidad Autónoma carecería de competencias para dictarlo. Se trata, pues, desde este punto de vista, de un reglamento organizativo sobre el que no es preceptivo el Dictamen de este Consejo.

Ahora bien, de ello no cabe deducir que el presente Dictamen no sea preceptivo, toda vez que el Proyecto puede ser considerado en parte como desarrollo (al menos formal, al no introducir innovación alguna respecto del texto legal de referencia) de una Ley regional, la 8/2006, de 16 de noviembre, de Sociedades Cooperativas de la Región de Murcia (en lo sucesivo, LSCRM), cuya Disposición final tercera autoriza al Consejo de Gobierno a dictar cuantas disposiciones sean necesarias para su ejecución y desarrollo, previsión que hay que

poner en relación con el contenido de los artículos 139, 140 y 141 del texto legal, por los que se regula el sistema de infracciones y sanciones en materia de cooperativas, así como el procedimiento y la descalificación de las sociedades cooperativas, y, en consecuencia, en este aspecto, el presente dictamen se emite con carácter preceptivo de conformidad con el artículo 12.5 LCJ.

**SEGUNDA.- Procedimiento de elaboración y contenido.**

I. Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo, Ley 6/2004), si bien han de advertirse que el expediente carece de la propuesta del titular de la Consejería competente en materia de trabajo al Consejo de Gobierno, para la aprobación del texto como Decreto.

II. El Proyecto objeto de Dictamen se compone de una parte expositiva innominada, once artículos, dos Disposiciones adicionales, una Disposición transitoria, una Disposición derogatoria y dos Disposiciones finales.

En el artículo 1 se establece el régimen jurídico aplicable al ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral; el artículo 2 atribuye la competencia sancionadora con carácter general a la Consejería competente, al Servicio Regional de Empleo y Formación y al Consejo de Gobierno; en el artículo 3 se efectúa una concreta atribución de dichas competencias atendiendo a su naturaleza e importe de la sanción; el artículo 4 establece que el régimen de atribuciones regulado en el artículo 3 será de aplicación a las infracciones por actos de obstrucción a la acción inspectora; el artículo 6 atribuye al titular de la Dirección General de Trabajo la competencia para resolver las reclamaciones dictadas por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de paralización inmediata de trabajos o tareas en las empresas; en el artículo 7 se determina la competencia para acordar la suspensión o cierre de centros de trabajo; en el artículo 8 se indica el régimen de competencias en relación con el procedimiento de oficio ante el orden jurisdiccional laboral; en el artículo 9 se señala que los órganos competentes para resolver los procedimientos sancionadores a los que se refiere el Proyecto lo serán también para designar al instructor; en el artículo 10 se establece la competencia para resolver los recursos que se interpongan contra las resoluciones de los procedimientos sancionadores a los que se refiere el Proyecto; el artículo 11 determina que las sanciones pecuniarias impuestas por los órganos de la Administración Regional se consideran derechos económicos de la Hacienda Pública, conforme a lo previsto en el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia.

La Disposición adicional primera establece los mecanismos de coordinación entre la Administración General del Estado y la Autonómica para el ejercicio de la competencia en materia sancionadora que corresponda a la Comunidad Autónoma.

La Disposición adicional segunda determina la adaptación automática de los importes fijados por el Proyecto a los que la normativa estatal fije en cada momento.

La Disposición transitoria única concreta que las referencias hechas en el Proyecto a la Dirección General de Trabajo y a la Consejería de Trabajo y Política Social deben entenderse realizadas en todo momento a la Dirección General y a la Consejería competente en materia de trabajo y en materia de sociedades cooperativas, y las relativas al Servicio

Regional de Empleo y Formación al Servicio Público Regional de Empleo competente en materia de políticas activas de empleo y de formación profesional ocupacional y continua.

Por la Disposición derogatoria única se derogan cuantas disposiciones de inferior rango se opongan a lo dispuesto en el Decreto.

La Disposición final primera establece la aplicación de la legislación estatal a los procedimientos sancionadores en materia laboral.

La Disposición final segunda determina como fecha de entrada en vigor del Decreto la del mismo día de su publicación.

### **TERCERA.- Competencia material y habilitación normativa.**

El Proyecto de Decreto objeto del presente Dictamen regula la distribución de la facultad sancionadora en materia laboral entre los distintos órganos de la Comunidad Autónoma, por lo que el marco competencial y normativo a tener en cuenta viene constituido por las siguientes normas:

El artículo 12.Uno,10 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU), que atribuye a ésta, en los términos que establezcan las leyes y las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado, la función ejecutiva en materia laboral. Precisa asimismo que, de conformidad con el artículo 149.1.7ª de la Constitución Española, corresponde al Estado la competencia sobre legislación laboral y la alta Inspección, con reserva de todas las competencias en materia de migraciones interiores y exteriores, fondos de ámbito nacional y de empleo, sin perjuicio de lo que establezcan las normas del Estado sobre estas materias.

El precepto constitucional, además, dispone que corresponde al Estado la competencia exclusiva para establecer la legislación laboral, “sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas”.

Es doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que en la regulación de las relaciones de trabajo el término “legislación” debe ser interpretado en sentido amplio o material, que incluye tanto las leyes como los reglamentos que las desarrollan (SSTC 18, 35 y 57/1982; 7/1985; 360/1993). No estarían incluidos, sin embargo, los reglamentos no ejecutivos, es decir, aquellos que “sin afectar a los derechos de los ciudadanos” queden referidos “a la mera estructuración interna de la organización administrativa” (STC 57/1982). Conforme a esta doctrina, por tanto, la Comunidad Autónoma goza de competencia para dictar reglamentos *ad intra*, que afecten a la organización de los servicios correspondientes en materia de su competencia, para garantizar su regular ejecución y desenvolvimiento, si bien con el límite de no alterar su régimen jurídico material, cuyo establecimiento queda reservado el Estado.

En este marco competencial, corresponde al Estado llevar a cabo la regulación material del sistema de infracciones y sanciones en el orden social, en tanto que a la Comunidad Autónoma le corresponde dictar las normas reglamentarias de carácter organizativo que posibiliten el ejercicio de la facultad sancionadora en dicho orden. A tal efecto se han de tener en cuenta los Reales Decretos 375/1995, de 10 de marzo, y 468/2003, de 25 de abril, por los que se transfirieron a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el ejercicio de la facultad de imponer sanciones en el orden social (las entonces previstas en la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el orden social, que hoy hay que entender referidas a las que se prevén en el TRLIS), y la facultad sancionadora de las infracciones en

materia de empleo, respectivamente. Por otro lado, el TRLIS establece en su artículo 48.5 que “el ejercicio de la potestad sancionadora respecto de las infracciones del orden social, cuando corresponda a la Administración de las Comunidades Autónomas con competencia material de ejecución de la legislación del orden social, se ejercerá por los órganos y con los límites de distribución que determine cada Comunidad Autónoma”.

Finalmente, como ya se anticipó en la Consideración Primera, se deben tener en cuenta también los artículos 139 a 141, ambos inclusive, de la LSCRM, por los que se regula el sistema de infracciones y sanciones en materia de cooperativas, así como el procedimiento y la descalificación de las sociedades cooperativas, de los que el Proyecto se ha de considerar desarrollo y a cuyas previsiones ha de ajustarse.

#### **CUARTA.- Observaciones de técnica normativa y cuestiones gramaticales.**

##### **I. Técnica normativa**

###### **1. Indicación de informes y consultas.**

La referencia a los informes y consultas evacuados en la elaboración del Proyecto, como la del Consejo Asesor Regional de Relaciones Laborales, debe consignarse en párrafo independiente de la fórmula promulgatoria, en la cual únicamente debe figurar la indicación del presente Dictamen, para expresar si la norma se ajusta al mismo (de acuerdo) o se separa de él (oído), según se señala en las Directrices 13 y 16 de las de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, aplicables en el ámbito regional en defecto de norma propia.

###### **2. La cita de las normas.**

a) Al citar otras normas (parte expositiva) no es preciso especificar las modificaciones habidas en ellas, bastando con su denominación oficial, pues se sobreentiende que la cita se refiere a la versión vigente de la norma en cuestión, que ya integra las diferentes reformas habidas.

b) Cuando se cite una norma no deberá mencionarse el diario oficial en el que se ha publicado (Directriz 71 de las de técnica normativa).

c) La cita de preceptos contenidos en un texto refundido han de venir referidas a éste, no al Real Decreto Legislativo que lo aprueba. Así, las repetidas referencias que se contienen en el Proyecto en relación con el Real Decreto Legislativo 5/2000, deben efectuarse del siguiente modo: “artículo ... del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto”.

###### **3. Finalidad u objeto de la norma.**

Razones derivadas del uso de una adecuada técnica normativa aconsejan incluir en las disposiciones generales del Proyecto, un artículo por el que se fije el objeto o finalidad de la norma, precepto que debería situarse en primer lugar y que, por lo tanto, desplazaría la numeración de los restantes artículos.

##### **II. Cuestiones gramaticales.**

El texto ganaría en rigor gramatical si se observasen las siguientes sugerencias:

1ª. Al designar al órgano competente para imponer las sanciones que se recogen en el Proyecto se antepone, innecesaria e incorrectamente, al sustantivo “titular” el de “persona”. Sería más correcto iniciar cada atribución con la siguiente expresión: “Al titular de la...”.

2ª. En el artículo 3.1.d),2) resultaría conveniente sustituir la expresión “...y la descalificación” por la siguiente: “...y para la descalificación de la sociedad cooperativa”.

#### QUINTA.- Observaciones al texto del Proyecto.

##### I. Observaciones Generales

1ª. Para que la actividad normativa desplegada en el Proyecto encuentre cobertura en el ámbito competencial propio de la Comunidad Autónoma en material laboral, en los términos que se indican en la Consideración Tercera, no debe ir más allá de la estricta determinación de los órganos competentes para imponer las sanciones contempladas en el TRLIS; limitación que, en general, respeta el texto que se somete a Dictamen de este Consejo Jurídico. Sin embargo, el Título que, tal como reza la Directriz 5 de las de técnica normativa, forma parte del texto y permite su identificación, interpretación y cita, sugiere que el objeto de la norma de la que es cabecera va mucho más allá, al anunciar la regulación del ejercicio de la potestad sancionadora en materia laboral en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Procede, en consecuencia, modificar el tenor de dicho título adecuándolo al contenido del Proyecto.

2ª. El régimen jurídico aplicable a los aspectos sustantivos y procedimentales de la actividad sancionadora que la Comunidad Autónoma despliegue en materia laboral, será siempre aquel que fije la correspondiente norma estatal, por constituir materia de competencia exclusiva del Estado. De ahí que los preceptos y disposiciones del Proyecto, como son el artículo 1 y la Disposición final primera, que operan como meros recordatorios de tal circunstancia devengan en innecesarios.

3ª. El Proyecto atribuye a distintos órganos de la Administración regional la competencia sancionadora en materia de relaciones laborales (Capítulo II, Secciones 1ª y 4ª TRLIS); de prevención de riesgos laborales (Capítulo II, Sección 2ª TRLIS); de empleo (Capítulo II, Sección 3ª TRLIS); y de sociedades cooperativas (Capítulo V TRLIS y Título II LSCRM). Respecto de esta última materia el juego combinado del artículo 38 TRLIS (que establece que se sujetan a las prescripciones en él contenidas “*las infracciones de las sociedades cooperativas, cuando la legislación autonómica se remita al respecto a la legislación del Estado, cuando no se haya producido la referida legislación autonómica o cuando aquéllas desarrollen su actividad cooperativizada en el territorio de varias Comunidades Autónomas...*”), con la existencia en el ámbito autonómico de un régimen sancionador propio recogido en los artículos 139 y 140 LSCRM, permite afirmar que la norma regional ha desplazado a la estatal al cumplirse las previsiones que esta última indica para excepcionar su aplicación. Procede, en consecuencia, suprimir las referencias que en el Proyecto se contienen al Capítulo V TRLIS.

##### II. Observaciones particulares.

1ª. La determinación del órgano competente en el ámbito autonómico para el ejercicio de la facultad de iniciación del procedimiento de oficio contemplado en los artículos 146, c) y 149 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (TRLPL) fue objeto de estudio por el Consejo en el Dictamen núm. 168/2003, en el que se concluía que, a la luz de lo establecido en el artículo 21.14 de la Ley 1/1988, de 7 de enero, del Presidente, del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma, lo era el Consejo de Gobierno, aunque podría valorarse la posibilidad de una delegación expresa de dicha competencia en la Consejería consultante (en aquellos momentos, la de Trabajo, Consumo y Política Social), al no estar

comprendida en ninguna de las limitaciones que, para la delegación de funciones del Consejo Gobierno, establecían los artículos 28.3 de la Ley 1/1988 y 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

El artículo 21 de la Ley 1/1988 fue derogado por la Ley 6/2004, cuyo artículo 22.25 coincide casi literalmente con el aquel precepto, razón por la cual las conclusiones que se alcanzaron en el Dictamen 168/2003, en lo que a esta cuestión respecta, permanecen totalmente vigentes y, por lo tanto, el órgano competente para acordar el ejercicio de acciones judiciales, incluida la de oficio a la que se refieren los artículos 146, c) y 149 TRLPL sigue siendo el Consejo de Gobierno, aunque ahora resulte imposible la delegación de dicha competencia por encontrarse entre las que el artículo 30.5 de la Ley 6/2004 establece como indelegables.

El artículo 8 del Proyecto de Decreto respeta la competencia del alto órgano de gobierno regional al afirmar que a él corresponde acordar la interposición de oficio de demandas ante la Jurisdicción Social, pero sería conveniente que la referencia que se hace al artículo 19 del Real Decreto 928/1988, de 14 de mayo, se sustituyese por la indicación a la norma de cabecera relativa a estas demandas de oficio, es decir, los artículos 146, c) y 149 TRLPL.

2ª. El artículo 10 del Proyecto anuncia en su título la regulación de la competencia en materia de recursos administrativos, pero en su contenido sólo regula lo que se refiere al recurso de alzada. Se debería introducir las modificaciones necesarias para que se dé una correlación entre la denominación del precepto y su contenido.

Por otro lado, si el redactor de la norma considera necesario recoger en el Proyecto qué resoluciones de los órganos administrativos competentes para imponer sanciones en el orden social agotan la vía administrativa, debería hacerlo respecto de todos ellos y, por lo tanto, indicar que a tenor de lo previsto en el artículo 23 de la Ley 9/2002, de 11 noviembre, de creación del Servicio Regional de Empleo y Formación, los actos administrativos dictados por su Presidente, también agotan la vía administrativa.

3ª. La calificación como derecho económico de la hacienda regional del producto de las multas y sanciones impuestas en el ámbito de su competencia, viene prevista, tal como indica el artículo 11 del Proyecto, en el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia. Resulta, pues, innecesario este precepto que, por este motivo, debe eliminarse.

4ª. La Disposición transitoria establece que las referencias que se contienen en el Proyecto a determinados órganos de la Administración regional, se entenderán hechas, en cada momento, a los órganos que ostenten las competencias cuya titularidad justifican la actual atribución.

La primera consideración que merece este precepto es la de su innecesariedad, pues la previsión normativa que contiene operaría automáticamente ante cualquier cambio organizativo que se produjera. La segunda lo es relación con su inadecuada calificación como disposición transitoria, cuyo objetivo es, como se indica en la Directriz 40 de las de técnica normativa, facilitar el tránsito al régimen jurídico previsto por la nueva regulación, Directriz que establece de modo tasado los preceptos que pueden incluirse en dichas disposiciones, sin que entre ellos figure el que se recoge en el Proyecto. Procede, por lo tanto, eliminar del texto esta Disposición que ni resulta necesaria ni establece régimen transitorio alguno.



5ª. La Disposición final segunda contiene una cláusula de entrada en vigor inmediata que limita, sin justificación aparente para ello, la posibilidad material de conocimiento de la norma, incumpliendo así lo establecido en las Directrices sobre técnica normativa antes citadas. Se sugiere introducir una *vacatio legis* por el tiempo que la Consejería proponente considere adecuado para garantizar dicho conocimiento.

6ª. La Disposición derogatoria contiene una cláusula genérica de derogación, pero lo hace sólo sobre las normas de rango inferior; debe modificarse para incluir las de igual rango.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia tiene competencia para dictar el Decreto cuyo Proyecto ha sido sometido a este Consejo Jurídico.

**SEGUNDA.**- En términos generales, el Proyecto de Decreto respeta el ordenamiento jurídico; no obstante deben ser tenidas en cuenta las siguientes observaciones que se formulan con carácter esencial:

- La que se efectúa en relación con el Título del Proyecto, en el sentido de modificarlo de forma que refleje exactamente el contenido de la futura norma (Consideración Quinta, I, 1ª).
- La relativa a la necesidad de eliminar del texto las referencias contenidas al Capítulo V TRLIS (Consideración Quinta, I, 3ª).

**TERCERA.**- El resto de observaciones, de incorporarse, contribuirían a la mejor inserción del futuro Decreto en el ordenamiento jurídico y a su mejora técnica.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 78/08.- Resolución de contrato formalizado con la mercantil x, por diversas obras en la pedanía de la Copa de Bullas, en el municipio de Bullas.**

**Consultante: Alcalde del Ayuntamiento de Bullas**

**Fecha: 28/04/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Para que las faltas imputadas al Director de las obras resultaran relevantes en orden a justificar las del contratista, la jurisprudencia exige que aquéllas tengan incidencia sobre el plazo de ejecución (STS, 3ª, de 23 de marzo de 1998).*

## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 19 de septiembre de 2006, el Alcalde de Bullas adjudica a la mercantil “-, S.L.”, mediante subasta, el contrato de obras denominado “*Red de pluviales en Avda. Comunidad Autónoma, pavimentación de la Calle Mayor y Calle Parque y alumbrado público en el Jardín Municipal de la pedanía de La Copa en Bullas, P.O.S./2006*”, por un precio de 48.301,03 euros.

De conformidad con la estipulación tercera del contrato, firmado el 5 de diciembre de 2006, “*las obras se ejecutarán de forma que la terminación se produzca en el plazo máximo de cuatro meses a contar desde la fecha del acta de comprobación del replanteo*”.

El contratista constituye garantía definitiva por importe de 1.932,04 euros.

De conformidad con el Pliego de Condiciones Económico-Administrativas (PCAP), el objeto del contrato comprende las siguientes actuaciones: “*1) Red de aguas pluviales en la Avda. Comunidad Autónoma; 2) pavimentación de la Calle Mayor y de la Calle Parque; y 3) renovación del alumbrado público del jardín municipal de La Copa*”. Todo ello deberá ser realizado conforme a las condiciones facultativas y proyecto que, si bien forman parte del pliego, no han sido remitidos al Consejo Jurídico.

La Cláusula segunda PCAP establece que las obras comenzarán en los lugares señalados por la Dirección Facultativa a los 30 días de la formalización del contrato, extendiéndose entonces el acta de comprobación del replanteo, debiendo estar terminadas a los cuatro meses contados desde la indicada acta. El apartado 2 de la cláusula dispone que “*el contratista se entenderá incurso en mora por el transcurso del plazo citado, no siendo precisa intimación previa del órgano de contratación. Cuando por alguna de las causas de fuerza mayor reconocidas en la vigente legislación el órgano municipal competente acuerde prorrogar el plazo señalado, la mora empezaría a computarse desde el transcurso de la prórroga. En los supuestos de mora del contratista se estará a lo dispuesto en la Cláusula duodécima del presente Pliego*”.

La indicada Cláusula duodécima faculta a la Administración para, ante la demora culpable del contratista, optar por la imposición de penalidades o resolver el contrato.

La Cláusula sexta establece que la Administración expedirá mensualmente certificaciones que comprenderán la obra ejecutada durante dicho período de tiempo.

**SEGUNDO.-** El 11 de diciembre de 2006 se extiende el acta de comprobación del replanteo, sin que conste observación alguna del contratista.

**TERCERO.-** Con fecha 5 de febrero de 2007, la Dirección Facultativa expide certificación de obras nº 1, correspondiente al mes de enero de 2007, por importe de 3.098,37 euros. Consta en el expediente la factura correspondiente a dicha certificación, de fecha 1 de agosto de 2007 e informe del Secretario de la Corporación favorable al pago del indicado importe a la orden del endosatario de la certificación: (x.), de fecha 3 de septiembre de 2007.

**CUARTO.-** En diciembre de 2007, el Ingeniero Director de las obras elabora “*informe de rescisión del contrato*” sobre la base de la injustificada demora del contratista en la ejecución de las obras, que debían haber finalizado el 10 de abril de 2007. En consecuencia, considera que procede la resolución del contrato por la causa establecida en el artículo 95 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado

por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP), y conforme al procedimiento señalado por el artículo 96.1 del mismo texto. Asimismo, considera que la única certificación de obra expedida lo es de liquidación del contrato, procediendo contratar la obra restante con otra empresa constructora para que la termine, aportando al efecto relación valorada de las obras pendientes de ejecutar, por importe de 48.604,99 euros.

**QUINTO.-** Con fecha 7 de diciembre de 2007, el Alcalde acuerda iniciar expediente de resolución del contrato, con incautación de la garantía definitiva depositada, emplazando al contratista para que en el plazo de 10 días formule las alegaciones que convengan a su derecho.

Consta la notificación del indicado acuerdo al contratista el 28 de diciembre de 2007.

**SEXTO.-** El 10 de enero de 2008, el representante de la contratista formula alegaciones para oponerse a la resolución del contrato con base en los siguientes fundamentos:

1. *“La imputación del incumplimiento del contrato de referencia al contratista sobre la base de los hechos que obran en el expediente debe ser puesta a prueba, puesto que en principio es contrario a los propios intereses de mi representada”*, cuya actividad consiste en la ejecución de los contratos administrativos de obras, no en su no ejecución, de la que únicamente se derivan pérdidas para la mercantil, atendidos los gastos de gestión, financieros y de implantación abordados.

2. En el acto de comprobación del replanteo *“por parte del equipo técnico se puso de manifiesto de forma verbal la necesidad de la autorización de la Consejería de Obras Públicas para la realización de parte de la mencionada obra. Se desconoce en estos momentos si existe dicha autorización o no, y la advertencia de dicha circunstancia a mi representada no fue puesta de manifiesto en documento alguno, pero puede comprobarse acudiendo al Catálogo de Carreteras de la Comunidad Autónoma, por lo que carece de trascendencia su advertencia por parte de la contratista, puesto que recae en obligación del Técnico Director y por ende, el Ayuntamiento, el cumplimiento de esta obligación. Se desconoce el cumplimiento de ese requisito advertido por la propia Dirección Facultativa”*.

3. *“Incumplimiento del deber de certificar por parte de la Dirección Facultativa de acuerdo con el artículo 145.1 del TRLCAP. A mayor abundamiento, dicha obligación se extiende independientemente de que se haya producido ejecución de obra o no como queda perfectamente acreditado en numerosos dictámenes de la Junta Consultiva de Contratación. Contradictoriamente solo se ha emitido una sola certificación”*. De tal circunstancia, el contratista considera acreditada la total inexistencia de control y asistencia técnica a la obra.

4. Las obras que afectan al parque municipal de La Copa se ejecutan en julio de 2007, no en enero de ese año, como por error consta en la certificación de obra.

5. La no colocación de las columnas y luminarias del parque es consecuencia de la recomendación formulada por el propio Ayuntamiento de no colocarlas hasta el día inmediatamente anterior a la recepción provisional de las obras, en orden a evitar daños por vandalismo.

6. El resto del proyecto es de imposible ejecución, señalando las siguientes dificultades técnicas:

a) Una de las soluciones propuestas “supone la ejecución de pozos de registro de 3,50 m. de profundidad debiéndose colocar la conducción de 400 mm. de diámetro a dicha profundidad con lo que hace imposible su conexión con la rambla ya que esta carece de la diferencia de cota suficiente con respecto al pavimento de la calle nº 17. Con respecto al tipo de tubería a emplear la dirección de las obras tampoco aclara la contradicción entre la medición y los planos, ya que en una se dice que la conducción ha de ser de polietileno de alta densidad con junta soldada y en los otros se dice que el tubo ha de ser de polietileno corrugado con junta estanca de goma”.

b) “Tampoco especifica el proyecto en su partida 1.3 qué parte del pavimento asfáltico de la calle Comunidad Autónoma se levanta ya que esta partida dice que son 440,00 m<sup>2</sup> pero no localiza la medición (indefinición ésta que se reitera en el proyecto, que carecería de importancia de existir una auténtica dirección de obra). Más adelante, en la partida 1.7, se mide 220,00 m<sup>2</sup> de imprimación con emulsión bituminosa tipo EAR-1 que no se corresponde con la partida anterior de levantado de asfalto puesto que se supone que uno debe reemplazar al otro, y si no fuese así tampoco se aclara”.

c) “Existencia de una zona inundable coincidente con una entrada de vivienda o cochera que el proyecto no aclara como se ha de resolver, puesto que actualmente cuando se produce alguna precipitación de cierta importancia las aguas entran en dicha vivienda”.

d) “Las partidas 2.3 y 2.4 reflejan una medición de bordillo de hormigón prefabricado tipo bicapa, 50,00 m. y otros 50,00 m<sup>2</sup> de pavimento de baldosa de terrazo de 40x40 colocada sobre base de hormigón en masa y subbase de zahorra cuya ubicación tampoco aclara la documentación gráfica que compone el proyecto”.

Para el contratista, “las anteriores circunstancias determinan la imposibilidad de la ejecución de la obra sin la asistencia y decisión de la dirección facultativa, puesto que es a ella a quien corresponde el sometimiento a la aprobación del órgano de contratación de todas y cada una de las modificaciones del contrato, conlleven o no restablecimiento del equilibrio económico del contrato, de acuerdo a lo que establece el artículo 146 del TRLCAP”.

**SÉPTIMO.-** El 1 de febrero de 2008, el Director facultativo emite informe en el que afirma lo siguiente:

“2º.- Únicamente se ha emitido una certificación, ya que en el resto del tiempo de ejecución de las obras no se han ejecutado obras.

3º.- La circunstancia de falta de pago debería haber sido instada en su momento por el contratista en orden a la resolución del contrato.

4º.- Por parte de la dirección de las obras se solicitó autorización a la Dirección General de Carreteras de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, para poder realizar las obras incluidas en el proyecto.

5º.- En ningún momento esta dirección facultativa autorizó al contratista para la colocación de las columnas de alumbrado en el parque municipal, hasta que las obras hubieran terminado, se trata por tanto de una decisión unilateral del contratista que únicamente afecta a la demora en el plazo de ejecución de las obras.

6º.- Las obras quedan perfectamente definidas en el proyecto estando esta dirección de obras a disposición del contratista para aclarar cualquier contradicción que pueda

existir en las diferentes partes de mismo. En cualquier caso el argumento esgrimido por el contratista de diferentes tipos de tubería de polietileno y profundidad de pozos de registro únicamente demuestra la falta de colaboración del mismo para poder terminar las obras.

7º.- La partida 1.3 se refiere a la demolición de pavimento de calzada para poder colocar las tuberías, resultando elemental que para poder abrir una zanja y colocar un tubo, resulte necesario tener que demoler el pavimento existente. En cuanto a la no coincidencia del riego de imprimación con la demolición del pavimento, se debe a que no toda la demolición llevará riego de imprimación. Estos argumentos del contratista, como puede observarse, únicamente persiguen la no ejecución de las obras alegando circunstancias que se descalifican por si mismas.

8º.- En cuanto a la existencia de una zona inundable en la que existe una vivienda, por parte de esta dirección de las obras se les indicó como resolver esta circunstancia, ya que la solución a la situación de inundabilidad es precisamente el objeto del proyecto de referencia.

9º.- En el capítulo de pavimentaciones y en las partidas de bordillo y aceras, se refieren a previsiones por posibles afecciones durante la ejecución de las obras, cosa muy común en todos los proyectos de obras. Una vez más el contratista alude a argumentos que no se sostienen por falta de rigor técnico.

Por tanto, a juicio del técnico que suscribe no procede acceder a lo solicitado por x., por las razones expuestas en el presente informe y en el informe realizado por el que suscribe con fecha diciembre de 2.007.

No obstante lo anterior, el presente informe debe ser complementado con otro informe redactado por los servicios jurídicos del Ayuntamiento de Bullas”.

**OCTAVO.-** Con fecha 13 de marzo de 2008, el Alcalde de Bullas da traslado del expediente al Consejo Jurídico, indicando los preceptos legales en que se funda la resolución contractual y que el contratista ha formulado oposición a la misma, de donde se deriva la preceptividad de la consulta a este órgano.

Una vez incorporado un extracto de secretaría comprensivo del índice de los documentos que integran el expediente, se remite éste al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante oficio recibido el 26 de marzo de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

### PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

En presencia de un procedimiento de resolución contractual al que se opone el contratista, la consulta está comprendida en el artículo 12.7 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 59.3 TRLCAP; por lo que el Dictamen se emite con carácter preceptivo.

**SEGUNDA.-** De la conformación del expediente remitido al Consejo Jurídico y procedimiento.

De conformidad con el artículo 46.2 del Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril (en adelante RCJ), la consulta se acompañará de:

A) Los antecedentes de todo orden que puedan influir en el Dictamen.

Examinado el expediente remitido por el Ayuntamiento de Bullas, se advierte la ausencia de determinada documentación que podría ser relevante para la formación del juicio que este Órgano Consultivo ha de plasmar en el Dictamen solicitado. Singularmente, las comunicaciones habidas entre la Dirección Facultativa y el contratista y el proyecto técnico o pliego de condiciones técnico facultativas, donde se describen las características de las obras a realizar.

B) Copia compulsada del expediente administrativo completo (46.2, letra c) RCJ), para lo que deberá constar, entre otros documentos, la copia autorizada del texto definitivo de la propuesta del acto que constituye el objeto de la consulta (46.2, letra c), 1º RCJ).

Carece el expediente remitido de dicha propuesta de resolución. Esta propuesta, en tanto que antecede de manera inmediata a la terminación del procedimiento, constituye la culminación de la fase de instrucción y contiene ya todos los elementos de la resolución que pondrá fin a aquél, configurándose como verdadero objeto de la consulta. Debería, en consecuencia, haberse incorporado al expediente remitido al Consejo Jurídico.

Esta propuesta de resolución se torna más necesaria si cabe, al advertir que no consta en el expediente informe alguno que valore la resolución contractual sometida a consulta desde una perspectiva técnico-jurídica. Dicho informe no sería preceptivo, en tanto que la causa esgrimida para la extinción del contrato es la demora del contratista, lo que determina su sometimiento al procedimiento establecido por el artículo 96.1 TRLCAP, que únicamente exige los trámites de audiencia al contratista y la consulta a este Consejo Jurídico si aquél muestra su oposición a la resolución del contrato, excepcionando el procedimiento general de resolución contractual previsto por el artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (en adelante RCAP), que sí exige la emisión de informe del Servicio Jurídico. No obstante, sí habría sido muy conveniente recabar dicho informe, no sólo en su dimensión de garantía de ajuste de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico, sino también porque aportaría al órgano competente para resolver la fundamentación jurídica precisa para extinguir el contrato.

En cualquier caso, las deficiencias advertidas no alcanzan la condición de fundamentales o esenciales, por lo que el Consejo Jurídico procede a dictaminar sobre el fondo de la cuestión, toda vez que existen en el expediente elementos de juicio bastantes para ello, al quedar suficientemente delimitado el objeto de la consulta a la luz del acuerdo de iniciación del procedimiento resolutorio, de las alegaciones del contratista, de los informes de la Dirección Facultativa y de la resolución del Alcalde por la que se acuerda efectuar la consulta a este Órgano Consultivo.

**TERCERA.- Sobre la causa de resolución del contrato.**

**1. Existencia de causa de resolución.**

El contrato administrativo de obra se centra en el cumplimiento de la ejecución de la obra contratada, y el incumplimiento de esa obligación del adjudicatario habilita a la Admi-

nistración para poner en marcha los dispositivos precisos para la extinción anormal del contrato a través del instrumento jurídico de la resolución previsto en el artículo 111 TRLCAP, para cuando el contratista incumple las cláusulas contractuales. Dicho incumplimiento es el presupuesto para el ejercicio de la facultad resolutoria, aunque la Administración pueda optar por acordar la resolución o forzar el cumplimiento estricto de lo pactado mediante la imposición de penalidades (art. 95.3 TRLCAP), y para ello la Administración debe tener en cuenta el interés público conectado a la ejecución de la obra, y cuál es la medida más adecuada para satisfacerlo, si la resolución o forzar a la ejecución.

En el supuesto sometido a consulta, superado en muchos meses el plazo total de ejecución de las obras, atendidas las alegaciones del contratista expresivas de las dificultades insalvables que encuentra en el cumplimiento del contrato y constanding como efectivamente realizadas tan sólo el 6,41% de las mismas, la extinción del contrato mediante su resolución parece una medida acorde con el interés público.

El incumplimiento que se imputa al contratista de las cláusulas contractuales se refiere en concreto al no respeto del plazo de ejecución de obra, el cual se desprende con toda evidencia de haber transcurrido sobradamente el plazo para su terminación y de la situación de paralización de la obra, según resulta de los informes del ingeniero director de la misma y de las propias alegaciones del contratista.

La causa de resolución en que pretende ampararse el Ayuntamiento es la contenida en el artículo 111, letra e) TRLCAP, es decir, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista. Esta causa está íntimamente ligada a la obligación que incumbe al contratista de cumplir el contrato dentro del plazo total fijado para su realización (artículo 95.1 TRLCAP).

En efecto, el contratista incurre en mora cuando, llegado el *dies ad quem* del plazo de ejecución del contrato, la obra no ha sido realizada, sin que sea precisa una intimación previa por parte de la Administración (artículo 95.2 TRLCAP). Llegado este momento y constatado que las obras no han finalizado, la Administración puede optar por resolver el contrato o imponer penalidades (artículo 95.3 TRLCAP).

En el supuesto sometido a consulta, según los informes obrantes en el expediente y las propias manifestaciones del adjudicatario, a la fecha establecida para la terminación de las obras, el 11 de abril de 2007, éstas no habían sido culminadas. De hecho, según la única certificación de obra, expedida el 5 de febrero de 2007, a dicha fecha sólo se habría ejecutado el 6,41% de las obras, todas ellas relativas al capítulo de alumbrado del jardín municipal. De las alegaciones del contratista, no contestadas por el ingeniero director de las obras en este extremo, se desprende que tales actuaciones se habrían realizado no en enero de 2007, sino en julio de ese mismo año (cabe recordar que la factura emitida por la empresa es de 1 de agosto de 2007, fecha coincidente con la aprobación por el Alcalde de la referida certificación), de donde resultaría que a la fecha de finalización de las obras, éstas ni siquiera habrían comenzado.

## **2. Incumplimiento culpable.**

Siendo palmario el incumplimiento del plazo de ejecución de las obras, resta por determinar si éste es imputable al contratista, lo que constituiría un incumplimiento culpable y, en consecuencia, obligaría al Ayuntamiento a incautar la garantía definitiva constituida (artículo 113.4 TRLCAP).

Como justificación del incumplimiento del plazo esgrime el contratista las siguientes circunstancias:

a) No constancia de la autorización de la Consejería competente en materia de Obras Públicas, necesaria para la ejecución de parte de las obras.

Según manifestación del contratista, durante el acto de comprobación del replanteo, por parte del equipo técnico se advirtió de la necesidad de contar con la autorización de la indicada Consejería. El Director de las obras, por su parte, afirma que solicitó dicha autorización a la Dirección General de Carreteras, pero nada dice acerca de que fuera otorgada.

Ante la falta de información de que adolece el expediente, cabe considerar que la “autorización” de referencia debe de ser el informe contemplado en el artículo 35.1 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia (LCRM), en cuya virtud el otorgamiento de autorizaciones para realizar obras o actividades no ejecutadas por la Consejería competente en materia de carreteras, en la zona de dominio público de los tramos urbanos, corresponde a los Ayuntamientos, previo informe vinculante de dicha Consejería. Del mismo modo, compete a los Ayuntamientos el otorgamiento de las autorizaciones de usos y obras en la zona de protección de dichos tramos (artículo 35.2 y 3 LCRM), si bien en este caso sólo será preceptivo (no vinculante) el informe de la Consejería, cuando se trate de tramos urbanos que no tengan la consideración de travesía y no estuviese aprobado definitivamente ningún instrumento de planeamiento urbanístico. Todo ello, además, sobre la base de considerar que las obras habrían de afectar a los tramos urbanos de las carreteras regionales B18 o B26, a su paso por el núcleo de población de La Copa de Bullas.

Así pues, si las obras afectaran a la zona de dominio público o de protección de las indicadas vías de titularidad regional en sus tramos urbanos, la autorización no correspondería a la Comunidad Autónoma, sino al Ayuntamiento, previo informe de la Consejería correspondiente. Ello determinaría, a su vez, la aplicación del artículo 142.2 RCAP, en cuya virtud el órgano de contratación facilitará las autorizaciones y licencias de su competencia que sean precisas al contratista para la ejecución de la obra y le prestará su apoyo en los demás casos.

Ahora bien, las alegaciones del contratista acerca de las advertencias efectuadas por el “equipo técnico” de la obra en el acto de comprobación del replanteo, no encuentran reflejo en el acta que documenta dicha actuación, toda vez que se hace constar en ella que, en ese momento, *“la empresa adjudicataria cuenta con toda la documentación necesaria para la correcta ejecución de las obras, en los términos y plazos previstos, facilitados por la Dirección Facultativa, dando comienzo las mismas”*.

Esta circunstancia es decisiva en orden al cómputo de los plazos de ejecución de las obras, pues el acta determina su *dies a quo* (art. 139.2 RCAP). Cuando las obras no pudieran iniciarse por no darse las circunstancias adecuadas para ello o el contratista formulase reservas durante la comprobación del replanteo, puede suspenderse el inicio de las obras, haciéndolo constar en el acta, precisando, posteriormente, de un acuerdo expreso de comienzo de las obras que habrá de ser notificado al contratista (art. 139.4 y 5 RCAP).

En el acta de comprobación del replanteo que obra en el expediente no existe manifestación expresa de suspensión del inicio de las obras, y sí la contraria, es decir, que aquéllas dan comienzo, por contar el contratista con toda la documentación necesaria para la ejecución en plazo de las obras. Pero es que ni siquiera de los términos en que el contratista formula su alegación cabe deducir que la Dirección Facultativa le ordenara no iniciar las



obras, sino que simplemente “*puso de manifiesto de forma verbal la necesidad de la autorización de la Consejería de Obras Públicas para la realización de parte de la mencionada obra*”. Dicha manifestación, contradictoria con el contenido del acta, no parece suficiente para generar en el contratista la convicción de que no podía comenzar las obras sin contar con la “autorización” autonómica, con la drástica consecuencia de interferir decisivamente en el cumplimiento del contrato dejando en suspenso la obligación principal asumida por el contratista, quien venía obligado a ejecutar las obras y a finalizarlas en el plazo de realización de las mismas, computado a partir del día siguiente al acta de comprobación del replanteo.

En cualquier caso, el argumento esgrimido por el contratista no sería extensible a aquellas partes de la obra que no afectaran a los tramos urbanos de las vías de titularidad regional, como ocurre con el alumbrado del jardín municipal, cuyas obras, siempre según el representante de la empresa adjudicataria, se habrían realizado en julio de 2007, es decir tres meses después de la finalización del plazo de ejecución total del contrato. Del mismo modo, no sería necesaria la indicada “autorización” autonómica para las obras relativas a las Calles Mayor y Parque, salvo en el caso de esta última en su intersección con la Avenida de la Comunidad Autónoma, única vía de las tres afectadas por el contrato que constituye tramo urbano de las carreteras regionales B18 y B26.

b) Inexistencia de control y asistencia técnica a la obra por parte de la Dirección Facultativa, que determinan la imposibilidad de ejecutar el proyecto.

La relación nacida de un contrato de obras se extiende en el tiempo, obligando a las partes a mantener una comunicación constante y fluida en aras al adecuado desarrollo de la prestación objeto del contrato y a la satisfacción del interés general a que aquella se ordena. Manifestaciones legales de esta relación dialogística son tanto las obligaciones que se establecen para ambas partes (dirección, inspección y supervisión constantes de la obra por parte de la Administración y obligado acatamiento por el contratista de las instrucciones que aquella le dé en relación a la ejecución de las obras), como los instrumentos y formas que la propia normativa reguladora de los contratos prevé para encauzar y promover dicho diálogo (comunicación de órdenes por escrito, libro de órdenes y libro de incidencias, etc.).

Del análisis del expediente sometido a consulta, surge una primera apreciación cual es la ausencia de formalidades en la relación *inter partes*, pues constan alusiones a la existencia de instrucciones dadas por la Dirección Facultativa al contratista, como se desprende de las propias manifestaciones de éste respecto de la indicación de no colocar las columnas y luminarias del alumbrado del jardín (escrito de alegaciones, apartado 9º) y del informe del ingeniero director de las obras, acerca de las soluciones técnicas que habría ofrecido al contratista en relación a una zona inundable frente a una vivienda, sin que se haya aportado al expediente la ratificación escrita de dichas órdenes que prevé el artículo 143.1 TRLCAP.

Ello no obstante, también puede advertirse que la Dirección Facultativa no fue rigurosa en el cumplimiento de sus funciones, obviando obligaciones como las de expedir las certificaciones de obra mensuales y relajando las labores de inspección y control que debieron haberle llevado a requerir al contratista el inicio de las obras de manera inmediata tras la comprobación del replanteo, lo que no consta que hiciera. Y es que el Director Facultativo, en su labor directora, debe efectuar un riguroso control de la obra a lo largo de toda su ejecución, incluyendo la elaboración de las relaciones valoradas y la emisión de las certificaciones de obra, actuación esta última que debe llevar a cabo mensualmente a partir de la fecha de comprobación del replanteo y tanto si hay obra a acreditar como si no, en cuyo

caso deberá aclarar las razones de la certificación en cuantía cero, como establecen las cláusulas 45, 46 y 47 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras por la Administración General del Estado.

Ahora bien, de dicha constatación no cabe inferir una excusa de cumplimiento por parte del contratista, cuya obligación de ejecutar las obras conforme al proyecto y a los pliegos que forman parte del contrato, constituyéndose en ley del mismo, no está condicionada en su exigibilidad a la previa intimación por parte de la Administración o de sus representantes, toda vez que, de conformidad con el artículo 143.1 TRLCAP, las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el PCAP y en el proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que en interpretación técnica de éste diera al contratista el Director Facultativo. El artículo 94 RCAP, por su parte, dispone que la ejecución de los contratos se desarrollará, “*sin perjuicio de las obligaciones que corresponden al contratista*”, bajo la dirección, inspección y control del órgano de contratación, el cual podrá dictar las instrucciones oportunas para el fiel cumplimiento de lo convenido.

En consecuencia, independientemente de la responsabilidad en que pueda incurrir el Director Facultativo ante la Administración municipal por un eventual ejercicio inadecuado de las funciones encomendadas, el contratista viene obligado a ejecutar la obra en los términos establecidos en el contrato, en los pliegos y en el proyecto, y de acuerdo con las instrucciones técnicas que le diera el Director de las obras, si es que éstas existieran. De no existir, el contratista cumple su obligación ajustándose fielmente al proyecto, de forma que las obras ejecutadas conforme a éste, aun cuando resultaran inadecuadas como consecuencia de eventuales deficiencias técnicas existentes en aquél, no generarían responsabilidad del contratista y habrían de ser aceptadas y abonadas por la Administración.

Por otra parte, para que las faltas imputadas al Director de las obras resultaran relevantes en orden a justificar las del contratista, la jurisprudencia exige que aquéllas tengan incidencia sobre el plazo de ejecución (STS, 3ª, de 23 de marzo de 1998). En este sentido, tampoco acredita el contratista que los alegados incumplimientos del Director de las obras fueran determinantes de la imposibilidad de ejecutar las obras conforme a proyecto y en plazo.

En primer lugar, porque el incumplimiento de la obligación de certificar las obras mes a mes no condiciona la realización del objeto del contrato, toda vez que dichas certificaciones son documentos justificativos de la ejecución de las unidades de obra en ellas comprendidas y que se expiden a efectos del pago. Si ni tan siquiera la falta de abono de las certificaciones de obras ya ejecutadas determina una excusa de cumplimiento de las obligaciones del contratista, menos aún puede eximir de dicho cumplimiento el mero hecho de no certificar unas obras inexistentes.

La hipotética falta de asistencia técnica al contratista por parte de la Dirección Facultativa, en hipótesis, podría haber tenido alguna relevancia si, en el momento de ir a ejecutar las obras y detectada la eventual deficiencia en el proyecto, el contratista se hubiera dirigido al Director en demanda de su asistencia y éste no hubiera respondido al requerimiento. Sin embargo, no consta en el expediente que aquél pusiera en conocimiento de éste las dudas o dificultades técnicas a que alude en sus alegaciones; antes al contrario, dejó transcurrir el plazo de ejecución de las obras sin recabar instrucción alguna para solventar las dificultades ahora alegadas, por lo que no puede admitirse que ahora pretenda escudarse en las supuestas omisiones de la Dirección Facultativa para justificar un incumplimiento del plazo que sólo a él resulta imputable.

Ha de reconocerse, en consecuencia, que existe un incumplimiento de una obligación contractual esencial, la demora en el cumplimiento del plazo cierto de ejecución a que se obligó el contratista. Conforme a la doctrina del Consejo de Estado, “*el simple vencimiento de los plazos, sin que la prestación del contratista esté realizada, implica “ipso iure” la calificación de incumplimiento, pues el contrato administrativo tiene como elemento característico ser un negocio a plazo fijo, en el que el tiempo constituye una condición esencial*” (Dictámenes 912/97 y 3811/98, entre otros). Por consiguiente, procede acordar la resolución del vínculo contractual con pérdida de la fianza definitiva constituida por la sociedad adjudicataria e indemnización, en la parte que exceda del importe de la fianza, de los daños y perjuicios que esta resolución y sus causas hayan podido ocasionar a la Administración contratante (art. 113.4 TRLCAP), para lo que deberá instruirse el oportuno expediente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### CONCLUSIONES

**PRIMERA.**- De conformidad con lo expuesto en la Consideración Tercera de este Dictamen, el Consejo Jurídico aprecia la concurrencia de causa de resolución del contrato formalizado entre el Ayuntamiento de Bullas y la empresa --, S.L., denominado “*Red de pluviales en Avda. Comunidad Autónoma, pavimentación de la Calle Mayor y Calle Parque y alumbrado público en el Jardín Municipal de la pedanía de La Copa en Bullas, P.O.S./2006*”, por lo que procede acordar su resolución.

**SEGUNDA.**- Procede asimismo la incautación de la garantía definitiva constituida por la empresa adjudicataria del contrato, toda vez que ha quedado acreditado en el expediente un incumplimiento culpable por su parte.

No obstante, V.S. resolverá.

**DICTAMEN 79/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 28/04/08**

### **Extracto de Doctrina**

*La circunstancia de que el valor venal del vehículo sea inferior a la cuantía reclamada, no es óbice para reconocer al interesado el montante solicitado, al haberse justificado que es la cantidad efectivamente desembolsada (folios 79 y 80).*

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.**- El 11 de mayo de 2004 (registro de entrada), x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes,

por los daños sufridos por el motor de su vehículo marca Nissan matrícula “—”, debido a la acumulación de agua en la carretera B-3, punto kilométrico 3, en la travesía de la pedanía de Guadalupe, el día 10 de mayo de 2004.

**SEGUNDO.-** La instructora del expediente recaba del interesado, mediante escrito de 18 de mayo de 2004, que subsane y mejore la reclamación, presentando a tal efecto un escrito el 26 de mayo de 2004, acompañado de un informe municipal sobre el salvamento de las personas atrapadas en el vehículo accidentado, y de una factura por importe de 2.096,99 euros. Con posterioridad se le vuelve a requerir nuevamente para que complete la documentación (folios 9 y 10), siendo cumplimentado el 17 de junio de 2004, en el sentido que figura en los folios 12 a 23.

**TERCERO.-** Con fecha 9 de julio de 2004 se dicta por el Secretario General de la Consejería consultante resolución declarando la inadmisibilidad de la reclamación por falta de legitimación del reclamante, al no ser el propietario del vehículo accidentado, tras lo cual se presenta un escrito por x., padre del reclamante y titular del vehículo accidentado, en el que manifiesta que reitera la reclamación presentada por su hijo, si bien indica que se prosigan las actuaciones a su nombre, figurando una diligencia de la instructora de 2 de febrero de 2005, incorporando la documentación existente al nuevo expediente reiniciado.

**CUARTO.-** El 4 de febrero de 2005 se solicita por el órgano instructor informe del Instituto Nacional de Meteorología con la finalidad de conocer si el charco de agua en el que quedó atrapado el vehículo del reclamante fue debido al volumen de agua caído en esa fecha o si, por el contrario, obedece a las características de la vía. Dicho informe es emitido el 22 de abril de 2005, señalando que la máxima intensidad de la precipitación registrada en la estación más próxima fue de 66,0 litros por metro cuadrado y hora, y se registró a las 14,50 horas TMG.

**QUINTO.-** El Jefe de Sección II de Conservación de la Dirección General de Carreteras emite informe el 28 de abril de 2005, manifestando lo siguiente:

*a) No se tiene constancia alguna del citado siniestro ni aún a través de atestado, manifestación o comunicación de la Policía local o Guardia Civil presente o personada posteriormente en dicho acto.*

*b) En el momento de los hechos se había producido un fuerte aguacero que anegaba un tramo reducido de la citada carretera, coincidente con un punto bajo de la misma dotado de rejillas de evacuación.*

*c) Dentro de los cometidos de conservación de carreteras a nuestro cargo se realizan actuaciones de bacheo y reparación de los firmes, siendo competencia municipal las labores de evacuación de aguas de lluvia a través de las conducciones existentes.*

*d) No obstante lo anterior, se deduce que la depresión existente en dicho lugar y el anegamiento circunstancial en ese tramo de travesía no es causa suficiente para provocar los daños materiales alegados.*

*e) No queda suficientemente acreditado la relación causal entre la existencia de este pequeño tramo anegado circunstancialmente mientras dura la persistencia del fuerte aguacero y los daños producidos y reclamados posteriormente.*

*f) La altura máxima alcanzada por el agua no supera los 10 cms. de altura en el lado más desfavorable en el sentido de la marcha junto al bordillo.*

*g) Estimo improbable que el agua pudiese entrar al motor del vehículo por la admisión del aire que suele estar situada alrededor de 50 cms. de altura sobre el pavimento sobre el que circula el vehículo”.*

Finalmente propone, como informe complementario, que se recabe el parecer del Parque de Maquinaria por su cualificación técnica.

**SEXTO.-** Tras varios intentos de la instructora solicitando el informe al Parque de Maquinaria, es finalmente evacuado por el Ingeniero Técnico Industrial el 28 de septiembre de 2006, indicando que los daños que se reclaman, ocasionados por la introducción de agua al motor, pueden corresponder perfectamente a los que se deducen de la factura aportada, y se pueden considerar conformes con el coste de los mismos en la fecha del accidente.

**SÉPTIMO.-** Otorgado trámite de audiencia al reclamante, no consta que haya formulado alegaciones, tras lo cual se dicta propuesta de resolución desestimatoria el 20 de marzo de 2007, al atribuir al conductor del vehículo la causa del accidente por no adecuar la velocidad a las circunstancias de la vía.

**OCTAVO.-** Con fecha 29 de marzo de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento.

La legitimación activa reside, cuando de daños materiales en las cosas se trata, en quien ostenta su propiedad, dado que éste será quien sufre el perjuicio patrimonial que se imputa al funcionamiento de los servicios públicos, habiéndose acreditado en el expediente que x. es titular del vehículo accidentado.

En cuanto a la legitimación pasiva, se ha reconocido por la Administración que la carretera B-3, donde se produjo el accidente, pertenece a la red de carreteras regional, si bien se ha indicado por el técnico del centro directivo competente que las labores de evacuación de agua, a través de las conducciones existentes, son de competencia municipal.

La solicitud se ha presentado dentro del plazo señalado por el artículo 142.5 LPAC.

En cuanto al procedimiento seguido, cabe advertir la ausencia de un trámite de audiencia al Ayuntamiento de Murcia si, como sostiene el informe técnico de la Dirección General de Carreteras, competen a aquel las labores de evacuación de aguas de lluvia a través de las conducciones existentes.

En todo caso, la propuesta de resolución elevada no resuelve inadmitir la reclamación por incompetencia, sino que entra a considerar los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial, y no cabe duda de que la Administración regional está obligada a

mantener las carreteras que están incluidas en su red en las mejores condiciones posibles de seguridad (artículo 139 del Reglamento General de Circulación). Ciertamente, aun cuando sean de competencia municipal las labores de evacuación de aguas de lluvia, la rejilla de desagüe se encuentra ubicada en la zona de dominio público de la carretera (artículo 22.1 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia), y su mantenimiento ha de compatibilizarse con la seguridad a las personas que ha de proporcionar la utilización de dicha infraestructura viaria de titularidad regional, cuya configuración también es destacada por aquel informe (depresión existente en el lugar del accidente).

Por tanto, sugerida la competencia municipal en la labor de evacuación de aguas, también se ha reconocido por la propuesta de resolución la competencia del titular de la vía, en la medida que desestima la reclamación presentada. Desde este planteamiento, cabe admitir, como advertimos en nuestro Dictamen 91/2004, la existencia de actividades concurrentes desencadenantes de una responsabilidad solidaria (artículo 140.2 LPAC), ya que resulta imposible definir con claridad la titularidad de la responsabilidad, tanto desde el punto de vista formal, atendiendo al criterio de ejercicio de la competencia, como desde el punto de vista sustantivo, atendiendo al criterio del beneficio revelado por la intensidad de la actuación o por la presencia predominante del interés tutelado por una de las administraciones intervinientes. Esta dificultad de identificación *a priori* de un solo responsable exige, desde un punto de vista procedimental, la adopción de soluciones favorables a posibilitar el ejercicio de la acción del particular perjudicado, aceptando la legitimación pasiva solidaria de todos los implicados. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en su dictamen número 48/94, señalando que “...la Administración del Estado debe abonar el importe de las indemnizaciones correspondientes a reclamaciones formuladas por particulares cuando, existiendo responsabilidad de ésta, es concurrente con la de otras Administraciones Públicas, o cuando, existiendo también responsabilidad, no es dato cierto a cuál de ellas ha de imputarse el funcionamiento del servicio causante del daño. En estos casos se considera que el particular tiene derecho a percibir su indemnización, siendo ulterior cuestión a dilucidar entre las Administraciones el montante a asumir por cada una de ellas, en el primero de los supuestos, o la titularidad del servicio público causante de los daños y a quién corresponde su abono, en el segundo”.

En consecuencia, transcurridos casi cuatro años desde la interposición de la acción de reclamación y reconocida en parte la competencia autonómica, sin que se le haya indicado al reclamante la procedencia de su ejercicio ante el Ayuntamiento correspondiente, procede resolver el fondo de la cuestión planteada, sin perjuicio del derecho de repetición que ostenta la Administración regional, en el caso de considerarse que la cuantía del daño alegado debiera ser abonada finalmente por el Ayuntamiento de Murcia.

### **TERCERA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.**

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. En similares términos se expresa el artículo 139 LPAC, configurando una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio indemnizada.

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, Sentencia de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad

patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación, no implica que dicha Administración se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, ya que de ser así el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

En suma, de acuerdo con lo establecido por los artículos 139 y 141 LPAC, son requisitos para que se reconozca la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración los siguientes:

- a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.
- c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Veamos la aplicación de tales requisitos al presente supuesto:

1º) Ha quedado acreditado en el expediente la producción del daño, de acuerdo con el informe de los servicios de salvamento del Ayuntamiento de Murcia y la factura de reparación.

2º) Se ha acreditado también la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado. El reclamante ha probado el anegamiento de ese tramo de carretera el día del accidente (se acompañan fotografías al informe de los servicios de salvamento), y que su vehículo quedó atrapado en el lugar donde se formó una bolsa de agua, pues fue rescatado por los bomberos. El daño alegado (entrada de agua en el motor) también es verosímil, a tenor de lo indicado por el informe del Parque de Maquinaria (folio 84). Y no puede sostenerse, por otra parte, que las precipitaciones de aquel día pudieran incidir en el nexo causal por mediar causa de fuerza mayor, según el informe del Instituto Nacional de Meteorología.

De lo expuesto se infiere un enlace directo entre el funcionamiento del servicio público con los daños producidos.

3º) Especial consideración ha de realizarse al principio de antijuridicidad, puesto que el Consejo Jurídico considera que se trata de unos daños que el reclamante no está obligado a soportar, de conformidad con lo previsto en el artículo 141.1 de la LPAC: “*Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley*”.

#### **CUARTA.- Indemnización.**

Por último, cabe entrar a considerar la cuantía indemnizatoria reclamada, prestando su conformidad a la misma el informe del Parque de Maquinaria (2.096,99 euros), por ser acorde con el modo de producirse el siniestro, al igual que el coste de los desperfectos ocasionados en el vehículo. La circunstancia de que el valor venal del vehículo (1.520 euros)

sea inferior a la cuantía reclamada, no es óbice para reconocer al interesado el montante solicitado, al haberse justificado que es la cantidad efectivamente desembolsada (folios 79 y 80), como tuvimos ocasión de indicar en nuestro Dictamen núm. 35/00, en el que señalamos:

*“La anterior afirmación es cierta en la medida en que el reclamante no acredite que el precio efectivamente desembolsado es superior al valor venal del vehículo, sobre la base del principio de indemnidad que obliga a resarcir los daños efectivamente causados, tal y como puso de manifiesto el Consejo Jurídico, en su Dictamen n.º. 91/99, de 27 de diciembre y el propio Consejo de Estado, en su Dictamen n.º. 678/98, de 26 de febrero”.*

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al concurrir los requisitos establecidos legalmente para su reconocimiento en la cuantía reclamada, sin perjuicio de lo indicado en la Consideración Segunda sobre la posibilidad de repetición frente a otras Administraciones de considerarse responsables del daño.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 80/08.- Responsabilidad patrimonial instada por la mercantil x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios empleo y formación.**

**Consultante: Consejera de Trabajo y Política Social (2004)**

**Fecha: 28/04/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Para determinar la fecha inicial del cómputo del expresado plazo de prescripción la doctrina jurisprudencial mantiene que el principio general de la actio nata significa que el cálculo del plazo para ejercitar la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1986, 15 de octubre de 1990, 9 de marzo de 1992 y 14 de junio de 1993, entre otras).*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 17 de julio de 2006, x., en nombre y representación de la mercantil --, SA (en adelante, la mercantil), presenta escrito mediante el que solicita que la sociedad que representa sea indemnizada por los presuntos daños sufridos como consecuencia



del funcionamiento del Servicio Regional de Empleo y Formación (SEF) en la tramitación del expediente de calificación, como Centro Especial de Empleo (en lo sucesivo, CEE), del centro de trabajo que la citada sociedad tiene en la localidad de Cartagena.

Según la reclamante los hechos se produjeron del siguiente modo:

- Con fecha 25 de marzo de 2003 la mercantil adquirió el patrimonio empresarial a --, SA (calificada como CEE).
- La mercantil inició los trámites para ser reconocida, a su vez, como CEE, circunstancia que se produjo mediante Resolución del Director General del SEF de 25 de noviembre de 2003, notificada el siguiente día 22 de diciembre.
- Una vez obtenida dicha calificación se procedió a solicitar subvención al amparo de la Orden de 4 de abril de 2003 de la Consejería de Trabajo y Política Social, reguladora de los programas de fomento del empleo para el año 2003, que fue denegada mediante resolución de 25 de enero de 2005, notificada el día 8 de febrero de 2005, basándose para ello en el hecho de que la solicitud se había presentado fuera del plazo que, al efecto, se señalaba en la Orden de convocatoria.

Considera la reclamante que existe relación de causalidad entre la actuación del SEF y los daños que la denegación de la subvención le han producido, ya que, afirma, de haber sido reconocida como CEE en su momento habría podido solicitar la subvención en tiempo y forma, de ahí que solicite ser indemnizada en una cantidad igual al importe de la subvención.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designado instructor mediante Orden de la Consejera de Trabajo y Política Social de 5 de octubre de 2006, aquél requiere a la reclamante para que, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 6 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP), subsane los siguientes defectos que se detectan en el escrito de iniciación del expediente:

- Cuantificación de la indemnización que solicita.
- Momento en el que la presunta lesión se produjo.
- Medios de prueba de los que pretender valerse para acreditar el daño que alega haber sufrido, su valoración económica y la relación causal.

Asimismo, se notifica a la mercantil la incorporación al procedimiento de los siguientes documentos:

A) Copia compulsada del expediente de calificación como CEE tramitado a instancia de la mercantil, integrado por los siguientes documentos:

1. Solicitud de calificación, presentada, según consta en el sello estampado en la misma del registro de entrada, el 21 de octubre de 2003.

2. Requerimiento efectuado por la jefa de Sección de Fomento de Empleo, de fecha, según registro de salida, 5 de noviembre de 2003, notificado a la interesada el día 12 de noviembre de 2003, para que incorpore una serie de documentos que resultan preceptivos para llevar a cabo dicha calificación (DNI del promotor o representante legal y poderes de representación del mismo; CIF del centro; escritura de constitución, debidamente registrada, etc.).

3. Escrito de la mercantil presentado el 24 de noviembre de 2003, por el que se adjunta la documentación requerida.

4. Informe del Técnico responsable, fechado el 25 de noviembre de 2003, proponiendo la calificación como CEE.

5. Resolución del Director General del SEF, de fecha 25 de noviembre de 2003.

6. Escrito de notificación de la resolución antes mencionada, remitido al interesado el 11 de diciembre de 2003.

7. Notificación efectuada por el Servicio de Correos y Telégrafos a la mercantil de la Resolución de calificación, efectuada el 22 de diciembre de 2003.

B) Copia compulsada de los siguientes documentos del expediente 2004/01/45/0049, relativo a la solicitud de subvención de costes salariales cursada por la mercantil, correspondientes al programa “3”, “Integración laboral del minusválido”, subprograma “b” “Mantenimiento de puestos de trabajo”, modalidad “Subvención de costes salariales”, regulado por la Orden de la Consejera de Trabajo y Política Social de 5 de abril de 2004:

1. Solicitud de la subvención presentada el 28 de mayo de 2004.

2. Resolución del Director General del SEF, de fecha 24 de enero de 2005, denegando la solicitud.

3. Recurso contra la citada Resolución, presentado el 7 de marzo de 2005.

4. Orden de la Presidenta del SEF, de fecha 17 de febrero de 2006, notificada a la interesada el 7 de marzo de 2006, desestimando el recurso.

**TERCERO.-** La reclamante atiende el requerimiento mediante la presentación, el 26 de octubre de 2006, de un escrito en el que se indica lo siguiente:

- a) Que la cuantía económica a la que asciende el perjuicio económico sufrido es la de 26.626,82 euros, importe de la subvención que solicitó y que le fue denegada.
- b) Que con fecha 25 de marzo de 2003 “subrogó a todos los trabajadores de la empresa --, SA, procediendo desde ese momento a solicitar su calificación como CEE y no habiendo recibido tal calificación con anterioridad a la expiración del plazo de solicitud de subvenciones”.
- c) Que propone como medios de prueba los siguientes:
  - Documental (que se tengan por reproducidos los documentos que se unieron al escrito de reclamación).
  - Interrogatorio del legal representante de la mercantil.
  - Testifical.

**CUARTO.-** Seguidamente el instructor solicitó informe a la Jefatura de Servicio de Fomento de Empleo del SEF acerca de los hechos descritos en la reclamación.

En contestación a tal requerimiento desde la citada Jefatura de Servicio se envía informe en el que se indica lo siguiente:

a) La solicitud de calificación como CEE se presentó el día 21 de octubre de 2003, sin que conste en el expediente ningún otro documento anterior.

b) A la solicitud no se acompañaba la documentación necesaria para resolver, por lo que, con fecha 5 de noviembre, se requirió a la mercantil para que aportara cierta documentación, lo que se cumplimentó el día 24 de noviembre.

c) Informada la solicitud por el técnico correspondiente, se dicta resolución reconociendo a la mercantil como CEE, circunstancia que se notifica mediante escrito que fue registrado de salida el día 11 de diciembre y entregado el día 22 de diciembre.

d) No consta solicitud de subvención en el año 2003. El 28 de mayo de 2004 se solicitó subvención de costes salariales para el período comprendido entre marzo y noviembre de 2003, además del correspondiente a diciembre de 2003 hasta la previsión de octubre de 2004.

e) Mediante resolución del Director General del SEF de 24 de enero de 2005, se deniega la subvención correspondiente al período comprendido entre marzo y noviembre de 2003, por extemporaneidad de la solicitud. Dicha resolución le fue notificada el 8 de febrero de 2005.

f) Contra dicha resolución la mercantil interpuso recurso de alzada el día 7 de marzo de 2005, que fue desestimado por Orden de la Presidenta del SEF de fecha 17 de febrero de 2006, notificada el siguiente día 7 de marzo.

**QUINTO.-** Con fecha 26 de diciembre de 2006 el instructor admite la prueba documental propuesta y deniega el interrogatorio del representante legal de la reclamante, por improcedente, y la testifical, por no haber aportado ni lista de testigos ni pliego de preguntas. El acuerdo del instructor fue notificado a la mercantil el día 2 de enero de 2007.

Seguidamente el instructor notificó a la interesada la apertura del trámite de audiencia, presentando ésta escrito de alegaciones mediante el que viene a reproducir el contenido de la reclamación.

**SEXTO.-** Con fecha 11 de mayo de 2007 la instrucción dicta propuesta de resolución en la que, en primer lugar, se señala la extemporaneidad de la reclamación al estimar que desde el momento en el que se produjo el daño (que hace coincidir con el de la notificación de la resolución reconociendo a la mercantil como CEE, es decir, el 22 de diciembre de 2003) hasta la fecha en la que se ejerció la acción, el 17 de julio de 2006, había transcurrido con exceso el plazo legal de un año previsto para ello. En segundo lugar, afirma el instructor que aún no siendo extemporánea la reclamación, su pretensión no podría prosperar al no existir relación causal entre la actuación de la Administración y el presunto daño alegado por la actora.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 24 de mayo de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Sobre el carácter de este Dictamen.**

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que en concepto de responsabilidad patrimonial se formulen ante la Administración regional, de

acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

**SEGUNDA.- Procedimiento y legitimación.**

El procedimiento seguido se ha ajustado en términos generales a los trámites previstos en el artículo 6 RRP.

La legitimación activa corresponde a quien sufre el perjuicio patrimonial que se imputa al funcionamiento de los servicios públicos. En definitiva, la legitimación para actuar deriva de la condición de perjudicado que, en el caso que nos ocupa, reside en la mercantil --, SA, debidamente representada por su Presidente y Consejero-Delegado, x.

Es competente para conocer y resolver la presente reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración la actual Consejería de Empleo y Formación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 142 de la Ley 30/1992, de 27 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y 16.2,o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la administración pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, ya que, siguiendo la hipótesis de la mercantil reclamante, el daño se habría producido por un deficiente funcionamiento de los servicios públicos integrados en el SEF, Organismo Autónomo dependiente de dicha Consejería.

**TERCERA.- Plazo.**

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En otros términos, la acción para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ha de ejercitarse en el plazo de un año a contar desde el hecho desencadenante de las consecuencias dañosas.

Para determinar la fecha inicial del cómputo del expresado plazo de prescripción la doctrina jurisprudencial mantiene que el principio general de la *actio nata* significa que el cálculo del plazo para ejercitar la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1986, 15 de octubre de 1990, 9 de marzo de 1992 y 14 de junio de 1993, entre otras).

Pues bien, en la propuesta de resolución el instructor mantiene que dicho momento coincidiría con el de la notificación de la resolución administrativa por la que se reconoce a la mercantil como CEE. La reclamante, en cambio, fija como *dies a quo* el de la notificación de la resolución al recurso de alzada que interpuso frente a la denegación de la subvención.

El Consejo discrepa de ambas posiciones y considera que el momento en el que la interesada contó con todos los elementos fácticos y jurídicos necesarios para determinar el alcance del presunto daño y, en consecuencia, para ejercitar la acción de responsabilidad, coincide con la fecha en la que le fue notificada la resolución de la Dirección General del SEF de 24 de enero de 2005, por la que se le denegaba la subvención solicitada, por haberlo hecho una vez transcurrido el plazo habilitado para ello en la Orden de convocatoria.

En efecto, el mero reconocimiento como CEE en una determinada fecha no genera por sí mismo un daño; y en cuanto al recurso de alzada, en este caso carece de eficacia interruptiva del plazo para iniciar la reclamación por responsabilidad patrimonial, porque nada

viene a añadir al daño que se alega haber padecido, ni a las circunstancias que concurren para su determinación y alcance. Una vez recibida la notificación de la denegación de la subvención la mercantil opta por su impugnación administrativa mediante la interposición del recurso de alzada y ante la resolución desestimatoria de éste —y una vez transcurrido el plazo para interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo—, la empresa, por medio de la presente reclamación basada en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, pretende neutralizar los efectos de una resolución administrativa firme que no consta que haya sido recurrida en vía judicial, lo que bajo la luz del artículo 6.4 del Código Civil, se aproxima a una conducta en fraude de ley.

Pues bien, fijado como *dies a quo* el 8 de febrero de 2005, fecha de notificación de la resolución denegatoria de la subvención, no parece difícil concluir que la acción para reclamar, presentada el día 17 de julio de 2006, había prescrito.

**CUARTA.- En cuanto al fondo del asunto.**

No obstante lo anterior, aún admitiendo a efectos meramente dialécticos que la acción de responsabilidad patrimonial se hubiera ejercitado en plazo y, por lo tanto, se entrara a conocer del fondo del asunto, el Consejo Jurídico comparte el parecer expresado por el órgano instructor y estima improcedente la indemnización solicitada, por cuanto considera que el efecto dañoso no se ha producido como consecuencia de una actuación administrativa irregular, sino que a él ha contribuido de forma exclusiva la conducta de la propia reclamante.

Solicita la mercantil ser indemnizada por los daños que ha sufrido al haberse denegado, por extemporánea, una subvención que alega no pudo pedir en plazo por el retraso con el que el SEF había tramitado su solicitud de reconocimiento como CEE. Sin embargo, tal afirmación no sólo se halla huérfana de prueba alguna, sino que de las actuaciones que constan incorporadas al expediente se desprende todo lo contrario. En efecto, la subrogación empresarial se produce en marzo del año 2003 y no es hasta el 21 de octubre de ese mismo año cuando se solicita el reconocimiento como CEE, es decir, cuando ya se encontraba fuera de plazo para solicitar la mayor parte de la subvención que después le fue denegada (a tenor de lo dispuesto en la Orden de 4 de abril de 2003, sólo hubiera podido hacerlo respecto de los meses de octubre y noviembre); y entre la recepción de la solicitud y el posterior reconocimiento como CEE de la mercantil, no se aprecia ningún funcionamiento irregular de la Administración que, según se desprende de los hechos que se contienen en el apartado A) del Antecedente Segundo del presente Dictamen, tardó menos de dos meses en resolver, mediando un requerimiento de subsanación de la solicitud que no venía acompañada de la documentación requerida en el procedimiento (folio 37 del expediente). No puede, pues, imputarse a la Administración competente para resolver tal calificación de morosa en la tramitación y resolución del expediente.

Finalmente, también comparte el Consejo Jurídico la apreciación del instructor recogida en su propuesta de resolución sobre la falta de acreditación y cuantificación del daño que se dice irrogado como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos regionales de empleo. En efecto, resulta totalmente improcedente identificar el *quantum* indemnizatorio con el importe de la subvención solicitada, puesto que ésta constituía una mera expectativa al no tratarse de una subvención directa.

Por todo lo expuesto, no concurren en el presente caso los presupuestos legales que derivan en el reconocimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por ser ésta extemporánea (en los términos que se indican en la Consideración Tercera del Dictamen, que deberán incorporarse a la resolución) y por no concurrir el necesario nexo causal entre la actuación administrativa y los daños alegados.

No obstante, V.E. resolverá.

### **DICTAMEN 81/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 30/04/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Los perfiles de la doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado y las circunstancias o requisitos que han de darse en orden a su aplicación, han sido sentados por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en diversas sentencias, según las cuales “el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del mismo, (...) si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que se pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de actuación” (STS 30 de enero de 2003).*

*La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha precisado que no cabe aplicar esta doctrina cuando el daño constituye la materialización de una complicación o riesgo típico de la intervención o asistencia sanitaria prestada (SAN de 5 de abril de 2006). En la misma línea, el Consejo de Estado (Dictamen 1743/1999) y este Consejo Jurídico (Dictamen 173/2007), excluyen la aplicación de esta doctrina cuando el daño responde a un riesgo típico de la intervención y la causa se sitúa fuera del ámbito o esfera de control del actuante.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 16 de abril de 2003 x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por el anormal funcionamiento de los servicios sanitarios de la Administración regional. Según la interesada, el día 18 de enero de 2001 le fue practicada en el Hospital Morales Meseguer de Murcia (HMM) una intervención quirúrgica consistente en extirpación de un ganglión en el dorso de la muñeca izquierda. Tras la operación la reclamante

presentaba dolor y limitación de movimiento en ella. Trasladada esta circunstancia al facultativo que la había intervenido, éste le restó importancia y le prescribió tratamiento rehabilitador que se llevó a cabo en el Hospital de Molina de Segura. Sin embargo, a pesar de dicho tratamiento -afirma la interesada- presenta importantes secuelas en la muñeca que concreta del siguiente modo:

- Limitación de la movilidad de la muñeca: flexión palmar, pérdida del 80%.
- Desviación cubital, pérdida del 10%.
- Dolor a la movilidad que le impide realizar trabajos normales.
- Cicatriz quirúrgica de 2 cm.

Añade que tardó en curar de sus lesiones 466 días, todos ellos improductivos.

Solicita indemnización de 27.348,75 euros por los días de baja y secuelas; de cantidad indeterminada, que en fase probatoria concretará, por gastos materiales correspondientes al tratamiento rehabilitador; y de 18.000 euros por daños morales.

Finaliza solicitando la práctica de prueba documental consistente en dar por reproducidos los documentos que se acompañan a la reclamación, así como la historia clínica correspondiente a la intervención quirúrgica antes descrita, cuyo envío deberá ser requerido al HMM.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designado órgano instructor mediante Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS), aquél solicita del Centro de Salud del Carmen en Murcia y del HMM copia cotejada de las historias clínicas y los informes de los profesionales que atendieron a la reclamante; al mismo tiempo comunica a esta última la recepción de su reclamación, el órgano encargado de su tramitación, el plazo para la resolución y el efecto del silencio administrativo, trasladando también la reclamación a la Compañía aseguradora y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

**TERCERO.-** Dichos requerimientos son atendidos por el Centro de Salud del Carmen en el sentido de que la paciente no se encuentra entre el cupo correspondiente a dicho Centro, y el HMM remitiendo copia compulsada y numerada de la historia clínica e informe del Dr. x., Jefe del Servicio de Traumatología de dicho Hospital, en el que se indica lo siguiente:

*“La paciente es intervenida de ganglión dorsal de muñeca, la exéresis es completa, no produciéndose durante la misma ninguna complicación. No afectación tendinosa, vascular, ni nerviosa. No recidiva.*

*A pesar de ello la enferma pierde movilidad sin existir lesiones objetivas que justifiquen semejante rigidez”.*

De la historia clínica resulta conveniente destacar aquí los siguientes documentos:

a) Informe médico de alta extendido por el Servicio de Traumatología del HMM, en el que se hace constar lo siguiente:

*“Paciente intervenida de ganglión dorso muñeca el día 18 de enero de 2001. Evoluciona con problemas de muñeca y dolor que no mejora con rehabilitación y fisioterapia. No presenta recidiva.*

*Actualmente se encuentra en fase de secuelas sin tratamiento quirúrgico posible.*

R.M. N:

*Tendones normales.*

*Quieste palmar del flexor largo de pulgar, sin relación con su patología actual.*

*Articulación normal.*

*Secuelas: flexión palmar pérdida del 80%.*

*Flexión dorsal perdida del 10%.*

*Desviación cubital perdida del 10%.*

*Dolor a la movilidad máxima que le impide realizar trabajos normales”*

b) Informe del Dr. x., facultativo del citado servicio de traumatología, del siguiente tenor:

*“Paciente intervenida de ganglión en dorso de la mano izquierda el 18 de enero de 2001.*

*Actualmente no hay recidiva del ganglión sin signos inflamatorios algunos.*

*Presenta el siguiente balance articular tras haber realizado rehabilitación:*

*Flexión dorsal prácticamente normal. Flexión palmar limitada a 20° Desviación radial normal. Desviación cubital levemente limitada. Pronosupinación normal.*

*En mi opinión no hay posibilidades quirúrgica puesto que (no) hay recidiva y los tendones extensores funcionan correctamente que es al nivel donde se había producido la adherencia”.*

**CUARTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica, se evacua el 26 de abril de 2005, y en él, tras el pertinente juicio crítico, se concluye del siguiente modo:

*“1. X., fue intervenida el 18 de enero de 2001 por un ganglión que presentaba en el dorso de la mano izquierda.*

*2. Previamente a la intervención, el 19/10/00, firmó el consentimiento informado de la misma donde se especifica que se le informa del procedimiento a realizar, las alternativas y las posibles complicaciones.*

*3. La intervención se desarrolló sin incidencias y fue realizada de acuerdo a la técnica habitual, siendo la exéresis completa y no afectándose ningún nervio, tendón o vaso.*

*4. Tras la intervención acudió el 12/02/01 a las consultas de Traumatología constando en la hoja de consulta: “Flexión de la muñeca con adherencia de extensores del 2º y 3º dedos a piel”, por lo que se le remitió a RHB. El 18/03/01 se le da de ALTA con las secuelas funcionales que describe:*

*Flexión dorsal prácticamente normal.*

*Flexión palmar limitada a 20°*

*Desviación radial normal.*

*Desviación cubital levemente limitada.*

*Pronosupinación normal.*

*5. La adherencia de los ligamentos extensores a la piel no está descrita dentro de las complicaciones habituales, de hecho no es una complicación que surja por la técnica quirúrgica, la formación de tejido cicatrizal que se proyectó a la piel produjo la adherencia.*



6. No se han detectado lesiones objetivas que justifiquen la pérdida de movilidad en la flexión de la mano izquierda.

7. La x. utiliza como criterio para, valorar los daños las secuelas descritas en el informe emitido por el Jefe de Servicio de Traumatología del Hospital JMMM, Dr. x., de fecha 7 de octubre de 2002, informe en que se especifica el % de pérdida de movilidad, pero que básicamente coincide con el del Dr. x. y que se confirma en exploración realizada por el médico de cabecera el día 24/03/06, limitación de la flexión palmar limitada a 20°.

8. Teniendo en cuenta los antecedentes clínicos de fibromialgia con dolor en todas las articulaciones, especificándose las articulaciones discales desde antes del año 2000, tampoco se puede valorar el dolor subjetivo que corresponde a la intervención, en todo caso es menor que si no existieran esos antecedentes.

9. En cuanto a los días impeditivos (Días impeditivos: desde la producción de la lesión hasta la curación de la misma o hasta su estabilización lesional, incluyendo en su caso la rehabilitación y sin prolongaciones innecesarias), el informe del Dr. x. de fecha 18/06/01 (hoja 43, del que se ha pedido copia nueva del original por no verse bien la fecha en la copia que se nos ha facilitado), establece el Alta con las secuelas funcionales descritas.

10. Los tiempos de curación habituales de una intervención de ganglión en muñeca sin complicación, según informe del Jefe de Servicio de Traumatología del Hospital Morales Meseguer de fecha 24/03/06, oscila entre dos y tres semanas

11. En los daños morales expone la pérdida de posibilidades laborales. En la actualidad la x., trabaja como auxiliar de comedor según certificado sobre el puesto laboral emitido por la empresa x. el 4 de mayo de 2006, siendo esta una actividad que requiere de capacidad manual, considero que las posibilidades laborales no se han visto afectadas.

12. Por último, la cicatriz era imprescindible para proceder a la extracción del ganglio y que previamente había autorizado, y se ha comprobado que actualmente es una cicatriz normal”.

Finaliza proponiendo la negociación de la reclamación indemnizatoria.

**QUINTO.-** La Compañía de Seguros, a la que la instructora traslada el expediente, envía informe colegiado de varios Dres. especialistas en Cirugía Plástica y Reparadora, y en Traumatología, en el que, tras resumir los hechos y efectuar las consideraciones médicas que se indican, concluyen del siguiente modo:

“1. El paciente tiene consentimiento informado de los riesgos de la intervención. En ninguno de los dos consentimientos esta especificado que la cirugía sea banal o sencilla. Los dos consentimientos recogen las complicaciones surgidas.

2. La rigidez, con pérdida de flexión palmar es una complicación descrita en la literatura médica, con un porcentaje de aparición de un 1%. Se produce por adherencias ligamentosas en extensión. Es una complicación postoperatoria y no operatoria.

3. La aparición de esta complicación se previene con una movilización precoz tras la cirugía, aspecto convenientemente citado y referido en diferentes estudios.

4. Diferentes signos en la evolución postoperatoria indican que la paciente no ha realizado movilización precoz. Las adherencias tendinosas son un signo claro e

*inequívoco, referidas en la historia clínica de traumatología y por el servicio de rehabilitación*

*5. El único tratamiento de estas adherencias es el rehabilitador. Y así lo entendieron, también los cirujanos que remiten al servicio de rehabilitación.*

*6. El cirujano, ni la administración pueden ser responsables de la falta de colaboración postoperatoria del paciente. No hemos encontrado ningún aspecto que pueda ser considerado de mala praxis, estando todos los hechos ajustados a protocolo.*

*7. Entendemos que en la reclamación se realizan afirmaciones gratuitas, que discrepan, de la historia clínica.*

*8. La actuación de los diferentes servicios médicos queda ajustada a lex artis”.*

**SEXTO.-** Otorgado trámite de audiencia a las partes, la reclamante presenta alegaciones en fecha 30 de marzo de 2007, en las que se ratifica en su pretensión, afirmando que las secuelas que padece son consecuencia directa de la intervención quirúrgica a la que se sometió, sin que, en ningún caso, le sea atribuible a su propio comportamiento -como se afirma en el informe pericial de la aseguradora-.

**SÉPTIMO.-** Obra en el expediente diversa documentación relativa al recurso contencioso-administrativo interpuesto por la reclamante, como consecuencia del cual se incoó Procedimiento Ordinario núm. 3017/2003 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia. Se observa que, seguramente por error, también aparecen incorporadas actuaciones judiciales correspondientes a otro proceso, en concreto al núm. 2727/2003, instado por x.

**OCTAVO.-** El órgano instructor del Servicio Murciano de Salud propone desestimar la reclamación, en fecha 4 de mayo de 2007, pues aunque estima que existe relación de causalidad entre la intervención quirúrgica que se practicó a la paciente y las secuelas que ésta padece, también considera que el daño no reuniría el requisito de antijuridicidad, ya que la asistencia sanitaria que se dispensó a la x. se ajustó a norma praxis, de acuerdo con la técnica quirúrgica al uso y los conocimientos médicos existentes en ese momento y la rigidez de muñeca resultante se debió a una complicación que constituía un riesgo inherente a la intervención, a cuya producción, además, pudo contribuir la propia actuación de la paciente.

**NOVENO.-** Con fecha 21 de mayo de 2007, se recaba el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañado del expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo de reclamación y procedimiento.**

La reclamante ostenta la condición de interesada, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 4.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en cuanto titular del servicio sanitario a cuyo funcionamiento se imputa el daño.

Desde el punto de vista temporal, la reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que la Ley concede para que el perjudicado deduzca su pretensión ante la Administración. En efecto, según el artículo 142.5 LPAC el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Añadiendo que en caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Pues bien, en el caso que nos ocupa la intervención quirúrgica se produjo el día 18 de enero de 2001, pero el alta médica con secuelas no se llevó a cabo hasta el día 29 de abril de 2002; por lo tanto, la reclamación presentada el día 16 de abril de 2003, ha de entenderse interpuesta en plazo.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP. No obstante cabe señalar que el desistimiento al recurso contencioso-administrativo que obra al folio 200 del expediente no corresponde a la reclamante; procede, pues, que, antes de dictar la resolución que haya de poner fin al procedimiento, por la instrucción se averigüe el estado de tramitación del procedimiento ordinario núm. 3017/2003.

**TERCERA.-** La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
- b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Asimismo, al examinar reclamaciones patrimoniales en materia sanitaria, el Consejo de Estado ha afirmado en numerosas ocasiones (por todos, Dictamen núm. 3.362/2003) que, para estimar las reclamaciones de indemnización por daños derivados de intervenciones médicas o quirúrgicas, no resulta suficiente con que la existencia de la lesión se derive de la atención de los servicios sanitarios, pues ello llevaría a configurar la responsabilidad administrativa en estos casos de forma tan amplia y contraria a los principios que la sustentan que supondría una desnaturalización de la institución. Así pues, de acuerdo con dicha doctrina, en casos como el presente se hace preciso acudir a parámetros tales como la *lex artis*, de modo tal que tan sólo en caso de una infracción de ésta cabría imputar a la Administración, de la cual dependen los servicios sanitarios, la responsabilidad por los perjuicios causados.

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada *lex artis ad hoc* o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

Por ello, la doctrina jurisprudencial lo utiliza como parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño, diferenciando aquellos supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa y aquellos otros casos en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

#### CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

La reclamante imputa a los servicios públicos sanitarios una prestación asistencial defectuosa y contraria a la *lex artis* que ha tenido como consecuencia la disfuncionalidad que sufre, resultado totalmente desproporcionado en relación con la intervención quirúrgica tan liviana a la que se sometió.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto —artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)—, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para el reclamante, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidas durante todo el proceso asistencial —el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria, es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999—. Para la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su cualidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis objetivo e imparcial de las actuaciones efectuadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un especial valor a efectos de prueba.

En el presente caso, habiendo prescindido la reclamante de su derecho a proponer prueba pericial, los informes médicos sobre los que ha de asentarse el juicio que este Órgano Consultivo ha de emitir sobre los hechos que se someten a su consideración, se concretan en los que se contienen en las historias clínicas, el emitido por la Inspección Médica y, finalmente, el aportado por la aseguradora del SMS. Pues bien, todos ellos coinciden en afirmar que la actuación de los facultativos que atendieron a la paciente, tanto durante la intervención quirúrgica como en el seguimiento posterior a ella, fue ajustada a la *lex artis*. Así, la Inspectora Médica afirma que “*la intervención se desarrolló sin incidencias y fue realizada de acuerdo a la técnica habitual*”. Por su parte, los peritos de la compañía de seguros concluyen en su dictamen que “*no hemos encontrado ningún aspecto que pueda ser considerado de mala praxis, estando todos los hechos ajustados a protocolo*”, añadiendo que “*la actuación de los diferentes servicios médicos queda ajustada a la lex artis*”. En lo que difieren estos informes es en las consecuencias que han de derivarse de tal hecho, es decir, de la circunstancia de que, a pesar de que las actuaciones médicas desplegadas en relación con la paciente se hayan ajustado a *lex artis*, se haya producido el hecho objetivo de haberle quedado una limitación funcional, aunque ésta haya sido mínima. Así, mientras que el informe pericial de la aseguradora considera que en ningún caso puede imputarse tal hecho a la Administración sanitaria ni a los facultativos en ella integrados, la Inspección Médica estima que debe llegarse a un acuerdo indemnizatorio con la reclamante. Pues bien, la tesis mantenida por la Inspección Médica no es compartida por este Consejo Jurídico, porque admitirla implicaría esgrimir sin más el derecho del paciente a obtener una curación en un período determinado de tiempo y sin secuelas, y esto queda —como se ha afirmado en la Consideración Tercera del presente Dictamen— fuera del alcance de la medicina, que no es una ciencia exacta y, además, la convertiría improcedentemente en una especie de actividad de resultado.

Aunque la anterior conclusión haría innecesario abordar otras cuestiones que se han suscitado en el expediente, el Consejo Jurídico considera conveniente analizar los siguientes aspectos:

- 1º. Sobre la alusión que la reclamante hace del daño sufrido como desproporcionado.

Los perfiles de la doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado y las circunstancias o requisitos que han de darse en orden a su aplicación, han sido sentados por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en diversas sentencias, según las cuales *“el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado del que se desprende la culpabilidad del mismo, (...) si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que se pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de actuación”* (STS 30 de enero de 2003).

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha precisado que no cabe aplicar esta doctrina cuando el daño constituye la materialización de una complicación o riesgo típico de la intervención o asistencia sanitaria prestada (SAN de 5 de abril de 2006). En la misma línea, el Consejo de Estado (Dictamen 1743/1999) y este Consejo Jurídico (Dictamen 173/2007), excluyen la aplicación de esta doctrina cuando el daño responde a un riesgo típico de la intervención y la causa se sitúa fuera del ámbito o esfera de control del actuante.

En el supuesto sometido a consulta, si bien existe un daño que cabe calificar de anormal dentro de lo que es esperable en el desarrollo de la intervención a que se sometió la reclamante, no sería desproporcionado en el sentido técnico-jurídico expuesto, desde el momento en que la reclamante no ha acreditado que se den las circunstancias exigidas por la jurisprudencia para la aplicación de la doctrina descrita. No se prueba, por tanto, que el riesgo (limitación funcional) que se materializó en la generación del daño tuviera la consideración de atípico. Por el contrario, los dictámenes médicos que obran en el expediente sí que admiten que este tipo de complicación se produzca. Así, la Inspección Médica afirma la posibilidad, aunque poco común, de que como consecuencia de la operación se vea restringido el movimiento de la articulación (folio 194). Por su parte, el informe pericial de la aseguradora del ente público indica que *“la rigidez, con pérdida de flexión palmar es una complicación descrita en la literatura médica, con un porcentaje de aparición del 1%. Se produce por adherencias ligamentosas en extensión. Es una complicación postoperatoria y no operatoria”*. No puede, pues, considerarse que la intervención quirúrgica a la que se sometió la paciente sea una intervención sin riesgo (*“sin importancia”*) se indica en la reclamación), pues son varias las complicaciones que pueden surgir y, entre ellas, está la que finalmente padece la x..

En consecuencia, no cabe aplicar al supuesto sometido a consulta la doctrina del daño desproporcionado al no reunir todos los requisitos que, para su apreciación, viene exigiendo la jurisprudencia.

## 2º. Sobre la existencia de consentimiento informado.

Los riesgos de la intervención fueron trasladados a la paciente tal como se desprende del consentimiento informado firmado por ella, mediante el que se describe la intervención a la que va a ser sometida y las posibles complicaciones que pudieran derivarse de ella. Asimismo consta en dicho documento que se le trasladó la alternativa de tratamiento que no era otra que la de no operar, ya que como se señala en el informe de los peritos de la aseguradora *“los gangliones pueden durar en el tiempo, pero también pueden desaparecer solos, por ello la intervención es únicamente decisión de la paciente”*. La existencia de esta información y su conformidad a ella, trasladan a la paciente la obligación de soportar las posibles consecuencias indeseadas, pero posibles, que de la actuación sanitaria hayan podido desprenderse.

3°. Sobre la posible existencia de elementos coadyuvadores en la producción del daño.

Finalmente, el Consejo coincide con la propuesta de resolución al considerar que en el resultado dañoso han podido contribuir de forma relevante tanto la propia actuación de la paciente como las patologías por ella padecidas.

En efecto, según señalan los informes médicos, las adherencias tendinosas sufridas por la paciente, origen de la rigidez, constituyen una complicación que se puede deber a la falta de movilidad de los dedos a ella imputable, pues de la historia clínica se desprende que la actuación de los facultativos fue correcta al enviarla a rehabilitación el día 12 de febrero de 2001, es decir, en la primera consulta externa de traumatología a la que acudió tras la intervención quirúrgica (folio 63); sin embargo, de estos mismos documentos se desprende que la colaboración de la paciente en el proceso rehabilitador pudo no ser la más adecuada (folio 64), actitud que, según indican los peritos de la aseguradora, pudo coadyuvar en el resultado dañoso.

Por otro lado, a juicio de la Inspección Médica los antecedentes patológicos de la x., que se concretan en un síndrome fibromiálgico que venía causándole desde hacía años fuertes dolores articulares (folio 74), han podido influir en la patología que presenta en la actualidad.

Cabe concluir, pues, que tanto la actitud de la propia paciente como sus antecedentes patológicos no resultan ajenos al daño por el que la reclamante solicita ser indemnizada.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 82/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 30/04/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 32/2008.*

**DICTAMEN 83/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante:** Consejera de Sanidad (2004)

**Fecha:** 30/04/08

**Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 32/2008.*

**DICTAMEN 84/08.- Revisión de oficio instada por x, contra la resolución sancionadora 107/04 del Director General de Ganadería y Pesca.**

**Consultante:** Consejero de Agricultura y Agua (2004)

**Fecha:** 30/04/08

**Extracto de Doctrina**

*La imposibilidad a que se refiere la norma de la Ley de Procedimiento debe ser, por ello, de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad (arts. 48.1 LPA y 83.2 de la LJCA); la imposibilidad debe ser, asimismo, originaria ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría simple ineficacia del acto. Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. La jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de éste (sentencias de 6 de noviembre de 1981 y 9 de mayo de 1985)” (STS, 3ª, de 19 de mayo de 2000).*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 31 de mayo de 2007, x. presenta, al amparo del artículo 102.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), solicitud de revisión de oficio de la Resolución de 1 de febrero de 2005 de la Dirección General de Ganadería y Pesca, por la que se impone a su marido, x., una sanción de 1.200 euros por cometer una infracción grave conforme al artículo 96.1, f) de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado (LPME), consistente en “*el ejercicio de la pesca en fondos prohibidos, en caladeros o períodos de tiempo no autorizados o en zonas de veda*”.



La indicada resolución, que no ponía fin a la vía administrativa, fue notificada el 25 de febrero de 2005.

Alega la interesada que la sanción se impone como consecuencia de la denuncia efectuada por un inspector del servicio de pesca y acuicultura que, el 24 de noviembre de 2004 y desde el helicóptero de inspección, advierte la infracción cometida por el pesquero “x.”, el cual, a la fecha de los hechos, ya no era de su propiedad, sino de x., a quien vendió la embarcación mediante contrato de compra-venta formalizado en escritura otorgada el 26 de agosto de 1996, que se aporta junto con la solicitud.

En consecuencia, considera que la sanción impuesta vulnera el principio de personalidad de la pena, al errar la Administración en la identidad del infractor, lo que convertiría el acto en nulo de pleno derecho, al amparo del artículo 62.1, letra c) LPAC, al tener un contenido imposible, pues faltaría el sustrato personal de la sanción, al recaer sobre quien no ha realizado la infracción, ya que no es ni propietario ni armador del buque. Recuerda, asimismo, que, conforme al artículo 90.1 LPME, son responsables de las infracciones tipificadas en dicha Ley las personas físicas o jurídicas que las cometan.

La eficacia *ex tunc* de la nulidad pretendida exigiría, además, la retroacción de las actuaciones al momento del inicio del procedimiento sancionador.

**SEGUNDO.-** Con fecha 22 de junio de 2007, el Servicio de Pesca y Acuicultura emite informe jurídico proponiendo la inadmisión de la solicitud de revisión, al considerar que el acto en cuestión no se encuentra afectado por la causa de nulidad alegada. Al margen de la fundamentación jurídica de dicha propuesta, el informe efectúa las siguientes consideraciones, que son ilustrativas de la tramitación del procedimiento y del sustrato material de la sanción:

*“1.- El Acuerdo de Iniciación del expediente sancionador se dirigió contra x., por constar éste como armador de la embarcación x. en el registro oficial existente en el Servicio de Pesca y Acuicultura. El artículo 6 de la Orden de 18 de noviembre de 1991, por la que se crea dicho registro (BORM 27/11/91) dispone que los datos declarados por los interesados, en tanto no se compruebe su falta de autenticidad mediante las correspondientes inspecciones, serán válidos a todos los efectos ante la Consejería de Agricultura y Agua. El cambio de titularidad de la embarcación con motivo de su venta debió notificarse en el plazo de 30 días a efectos de la actualización de dicho registro, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5 de la citada orden.*

*2.- Notificado el Acuerdo de Iniciación del expediente con fecha 18 de diciembre de 2004 a x. (presuntamente el hijo del denunciado), éste tuvo la posibilidad de manifestar ante la Administración que su padre no era propietario y, sin embargo, en ningún momento lo hizo. De igual forma, una vez notificada la resolución con fecha 25 de febrero de 2005, ésta fue recibida de nuevo por x., que en ningún momento interpuso recurso de alzada frente a la misma, dejando transcurrir el plazo establecido, lo que motivó que la misma deviniera firme y ejecutiva”.*

**TERCERO.-** Consta en el expediente remitido al Consejo Jurídico el sancionador que da lugar al acto administrativo cuya revisión pretende la actora. Obrar en él los siguientes documentos:

a) Boletín de denuncia respecto de x., armador o patrón de la embarcación “x.”, por practicar, el 24 de noviembre de 2004, la pesca de cerco a una profundidad inferior a los 30

metros, con infracción de lo dispuesto en el artículo 6 de la Orden APA/678/2004, de 5 de marzo, por la que se regula la pesca de cerco en el Caladero Nacional Mediterráneo. Constata en él diversas fotografías aéreas sobreimpresionadas con las coordenadas geográficas correspondientes a la situación de la embarcación y detalle de carta náutica que acredita la posición del buque en área de profundidad inferior a los 30 metros.

b) Acuerdo, de 3 de diciembre de 2004, de iniciación de procedimiento sancionador, notificado el 18 de diciembre de 2004, en el que se le indican al denunciado los cargos contra él, las infracciones y la sanción pecuniaria que se le podría llegar a imponer. En dicho acuerdo se le concede un plazo de 15 días para alegaciones y proposición de prueba.

c) Resolución de 1 de febrero de 2005, del Director General de Ganadería y Pesca, por la que se impone la sanción y que indica la no presentación de alegaciones por el interesado.

Según se hace constar en la misma Resolución, ésta no pone fin a la vía administrativa, siendo recurrible en alzada ante el Consejero de Agricultura y Agua en el plazo de un mes contado a partir de la recepción.

d) Notificada la resolución el 25 de febrero de 2005, no consta que se presentara recurso alguno contra ella, por lo que alcanzó firmeza, practicándose liquidación de la sanción e iniciándose el procedimiento para hacerla efectiva.

e) Con fecha 27 de febrero de 2007, la ahora solicitante dirige escrito al Servicio de Pesca y Acuicultura, en el que expone que por vía de apremio se le ha embargado la cantidad de 1.529,55 euros para responder del pago de la sanción impuesta a su marido, fallecido en el año 2002. El finado, que había sido copropietario del buque, vendió su 50% en el año 2000, fecha muy anterior a la infracción que se le imputa. Solicita copia del expediente sancionador, que se le facilita con fecha 1 de marzo de 2007.

f) El 18 de septiembre de 2007, el Servicio Jurídico de la Consejería de Agricultura y Agua formula propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud de revisión de oficio, al considerar que la resolución sancionadora no es de contenido imposible, como sostiene la actora.

**CUARTO.-** Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 5 de octubre de 2007, en sentido favorable a la propuesta de resolución desestimatoria, cuya fundamentación da por reproducida.

**QUINTO.-** Con fecha 29 de octubre de 2007, se solicitó el Dictamen del Consejo Jurídico, que advirtió de la omisión del preceptivo trámite de audiencia a la interesada en el procedimiento de revisión de oficio, por lo que mediante Acuerdo 18/2007, adoptado en sesión de 5 de noviembre, se requirió a la Consejería consultante para que completara la instrucción del procedimiento confirmando el indicado trámite.

**SEXTO.-** El 15 de noviembre de 2007 se notifica a la interesada la apertura del trámite de audiencia, con ocasión del cual presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta que no se le ha dado audiencia en el curso del procedimiento sancionador, causándole indefensión, lo que determinaría la nulidad radical del acto, al haberse dictado con falta total y absoluta de procedimiento.

En cuanto al fondo del asunto, cambia la calificación de la invalidez en que habría incurrido la sanción al imponerse a persona distinta de la autora de la infracción, pasando

a considerar la resolución ya no nula, sino anulable, formulando en consecuencia, como pretensión subsidiaria, la declaración de anulabilidad del acto sancionador.

Las actuaciones fueron trasladadas al Consejo Jurídico, a efectos de su Dictamen preceptivo, el día 31 de enero de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El Consejo Jurídico emite Dictamen preceptivo y determinante de la revisión de oficio de los actos administrativos, según establece el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con los supuestos de nulidad previstos en el artículo 62.1, en relación con el 102 LPAC.

#### **SEGUNDA.- Sobre la competencia, plazo y procedimiento para la declaración de nulidad.**

El artículo 102.1 LPAC establece que las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia, o a solicitud de interesado (circunstancia que concurre en el presente supuesto), y previo Dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa, o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en su artículo 62.1.

##### 1. Requisito temporal.

El acto administrativo que motiva el expediente de revisión de oficio es la Resolución de 1 de febrero de 2005, de la Dirección General de Ganadería y Pesca, por la que se impone una sanción de 1.200 euros.

De apreciarse motivo de nulidad no existe límite temporal para la resolución del procedimiento, ya que la declaración de oficio de la nulidad puede efectuarse en cualquier momento (artículo 102.1 LPAC), siendo imprescriptible el ejercicio de la acción, a diferencia de la declaración de lesividad de los actos anulables (artículo 103.2 LPAC).

##### 2. Procedimiento y órgano competente para la declaración.

Respecto al procedimiento de revisión seguido, cabe afirmar que, en general, se ha ajustado a lo dispuesto en el artículo 102.2 LPAC, pues, una vez subsanada la omisión del preceptivo trámite de audiencia a la interesada, constan la efectiva realización del indicado trámite y la solicitud de informe a la Dirección de los Servicios Jurídicos, habiéndose formulado propuesta de resolución y solicitado la emisión del presente Dictamen.

En cuanto al órgano competente para la resolución del procedimiento, de conformidad con los artículos 16.2, letra g) y 33.1, letra b) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, lo es el Consejero de Agricultura y Agua, toda vez que el acto cuya revisión se pretende fue dictado por un órgano, la Dirección General de Ganadería y Pesca, adscrito al Departamento del que es titular.

**TERCERA.- En relación con las causas de nulidad invocadas.**

a) El acto de contenido imposible.

El fundamento original de la pretensión revisoria se encuentra en el artículo 62.1, letra c) LPAC, al considerar que la sanción impuesta incurre en la causa de nulidad allí definida, pues al serlo a persona distinta del verdadero infractor, se atentaría contra el principio de personalidad de la infracción, determinando el contenido imposible de la sanción.

Ese error en la autoría de la infracción o en la imputación de la responsabilidad derivada de la misma se basaría, según la actora, en la transmisión de la titularidad del buque, operada en 1996 —y acreditada en el expediente mediante la aportación de copia de la escritura de compraventa de embarcación otorgada el 26 de agosto de 1999—, es decir, antes de los hechos constitutivos de la infracción. Para la actora, su marido ya no podía ser autor ni responsable de los hechos ocurridos en 2004, desde el momento en que en dicha fecha carecía de la condición de patrón o armador del buque, necesaria para ser considerado sujeto responsable de la infracción.

A la luz de dicho planteamiento, el Consejo Jurídico coincide con los órganos preinformantes y con la propuesta de resolución en que el acto no sería de contenido imposible, en los estrictos términos en que la doctrina jurisprudencial concibe dicha imposibilidad, a saber:

*“La nulidad de pleno Derecho de actos administrativos que tengan un contenido imposible (artículo 47.1 b) de la LPA de 1958 y hoy artículo 62.1 c) de la LJPAC es trasunto en el régimen de dichos actos del principio que expresa el artículo 1272 del Código Civil para los contratos. La nulidad de actos cuyo contenido sea imposible ha sido apreciada siempre con suma prudencia por la doctrina y la jurisprudencia, que trata de evitar que se amplíe inadecuadamente el supuesto legal a cualquier acto desprovisto de fundamento jurídico para ser dictado.*

*La imposibilidad a que se refiere la norma de la Ley de Procedimiento debe ser, por ello, de carácter material o físico, ya que una imposibilidad de carácter jurídico equivaldría prácticamente a ilegalidad del acto, que suele comportar anulabilidad (arts. 48.1 LPA y 83.2 de la LJCA); la imposibilidad debe ser, asimismo, originaria ya que una imposibilidad sobrevenida comportaría simple ineficacia del acto. Actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen. Son también de contenido imposible los actos que encierran una contradicción interna en sus términos (imposibilidad lógica) por oponerse a leyes físicas inexorables o a lo que racionalmente se considera insuperable. La jurisprudencia ha equiparado en algunos casos la indeterminación, ambigüedad o ininteligibilidad del contenido del acto con la imposibilidad de éste (sentencias de 6 de noviembre de 1981 y 9 de mayo de 1985)”. (STS, 3ª, de 19 de mayo de 2000).*

En el supuesto sometido a consulta, los razonamientos esgrimidos por la interesada quieren poner de manifiesto una eventual infracción del ordenamiento jurídico, en la medida en que el sujeto que el acto administrativo señala como responsable de la infracción podría no serlo de conformidad con el régimen sancionador aplicable. No obstante, tales argumentos no alcanzarían a configurar un supuesto de imposibilidad física, material o lógica que ampare la utilización de la extraordinaria vía en que consiste la revisión de oficio para dejar sin efectos actos administrativos firmes, máxime cuando la sanción se impone a quien

consta en los oportunos registros administrativos como armador del buque, al incumplir la obligación de comunicar el cambio de titularidad de la embarcación, que le imponía la norma sectorial. A lo sumo, y en términos estrictamente dialécticos, los vicios alegados por la interesada podrían constituir una causa de anulabilidad, la cual debió esgrimirse en el oportuno recurso de alzada, pues, a diferencia de la imprescriptibilidad característica de la nulidad, que puede hacerse valer sin sujeción a plazo alguno, la anulabilidad sí se encuentra sometida a límites temporales preclusivos, los cuales no fueron respetados por la interesada, cuando dejó transcurrir el plazo concedido para interponer el recurso de alzada frente a la resolución sancionadora, convirtiéndola en firme e inatacable por las vías ordinarias de impugnación.

Ahora bien, el expediente arroja un dato de esencial relevancia que parece haber pasado desapercibido, cual es que el sancionado habría fallecido con anterioridad a la fecha en que se produjo la infracción. En efecto, según consta en folio 23 del expediente remitido a este Consejo Jurídico, con ocasión de solicitar la interesada copia de las actuaciones, a fecha 27 de febrero de 2007 comunica al Jefe del Servicio de Pesca y Acuicultura que su marido falleció en 2002. El óbito del x. no consta acreditado de forma fehaciente en el expediente, si bien la propuesta de resolución, al establecer la legitimación activa de la interesada, la considera sucesora del fallecido en la obligación de pago de la sanción, estimando innecesaria la prueba de tales extremos (fallecimiento y sucesión hereditaria), pues se habría producido un reconocimiento implícito de su condición de interesada por el órgano sancionador.

La doctrina, por su parte, señala como ejemplo clásico de acto de contenido imposible la imposición de una obligación personal a un fallecido, en la medida en que constituye un supuesto de imposibilidad material por falta de sujeto. Esa misma carencia de sujeto es apreciable en el caso de una penalidad administrativa, atendido el principio de personalidad de la sanción, consagrado por el Tribunal Constitucional en Sentencia 219/1988, y plasmado legislativamente en los artículos 130.1 LPAC (“Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos...”) y 90.1 LPME (“Son responsables de las infracciones tipificadas en esta Ley las personas físicas o jurídicas que las cometan”), que excluye cualquier tipo de responsabilidad familiar o de transmisión de esa responsabilidad personal del sancionado a sus herederos.

En el supuesto sometido a consulta, de acreditarse el fallecimiento del x. con anterioridad a la comisión de la infracción que da lugar a la sanción, ésta quedaría viciada por la causa de nulidad establecida por el artículo 62.1, c) LPAC, en la medida en que, según aquellas “*leyes físicas inexorables*” a que se refiere la jurisprudencia antes citada, resultaría imposible que el imputado hubiera cometido infracción alguna.

Nos encontramos, en consecuencia, con una imposibilidad material que afecta al presupuesto necesario de toda sanción, cual es la realización de una actuación u omisión típica y contraria al ordenamiento. Dicha imposibilidad es, asimismo, originaria, en la medida en que es anterior a la imposición de la sanción e, incluso, a la adopción del acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador, cumpliéndose así el requisito exigido por la jurisprudencia (cfr. STS, 3ª, de 2 de noviembre de 2004, según la cual, “*actos nulos por tener un contenido imposible son, por tanto, los que resultan inadecuados, en forma total y originaria, a la realidad física sobre la que recaen*”) para poder apreciar la existencia de un acto de contenido imposible, pues si la imposibilidad fuera posterior al acto, derivaría en la mera ineficacia de éste, no en su nulidad.

Presupuesto necesario de todo lo anterior es la debida acreditación del fallecimiento del sancionado con carácter previo a la infracción, por lo que procede requerir a la interesada para que aporte documentación acreditativa de la muerte de su marido y de la fecha en que tuvo lugar.

b) Ausencia total y absoluta de procedimiento.

Con ocasión del trámite de audiencia concedido en el seno de la revisión de oficio, alega la interesada que en el procedimiento sancionador se habría omitido la preceptiva audiencia al infractor o responsable, lo que viciaría de nulidad la sanción impuesta, por aplicación del artículo 62.1, letra e) LPAC.

No comparte esta alegación el Consejo Jurídico, toda vez que consta acreditado en el expediente (folio 17) que el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador, con expresión de cargos, infracción y sanciones que podían llegar a ser impuestas, confirmando de manera expresa un plazo de 15 días para formular alegaciones, fue notificado por correo en el domicilio del interesado. La documentación postal acreditativa de la recepción del envío no consta firmada por el destinatario (x.), sino por x., probablemente hijo del matrimonio formado por el anterior y la interesada, que se hizo cargo de la notificación. Comoquiera que ésta se practica a persona que se encuentra en el domicilio del destinatario y hace constar su identidad, como acredita la consignación en la documentación postal del nombre y dos apellidos, así como el número de su Documento Nacional de Identidad, cabe considerar que la notificación se practicó conforme a lo exigido por el artículo 59 LPAC, y que, en consecuencia, fue válidamente efectuada.

En virtud de lo expuesto, el Consejo Jurídico considera que, en los términos que se dirán, podría concurrir la causa prevista en el artículo 62.1, letra c) LPAC para declarar la nulidad de pleno derecho de la Resolución del Director General de Ganadería y Pesca de 1 de febrero de 2005.

La nulidad de la resolución determinaría, asimismo, la privación de sus efectos desde la fecha en que se dictó, con las consecuencias de todo orden que de dicha declaración se deriven, singularmente respecto del procedimiento de apremio por el que se ejecutó la sanción.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Procede que por la Administración se requiera a la interesada para que pruebe la muerte de su marido y la fecha en que tuvo lugar el fallecimiento.

**SEGUNDA.-** De acreditarse que el óbito tuvo lugar antes de la fecha de la infracción, la sanción impuesta estaría viciada de nulidad conforme a lo indicado en la Consideración Tercera de este Dictamen, procediendo la revisión de la Resolución impugnada, con los efectos de todo orden que de dicha declaración de nulidad se deriven.

**TERCERA.-** De no quedar acreditada la muerte del sancionado o si ésta se produjo con posterioridad a la imposición de la sanción, no procedería la revisión interesada.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 85/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.****Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)****Fecha: 05/05/08****Extracto de Doctrina**

*Como señaló este Consejo Jurídico en sus Dictámenes 58/05 y 89/07, sobre asuntos similares el presente, ha de coincidir con la propuesta de resolución en que los daños producidos en el capó del vehículo en cuestión son imputables al funcionamiento del servicio público educativo regional, en forma, bien de una deficiente conservación del árbol existente en el recinto escolar; bien a título de una responsabilidad meramente objetiva que, de modo especial para supuestos como el presente, viene siendo reconocida por la jurisprudencia y este Consejo Jurídico (entre otros, en nuestro Dictamen 45/2001, en supuesto análogo al presente), sin que concurra la única causa aquí potencialmente exoneradora de tal responsabilidad, la existencia de fuerza mayor; conforme con las acertadas alegaciones del reclamante.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 8 de marzo de 2007, x. presentó un escrito, dirigido a la Consejería de Educación y Cultura de la Administración regional, de reclamación de indemnización por los daños ocasionados en su vehículo particular cuando estaba estacionado en el aparcamiento del Instituto de Educación Secundaria “*Mediterráneo*” de Cartagena, donde presta sus servicios como profesor. El interesado expone en su escrito que “*A las 11.00 horas de la mañana, durante el tiempo de recreo, tuvo conocimiento a través de una profesora de guardia de recreo, de que un árbol que se encontraba en el aparcamiento había caído sobre su vehículo produciéndole daños. Al llegar a la parte del patio que comunica con el aparcamiento observó, junto a un gran número de alumnos y profesores, que había tres vehículos afectados, siendo el suyo el que resultó menos dañado al ser el último vehículo que recibió el impacto de una acacia o mimosa que había caído, siendo sus ramas las que afectaron a dicho vehículo...*”.

Continúa manifestando que se desplazaron al lugar dos agentes de la Policía Municipal, si bien declinaron actuar de oficio al encontrarse los vehículos en recinto escolar. Fue tras el expreso aviso de la Directora al Servicio de Bomberos cuando éstos comunicaron que acudirían por la tarde, si bien en el caso del vehículo del interesado él mismo pudo sacarlo de debajo de la rama, y conducirlo, por necesitarlo con carácter urgente.

Describe así los daños sufridos en el automóvil, matrícula “—“: “*rasguños en el capó, techo y parte derecha del vehículo, así como diferentes abolladuras en la chapa de las partes antes descritas y otros daños que aparecen detallados en el presupuesto de la compañía aseguradora aportado como documento de prueba*”.

Afirma el reclamante que existe relación de causalidad entre el daño descrito y el servicio público educativo, ya que “*la Consejería de Educación y Cultura, (es) la titular del inmueble donde se hallaba situado el vehículo siniestrado, así como del árbol causante de*

*los daños objeto de la reclamación.” A su parecer, existe también una ausencia del deber jurídico de soportar el daño, por contar como profesor del Centro con “autorización” para aparcar el vehículo en el lugar donde lo hizo, “hallándose bajo las ramas del árbol porque este punto es uno de los lugares destinados al estacionamiento del vehículos, al igual que se encontraban estacionados otros vehículos que también resultaron siniestrados”.*

Añade que concurren los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración, pues si bien el día de los hechos hacía viento, éste no puede calificarse como desmesurado, siendo su velocidad “*de sólo 64 kilómetros por hora*”, registrándose este máximo a las 3:00 horas de la madrugada, según prueba el certificado oficial del Instituto Nacional de Meteorología que aporta. Cita diversas sentencias sobre supuestos análogos al presente por daños causados existiendo vientos fuertes de intensidad similar y/o superior a la del caso, en las que no se aprecia la existencia de fuerza mayor. Alega que la fuerza del viento resultaba insuficiente por sí sola para arrancar una rama del árbol y, mucho menos, para arrancar el árbol por completo, por lo que entiende que más bien la causa de la caída de la acacia se encuentra en una débil fijación al suelo, por poseer unas raíces demasiado delgadas y superficiales para el peso alcanzado y estar en terreno poco compacto.

Junto a la reclamación aportó diversos documentos: los acreditativos de su titularidad del vehículo dañado; cinco fotografías del árbol caído sobre el vehículo; escrito 3 de mayo de 2007 de la Directora del IES, sobre el suceso, certificado del Instituto Nacional de Meteorología de 29 de marzo de 2007 y un presupuesto de reparación expedido por “-, S.L.”, con el sello de “x” (concesionario oficial de Opel en Cartagena). De dicho presupuesto resultan como gastos de reparación de los daños que en él se consignan la cantidad de 1.423’44 euros (1.277’10 € más 196’34 € en concepto de IVA).

El reseñado informe de la Directora del centro expresa lo siguiente:

*“El pasado día 8 de marzo, a las once horas de la mañana, se produjo la caída de un árbol que se encontraba plantado en la zona del Instituto destinada para aparcamiento de los profesores.*

*Debido a su gran tamaño, causó importantes daños en tres automóviles. Los profesores afectados por el suceso son x, y, z.*

*Se requirió la intervención de la policía local y de los bomberos para liberar los vehículos siniestrados. Todas estas circunstancias se pusieron en conocimiento del Jefe de Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, x”.*

Además, el reclamante propuso como prueba la testifical de tres determinadas personas.

**SEGUNDO.-** El 9 de mayo de 2007 la instructora solicitó información al Ayuntamiento de Cartagena, por ser la Administración de pertenencia del servicio de bomberos que acudió a rescatar los vehículos siniestrados. No consta en el expediente remitido contestación alguna del citado Ayuntamiento al órgano instructor. Obra, sin embargo, copia de un oficio de 4 de mayo de 2007, del Jefe de Servicio de Extinción de Incendios y Protección Civil de dicho Ayuntamiento atendiendo la solicitud de informe que formuló otro de los docentes afectados, x., en el que manifiesta que en fecha 8 de marzo de 2007 se intervino en el Instituto Mediterráneo por caída de árbol de grandes dimensiones en el interior del Instituto, cayendo sobre el vehículo matrícula “—“ (que era lo concretamente solicitado, se deduce, por su propietaria).



**TERCERO.-** Mediante comunicación interior de 4 de julio de 2008 se solicitó a la Unidad Técnica de Centros Educativos informe sobre los hechos, sin que conste que se haya emitido.

El 4 de febrero de 2008 fue solicitado al Parque Móvil Regional de la Dirección General de Patrimonio un informe sobre la relación causal entre la caída del árbol y los daños alegados, así como sobre las cuantificaciones de las partidas de reparación incluidas en el presupuesto aportado por el reclamante. El Jefe de Taller de dicho organismo emitió informe el 8 de febrero de 2008 señalando en éste que la tasación (1.423,44 euros) “.. *se ajusta aproximadamente a los precios reales de mercado por la reparación de dichos conceptos*”, y que “*teniendo en cuenta los documentos que se acompañan de valoración de daños y fotografías del vehículo, efectivamente existe una relación entre la causa y el efecto producido.*”

**CUARTO.-** Concedido trámite de audiencia al interesado, no consta que haya hecho uso de su derecho.

**QUINTO.-** El 6 de marzo de 2008 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar acreditada la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño producido.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

#### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamación se ha interpuesto en plazo y por quien goza de legitimación activa para ello, el titular del vehículo dañado por la actuación administrativa a la que se imputa el daño por el que se solicita indemnización.

En Dictámenes anteriores de este Consejo Jurídico, como los nºs 75/1999 y 99/2006, se ha recogido la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sostiene que no es admisible excluir del concepto de “*particulares*” a que se refiere el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), a los funcionarios que reclamen indemnización a título de responsabilidad patrimonial de la Administración; derecho indemnizatorio proveniente, en primera instancia, del reconocimiento realizado en el artículo 106 de la Constitución acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Ello no obsta para señalar, asimismo, que la relación especial de sujeción que une al funcionario reclamante puede influir, en ocasiones, en la apreciación de la concurrencia de los requisitos generales configuradores de dicha institución necesarios para admitir el resarcimiento por este concreto título jurídico o causa de pedir, y ello tanto en lo que atañe a la adecuada relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público como, especialmente, al requisito relativo al deber jurídico de soportar dicho daño.

Por otra parte, dicho título de resarcimiento opera en un plano distinto al específico relativo a las indemnizaciones a funcionarios por razón del servicio, por tener cada uno de ellos un fundamento y un alcance distinto, así como un régimen jurídico propio.

II. En cuanto a la legitimación pasiva, la ostenta la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro donde ocurrieron los hechos. El órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

III. A la vista de las actuaciones que se constatan en el expediente remitido, puede afirmarse que se ha cumplido sustancialmente lo exigido por la LPAC y su desarrollo reglamentario sobre la tramitación de esta clase de reclamaciones. Resulta admisible la decisión de la instructora de no practicar la prueba testifical solicitada por el reclamante, al considerar suficientemente acreditados los hechos en cuestión.

**TERCERA.- Relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento de los servicios públicos: existencia.**

Como señaló este Consejo Jurídico en sus Dictámenes 58/05 y 89/07, sobre asuntos similares el presente, ha de coincidir con la propuesta de resolución en que los daños producidos en el capó del vehículo en cuestión son imputables al funcionamiento del servicio público educativo regional, en forma, bien de una deficiente conservación del árbol existente en el recinto escolar, bien a título de una responsabilidad meramente objetiva que, de modo especial para supuestos como el presente, viene siendo reconocida por la jurisprudencia y este Consejo Jurídico (entre otros, en nuestro Dictamen 45/2001, en supuesto análogo al presente), sin que concurra la única causa aquí potencialmente exoneradora de tal responsabilidad, la existencia de fuerza mayor, conforme con las acertadas alegaciones del reclamante.

**CUARTA.- La cuantía de la indemnización.**

Verificado por el Parque Móvil Regional el importe de los daños reclamados que se consignan en el informe pericial aportado a estos efectos por el reclamante, no hay reparo que formular en este extremo. La cantidad de 1.423'44 euros reseñada en el Antecedente Primero de este Dictamen (la cual deberá ser objeto de específica mención en la parte dispositiva propuesta de resolución) habrá de ser actualizada conforme con lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

**CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se informa favorablemente la propuesta de resolución estimatoria de de la reclamación presentada, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

**SEGUNDA.-** No obstante, en lo que atañe a la cuantía indemnizatoria deberá seguirse lo indicado en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 86/08.- Proyecto de decreto por el que se establecen los requisitos adicionales para la instalación, inspección, puesta en servicio, uso y mantenimiento de grúas torre desmontables para obras u otras instalaciones.**

**Consultante: Consejera de Economía Empresa e Innovación (2007)**

**Fecha: 05/05/08**

### **Extracto de Doctrina**

*El propio Tribunal Constitucional ha ido perfilando a través de reiterados pronunciamientos el sistema de reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de seguridad industrial, verdadero título específico o submateria en que se ampara el Proyecto sometido a consulta. Ha dicho el Alto Tribunal que en el núcleo fundamental de la materia industria se incluyen, entre otras, las actividades destinadas a la ordenación de los sectores industriales, a la regulación de los procesos industriales o de fabricación y, más precisamente, en la submateria o sector material de seguridad industrial, las actividades públicas, principalmente de ordenación y de policía, relacionadas con la seguridad de las instalaciones y establecimientos industriales y de los procesos industriales y los productos elaborados en las mismas (STC 243/1994, de 21 de julio). Asimismo, también tienen cabida en dicha materia las funciones ejecutivas de verificación reglada del cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos por la legislación (STC 203/1992, de 26 de noviembre).*

*Así pues, la competencia sobre seguridad industrial comprende la regulación de las condiciones de seguridad de las instalaciones, procesos y productos industriales y la inspección y certificación del cumplimiento de tales condiciones. De dichas funciones, las ejecutivas corresponden en su totalidad a las Comunidades Autónomas, de forma que el Estado carece de facultades ejecutivas en materia de industria y, en concreto, de seguridad industrial, en todo el territorio nacional (STC 243/1994).*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El Consejo Jurídico ya tuvo conocimiento del Proyecto normativo a que se contrae este Dictamen, cuando fue sometido a consulta a principios del año 2005. En dicha ocasión se emitió Dictamen 47/2005, cuyos antecedentes cabe dar aquí por reproducidos en orden a evitar innecesarias repeticiones.

El indicado Dictamen concluía afirmando la procedencia de completar el expediente en orden a subsanar las siguientes deficiencias advertidas en la tramitación del Proyecto:

a) Ausencia de motivación técnica de las determinaciones normativas propuestas, así como del razonamiento que fundamenta el rechazo o asunción de las observaciones y alegaciones formuladas por los interesados.

b) Omisión de audiencia a las siguientes corporaciones: Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Murcia; Colegios Oficiales de Ingenieros Técnicos Industriales y Arquitectos Técnicos.

c) Incumplimiento de las medidas impuestas por el Real Decreto 1337/1999, de 31 de julio, por el que se regula la remisión de información a las Comunidades Europeas en

materia de normas y reglamentaciones técnicas y reglamentos relativos a la sociedad de la información.

En consecuencia, se indicaba la necesidad de contar con un informe que, desde una perspectiva estrictamente técnica, identifique cada requisito que se pretenda adicionar a los establecidos por la reglamentación estatal y discierna, respecto de cada uno de ellos, en qué grado resulta imperativo para garantizar la seguridad en la utilización de las grúas y en qué medida mejora o perfecciona la regulación estatal en orden a la consecución de dicho objetivo. Dicho informe, además, debía valorar su posible incidencia sobre el principio de libre circulación de mercancías en el ámbito de la Comunidad Económica Europea y analizar la procedencia o no de someter el Proyecto al trámite de información comunitaria.

**SEGUNDO.-** Con fecha 16 de junio de 2005 el Jefe de Servicio de Industria elabora el informe requerido, destacando de su contenido los siguientes extremos:

a) Ante la demanda contenida en el Dictamen de concreción de los importantes cambios que se introducen en la reglamentación estatal y que hacen preciso modificar la regulación regional existente hasta el momento, se indica que *“en realidad con el nuevo Decreto no se ha pretendido más que introducir las referencias de la nueva ITC a la normativa regional constituida por sendas órdenes, referencias que eran igualmente aplicables a pesar de no estar contenidas en la normativa regional. De esta forma, con el anteproyecto se pretendió refundir la normativa actualmente existente —aplicable en el ámbito territorial de la Región de Murcia—, aprovechando a su vez para elevar el rango de las Órdenes anteriormente existentes”*.

No obstante, el informe enumera las principales innovaciones introducidas en la reglamentación estatal por la Instrucción Técnica Complementaria (ITC), aprobada por Real Decreto 836/2003, así como las innovaciones del Proyecto respecto de la ITC y que ya están recogidas en las órdenes regionales actualmente en vigor.

b) El carácter “refundidor” de la norma propuesta respecto de las determinaciones ya establecidas en los ordenamientos estatal y regional impide al informante justificarlas, remitiéndose a las motivaciones técnicas que se dieran en su día para su dictado.

c) La Comisión de elaboración del proyecto justificó individualizadamente la asunción o rechazo de cada una de las alegaciones formuladas por los interesados.

d) En cuanto a la omisión del trámite de audiencia respecto de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Murcia y del Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Industriales, se afirma que consta en el expediente documentación acreditativa de la audiencia concedida.

e) Se ha dado traslado del Proyecto al Colegio Oficial de Arquitectos Técnicos, no habiendo formulado alegaciones.

f) Ninguno de los requisitos adicionales establecidos en el Proyecto tiene influencia alguna en el diseño de la grúa ni en la primera puesta en mercado, no afectando al principio de libre circulación de mercancías en el ámbito de la Comunidad Económica Europea. Del mismo modo, *“ninguna de las especificaciones técnicas incluidas en el Proyecto de Decreto que nos ocupa, se corresponde con una especificación técnica que sea de obligado cumplimiento para la comercialización de las grúas torre ni prohíbe la fabricación, la importación, la comercialización o la utilización de un producto”*, por lo que no considera necesaria la notificación a la Comisión Europea.

g) Al margen de las observaciones del Consejo Jurídico, se ha efectuado una modificación en el Proyecto consistente en la supresión del artículo 3 y en el reparto de su contenido entre los artículos 2 y 5.

**TERCERO.-** Se ha incorporado al expediente copia de la sentencia núm. 892/2005, de 25 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, por la que se desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Asociación Española de Alquiladores e instaladores de Grúas Torre y Maquinaria para la Construcción (ANAGRUMAC), contra la Orden de 2 de julio de 2002, de la Consejería de Ciencia, Tecnología, Industria y Comercio, por la que se establecen requisitos adicionales para la instalación, inspección, puesta en servicio y mantenimiento de grúas torre desmontables para obra.

**CUARTO.-** A los folios 246 y siguientes consta el texto definitivo del Proyecto.

En tal estado de tramitación se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 30 de noviembre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen, competencia material y orgánica.

Cabe dar por reproducidas las consideraciones efectuadas sobre dichos extremos en el Dictamen 47/2005. No obstante, se considera que no está de más recordar lo que allí se dijo acerca de la competencia ejercitada por la Comunidad Autónoma al dictar la futura norma, en la medida en que tales consideraciones constituyen el marco y el fundamento de las que a continuación se efectúan.

Decíamos en el indicado Dictamen que el Proyecto constituye un desarrollo, si bien mediato e indirecto, de la Ley de Industria, cuyo artículo 12.5 posibilita a las Comunidades Autónomas con competencia legislativa en la materia, la fijación de requisitos adicionales sobre los contenidos en los Reglamentos de Seguridad Industrial, cuya aprobación reserva al Gobierno de la Nación.

La competencia de la Comunidad Autónoma sobre industria deriva del artículo 10.Uno, 27, del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU), que le atribuye la competencia exclusiva en la materia, “*sin perjuicio de lo que determinen las normas del Estado por razones de seguridad, sanitarias o de interés militar y las relacionadas con las industrias que estén sujetas a la legislación de minas, hidrocarburos y energía nuclear. El ejercicio de la competencia se desarrollará de acuerdo con las bases y la ordenación de la actividad económica general y la política monetaria del Estado, en los términos de lo dispuesto en los artículos 38, 131 y números 11 y 13 del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución*”.

En nuestro Dictamen 70/2003 tuvimos ocasión de analizar el referido precepto estatutario, concluyendo que la competencia que en él se atribuye a la Comunidad Autónoma, aun teniendo carácter exclusivo, se verá limitada en sus facultades normativas por las bases fijadas por el Estado, entendidas como “*el común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias (TC S 48/1988, FJ 3). Esto es, un marco*

*normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional (TC S 147/1991), dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad —ya que con las bases se atiende más a aspectos estructurales que coyunturales (TC S 1/1982, FJ 1)—, a partir del cual pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto (TC SS 223/2000, FJ 6; y 197/1996, FJ 5)”* (Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2003, de 16 de enero, FJ 8). Nos encontramos, en definitiva, ante un reparto competencial que sigue el sistema bases más desarrollo, consagrado en el artículo 149 de la Constitución. Según dicho modelo, el legislador ha de respetar las bases sin que necesariamente deba limitarse a efectuar un mero desarrollo ejecutivo de ellas. Tal respeto se identificaría con el principio de no contradicción, evitando que la norma regional colisione, por incompatible, con la base estatal, de forma que sólo cuando las consecuencias de la aplicación de los preceptos autonómicos son inconciliables con el “común denominador normativo”, fijado por el Estado, se produce su falta de legitimación competencial y constitucional.

Sobre esta base, el propio Tribunal Constitucional ha ido perfilando a través de reiterados pronunciamientos el sistema de reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de seguridad industrial, verdadero título específico o submateria en que se ampara el Proyecto sometido a consulta. Ha dicho el Alto Tribunal que *“en el núcleo fundamental de la materia industria se incluyen, entre otras, las actividades destinadas a la ordenación de los sectores industriales, a la regulación de los procesos industriales o de fabricación y, más precisamente, en la submateria o sector material de seguridad industrial, las actividades públicas, principalmente de ordenación y de policía, relacionadas con la seguridad de las instalaciones y establecimientos industriales y de los procesos industriales y los productos elaborados en las mismas”* (STC 243/1994, de 21 de julio). Asimismo, también tienen cabida en dicha materia las funciones ejecutivas de verificación reglada del cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos por la legislación (STC 203/1992, de 26 de noviembre).

Así pues, la competencia sobre seguridad industrial comprende la regulación de las condiciones de seguridad de las instalaciones, procesos y productos industriales y la inspección y certificación del cumplimiento de tales condiciones. De dichas funciones, las ejecutivas corresponden en su totalidad a las Comunidades Autónomas, de forma que *“el Estado carece de facultades ejecutivas en materia de industria y, en concreto, de seguridad industrial, en todo el territorio nacional”* (STC 243/1994).

Respecto de las facultades normativas, el reparto no es tan diáfano, pues si bien al Estado le corresponde el establecimiento de las normas en materia de seguridad industrial, incluyendo el diseño de los procedimientos de control de cumplimiento de tales normas y la determinación de los efectos jurídicos de esos controles (STC 313/1994, de 24 de noviembre), a las Comunidades Autónomas corresponde dictar *“disposiciones complementarias de las del Estado, siempre que no violen los mandatos o impidan alcanzar los fines perseguidos por la legislación estatal”* (STC 243/1994). Así pues, con el único límite de no contradecir la legislación estatal, la Comunidad Autónoma puede dictar normas de desarrollo de ésta, pero no sólo como complemento o desarrollo indispensable de ella, sino que viene habilitada, además, para establecer requisitos adicionales sobre los fijados en la norma estatal (artículo 12.5, Ley de Industria). Y ello incluso aunque tales requisitos constituyan una carga adicional para los productores. A este respecto, señala la STC 52/1988 que *“entre las condiciones básicas para el ejercicio de la libertad de empresa se halla la garantía de*

*la libre circulación de bienes en todo el territorio nacional, pero la interpretación conforme a esta exigencia constitucional de lo dispuesto en el art. 149.1.1 de la C. E. y, en el caso, en el art. 12.1.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, no impide, por extensiva que se pretenda esta interpretación, la atribución a las Comunidades Autónomas de competencias para regular las características que debe reunir un determinado producto o las de los materiales o el régimen de fabricación de aquellos artículos que han de ser utilizados en su territorio (cuando esa competencia autonómica proviene de un título competencial, cuyo ejercicio puede y debe comportar normalmente una diversidad de condiciones de fabricación y homologación del producto), ni obstaculiza por sí misma al empresario para ejercer su actividad libremente, ni excluye su acceso al mercado en cualquier parte del territorio nacional, o fuera del mismo, aunque ello le obligue a una cierta diversificación de la producción. Pero esta consecuencia no es incompatible con la atribución a las Comunidades Autónomas de la competencia para regular diversamente las características que deben reunir ciertos productos industriales al efecto de garantizar la protección de los bienes o fines jurídicos que su Estatuto de Autonomía les asigna, ni, en suma, puede entenderse que resulte del art. 149.1.1 de la C. E. o del art. 12.2 del Estatuto de Cataluña, la necesidad de absoluta uniformidad de las características legalmente exigibles a todos los productos industriales, en todo el territorio nacional, pues ello significaría una restricción excesiva de la legítima acción autonómica en cumplimiento de aquellos fines”.*

De conformidad con la doctrina constitucional expuesta, en materia de seguridad industrial nos encontramos con *“una concurrencia de potestades normativas, estatal y autonómica, que puede ordenar el legislador estatal con los criterios y puntos de conexión que sea menester fijar y que resulten constitucional y estatutariamente correctos”* (STC 179/1998, de 16 de septiembre). Eso es lo que hace la Ley de Industria cuando reserva al Estado la aprobación de los Reglamentos de Seguridad, dejando a las Comunidades Autónomas un espacio normativo donde hacer efectiva su capacidad de decisión, mediante el establecimiento de requisitos adicionales de seguridad. La cohesión y la unidad de la normativa en todo el territorio nacional y las competencias que el artículo 149.1, 1ª y 13ª de la Constitución reserva al Estado, quedan garantizadas por ese mínimo común denominador que, con carácter básico, dicta éste y que deben respetar las normas autonómicas. Y es que, según la STC 52/1988, antes citada, *“las reglas constitucionales y estatutarias que disponen la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas responden, en último término, a ciertos principios generales establecidos en la Constitución y, entre ellos, y aparte de los de unidad y autonomía, a los de igualdad sustancial en la situación jurídica de los españoles en cuanto tales, en todo el territorio nacional y de libre circulación de personas y bienes (artículo 139.2 CE); estos principios (de los cuales no resultan directamente competencias a favor del Estado o de las Comunidades Autónomas) informan las reglas que asignan tales competencias”.*

#### **SEGUNDA.- Sobre el procedimiento.**

Una vez cumplimentadas las actuaciones instructoras adicionales requeridas en nuestro anterior Dictamen, cabe considerar que el procedimiento de elaboración reglamentaria cumple con los requisitos esenciales establecidos en sus normas reguladoras. Procede, no obstante, efectuar las siguientes consideraciones:

a) No se justifica en el expediente la compatibilidad de las prescripciones contenidas en las precedentes órdenes regionales que se incorporan al nuevo Decreto con las del RD 836/2003, singularmente en lo tocante al carné de operador de grúas torre.

b) Continúan sin motivarse de forma adecuada las opciones normativas adoptadas respecto de las alegaciones y sugerencias formuladas con ocasión del trámite de audiencia. Así, en el acta de la reunión mantenida por la comisión de elaboración del Proyecto el 12 de marzo de 2004, no es objeto de justificación ninguna de las numerosas asunciones que se acuerdan. Respecto a los rechazos, junto a motivaciones que pueden considerarse suficientes y ajustadas, otras no lo son, como las utilizadas para desestimar las alegaciones efectuadas por ANAGRUMAC sobre los artículos 2.4 y 3 del Proyecto, que ponen de manifiesto dificultades técnicas y de comprensión de la nueva norma y en nada se refieren a las cuestiones competenciales esgrimidas por la indicada Comisión para su rechazo. Especial mención merece en este punto la alegación referida a la consideración de las previsiones del futuro Decreto como medidas de efecto equivalente susceptibles de vulnerar la libre circulación de mercancías en el ámbito comunitario, cuya desestimación se ventila con una simple alusión a las competencias autonómicas que en nada contesta a las razones esgrimidas por la entidad alegante.

c) De conformidad con el artículo 46.2, letra a), del Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, la consulta se acompañará de los antecedentes de todo orden que puedan influir en el Dictamen. Asimismo, la letra c) del mismo precepto exige la remisión del expediente administrativo completo, debiendo constar en el mismo la copia autorizada del texto definitivo del proyecto de disposición general.

A tal efecto, la documentación acreditativa de la audiencia conferida a la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Murcia y al Colegio Oficial de Ingenieros Técnicos Industriales no constaba en el expediente originalmente remitido al Consejo Jurídico, aun cuando al parecer sí obraba en el expediente administrativo. Por ello, aunque dicha omisión ha sido adecuadamente subsanada, debe recordarse a la Consejería consultante la conveniencia de guardar el mayor celo en la confección de las copias de los expedientes que se remiten a este Órgano Consultivo, cuidando de no omitir documento alguno.

Asimismo, el texto del proyecto de disposición general que se remite como definitivo no está adecuadamente autorizado, pues la diligencia que en él consta no ha sido cumplimentada al omitir la firma del titular del órgano que la habría de efectuar.

d) Del mismo modo, no consta la propuesta de la Consejera consultante, por la que eleva el Proyecto al Consejo de Gobierno para su aprobación como Decreto.

#### **TERCERA.- Texto sometido a Dictamen.**

El texto definitivo a que se contrae la consulta consta de una parte expositiva inominada, 17 artículos, una Disposición adicional, una derogatoria y dos finales. El texto presenta, asimismo, dos anexos (I. Manual de inspecciones de grúas-torre; y II. Certificado de instalación de grúa torre desmontable para obras u otras aplicaciones y documento de entrega de la grúa torre por la empresa instaladora al usuario).

#### **CUARTA.- Observaciones a la parte expositiva.**

1. La cita de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, contenida en la primera línea del primer párrafo, debe ajustarse a las Directrices de técnica normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, en cuya virtud la fecha de la disposición debe anteceder al nombre (Directriz 73).

2. El informe del Servicio de Industria tantas veces citado ilustra acerca de la finalidad de la nueva norma, que no parece ser otra que efectuar una refundición de las órdenes



regionales vigentes y la nueva ITC estatal. Este ánimo integrador debería incorporarse a la exposición de motivos del futuro Decreto, cerrando, quizás, su penúltimo párrafo (el que precede de forma inmediata a la fórmula promulgatoria).

3. Debe incluirse una referencia al artículo 10.Uno, 27 EAMU, como precepto estatutario en el que se basa la competencia autonómica para dictar la nueva disposición.

4. Si el futuro Decreto se ajustara a lo indicado en el presente Dictamen la fórmula legal para reflejarlo es “de acuerdo con el Consejo Jurídico de la Región de Murcia”, no “de acuerdo el Consejo Jurídico de la Región de Murcia”.

#### **QUINTA.- Observaciones al articulado.**

— Al artículo 3. Solicitud de las inspecciones oficiales.

Podría suprimirse el artículo 3.2 del Proyecto, en cuya virtud la falta de solicitud en plazo de una inspección extraordinaria, supone un incumplimiento por parte del usuario de la grúa torre del artículo 19 del Reglamento de Aparatos de Elevación y Manutención. Y ello porque el indicado precepto reglamentario dispone la obligatoriedad de someter los aparatos “a las revisiones de conservación e inspecciones periódicas que se establezcan en las ITC”.

El precepto proyectado no deja de ser una norma puramente interpretativa de la estatal, que cabe considerar innecesario, toda vez que tanto la obligatoriedad de las exigencias de seguridad contenidas en las normas reglamentarias como las consecuencias anudadas a su incumplimiento vienen determinadas en la propia Ley de Industria, en sus preceptos 10.1 (obligación de cumplimiento) y 2 (posibilidad de paralización temporal de la actividad), y 31 (tipifica como infracción la instalación o utilización de aparatos sin cumplir las normas reglamentarias así como el incumplimiento de las prescripciones dictadas por la autoridad competente en materias de seguridad relacionadas con la Ley de Industria y las normas que la desarrollen) y siguientes.

En consecuencia, la falta de solicitud de una inspección extraordinaria, contemplada en el artículo 11 ITC para aquellas grúas cuya instalación se mantenga en el mismo emplazamiento durante un tiempo prolongado, tendrá los efectos establecidos en la Ley, independientemente de que constituya o no un incumplimiento del artículo 19 del Reglamento de Aparatos de Elevación y Manutención.

— Artículo 4. Comunicación del resultado de las inspecciones oficiales.

a) De conformidad con su apartado 1, todas las inspecciones se efectuarán en presencia de la empresa conservadora y de un representante del usuario, los cuales deberán firmar el “enterado” en el parte de deficiencias o acta de inspección que a tal efecto se extienda, recibiendo copia de la misma.

El apartado parece olvidar que las inspecciones se desarrollan en dos momentos principales: con grúa desmontada y tras el montaje. Pues bien, en la inspección con grúa desmontada puede participar el instalador como sujeto alternativo al usuario, como recoge la ITC, al disponer que de la comprobación resultante de la inspección con la grúa desmontada “se emitirá un informe por ambas partes (inspector y usuario o instalador), donde se anotarán todos aquellos elementos y zonas que presenten deficiencias que deban subsanarse antes del montaje” (Anexo III, A).

Usuario e instalador normalmente serán sujetos diferentes, si atendemos a la definición que de ambos da la propia ITC en su artículo 2.19 y 2.20. De conformidad con el primero de los apartados indicados, por usuario se entiende “*la persona física o jurídica que utiliza la grúa, en calidad de propietario o arrendatario legal, que es responsable de su utilización y custodia, así como de que se realice el adecuado mantenimiento*”; mientras que empresa instaladora es “*aquella que está autorizada para realizar el montaje y desmontaje de las grúas torre*”.

En consecuencia, tratándose de sujetos diferenciados, el precepto objeto de comentario debería prever el supuesto de que el instalador participe en la inspección de la grúa desmontada como sujeto alternativo al usuario, tal y como por otra parte prevé el Apéndice A del Manual de Inspecciones que se incorpora al futuro Decreto en el Anexo I.

b) El apartado 3 menciona por primera vez la calificación de los defectos que presenten las grúas en graves y muy graves, por lo que debería efectuar una remisión interna al Manual de Inspecciones, donde se contienen los criterios para la evaluación de las inspecciones.

— Artículo 6.- Defectos muy graves en las inspecciones extraordinarias.

De conformidad con el apartado 2, la puesta en servicio de una grúa paralizada en visita de inspección exigirá la emisión de una nueva acta en la que el mismo organismo de control haga constar la subsanación de los defectos que hayan motivado la paralización.

No obstante, el Proyecto rebaja inmediatamente la contundencia de dicha previsión al posibilitar la puesta en servicio temporal —por un máximo de 15 días— de la grúa, mediante la mera presentación ante la autoridad competente en materia de industria de una certificación de reparación de la deficiencia, expedida por la empresa conservadora, remitiendo una copia al organismo de control.

Como indicamos en la Consideración Primera de este Dictamen, la competencia en materia de industria de la Comunidad Autónoma habilita para establecer requisitos adicionales a los contemplados en los reglamentos e instrucciones técnicas complementarias estatales, pero no para limitar o restringir las normas de seguridad fijadas con carácter básico. Y eso es lo que parece ocurrir en el precepto objeto de consideración, pues permite la puesta en servicio de una grúa sin el informe de inspección emitido por un organismo de control autorizado que sí exige el artículo 5.5, letra b) ITC. Adviértase que, en este precepto, el legislador estatal no considera suficiente el certificado, firmado por la empresa instaladora y el usuario, en el que se acredita que la instalación cumple con la norma o especificación técnica exigida y que se entrega una vez comprobado el correcto funcionamiento de los dispositivos de seguridad (letra a) y que existe un contrato de mantenimiento (letra e), sino que exige expresamente la emisión del informe de inspección por el organismo de control. Es cierto que el precepto no contempla expresamente la puesta en servicio tras una paralización por deficiencia, pero como se refiere *in genere* a la puesta en servicio de la grúa, cabe entender que cualquier puesta en servicio (entendida ésta en los términos expresados por el artículo 2.14 ITC, es decir, “*conjunto de comprobaciones y maniobras que deben ejecutarse en una grúa instalada para que pueda pasar inmediatamente a la condición de servicio si las circunstancias lo permiten*”), constituiría su supuesto de hecho, determinando su aplicación.

En consecuencia, si para la puesta en servicio de la grúa han de cumplirse todos los requisitos indicados en el artículo 5.5 ITC, no puede la Comunidad Autónoma eximir del cumplimiento de tales condiciones de seguridad, máxime cuando la puesta en servicio trae

causa de una previa prohibición de funcionamiento por la detección de una deficiencia muy grave, la cual, por definición, implica un riesgo grave e inminente de producir daños a las personas o a la integridad de la grúa (Anexo I del Proyecto: Manual de Inspecciones). Si a ello se añade que una de las finalidades esenciales de la seguridad industrial —título competencial ejercido en la redacción del Proyecto— es garantizar la seguridad de las instalaciones industriales de forma tal que se reduzcan al mínimo los riesgos para las personas y las cosas, cabe concluir que procede suprimir el párrafo segundo del artículo 6.2 y adecuar la redacción del tercer párrafo del mismo apartado al supuesto de utilización de la grúa torre con anterioridad a la segunda visita del organismo de control con resultado favorable.

— Artículo 13. Tramos de empotramiento y reparación de tramos.

a) El contenido del artículo parece dedicarse exclusivamente a la fabricación de los indicados elementos estructurales de la grúa, no a su reparación, a la que no se hace ninguna referencia expresa, más allá de la contenida en el enunciado del precepto.

b) Debería conectarse el artículo proyectado con el precepto que desarrolla, el artículo 5.5.2 de la ITC, mediante la fórmula “de conformidad con...” o similar.

— Artículo 14. Masas para la comprobación de limitadores.

La cita de las órdenes aludidas en el precepto debe ajustarse a las Directrices de Técnica Normativa, con mención expresa del órgano que las dictó (Directriz 76).

— Disposición Adicional Única.

a) No debe abandonarse en la parte final de la norma la correcta técnica de intitular o epigrafiar cada precepto.

b) Prevé esta Disposición adicional una suerte de convalidación de los carnés de gruísta expedidos con sujeción a las normas regionales que en la actualidad regulan este certificado de aptitud.

El problema radica en que dichos certificados de aptitud, una vez expedidos por cualquier Comunidad Autónoma, serán válidos en todo el territorio nacional (artículo 7 ITC), razón por la cual el mismo precepto exige que su autorización se rija por los criterios básicos expresados en el Anexo VI de la misma Instrucción Técnica. Atendida esa extensión de la eficacia del carné de operador más allá de los límites territoriales de la Comunidad, ésta ha de ser especialmente escrupulosa en el respeto de los requisitos fijados por el Estado. Una vez más ha de recordarse aquí que la Comunidad Autónoma puede establecer requisitos adicionales también para el otorgamiento de dichos carnés (así, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, número 898/2006, de 5 de mayo), pero no debe restringir o limitar los condicionamientos básicos estatales. Y este efecto se produciría de admitir que los carnés expedidos conforme a la regulación regional, constituida por la Orden de 28 de octubre de 1999, de la Consejería de Industria, Comercio, Turismo y Nuevas Tecnologías, por la que se establecen los requisitos para la obtención del carné de operador de grúas torre, “*sean válidos a los efectos de la ITC-MIE-AEM-2, aprobada por Real Decreto 836/2003*”, pues la comparación entre los requisitos exigidos para su expedición son diferentes en una y otra norma.

En efecto, la ITC exige ser mayor de edad y estar en posesión de un certificado de estudios primarios, requisitos ambos sobre los que guarda silencio la norma regional. Del mismo modo, el curso que ha de superarse para obtener el carné, si bien es coincidente en la

duración total establecida en ambas regulaciones, tiene una distribución de horas diferente, siendo más las horas de formación práctica en la normativa estatal que en la regional. Del mismo modo, el programa del curso también parece diverso en una y otra regulación.

Si bien la propia ITC permite sustituir la formación práctica ordinaria por la acreditación de una experiencia laboral en el manejo de grúas torre más 15 horas de prácticas, lo que a su vez exime de justificar la posesión del certificado de estudios primarios, lo cierto es que podría darse algún supuesto de operador de grúas torre que, estando en posesión del carné acreditativo expedido conforme a la Orden de 1999, no cumpliera los requisitos mínimos establecidos por la ITC. En tal supuesto, la Comunidad Autónoma no puede excepcionar el cumplimiento de las condiciones mínimas fijadas por el Estado, por lo que para dar a los carnés expedidos con arreglo a la normativa regional los efectos establecidos en la ITC, debería establecerse una salvaguardia, en el sentido de especificar que ello será así cuando el titular del certificado de aptitud reúna los requisitos exigidos por la normativa estatal.

— Disposición final primera.

El precepto pretende facultar a la Consejera del ramo para modificar determinados extremos contenidos en los Anexos del futuro Decreto: el manual de inspecciones, el certificado de instalación y el documento de entrega.

En la medida en que tales contenidos se incorporan al Decreto se les confiere un rango reglamentario, cuya modificación posterior conllevará asimismo el ejercicio de funciones normativas. Comoquiera que la disposición objeto de consideración fue redactada bajo la vigencia de la Ley 1/1988, de 7 de enero, del Presidente, del Consejo de Gobierno y de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que sí admitía que el Consejo de Gobierno pudiera conferir habilitaciones reglamentarias a los Consejeros, cabe recordar que la entrada en vigor de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, ha alterado sustancialmente el marco normativo de la potestad reglamentaria, pues ahora los artículos 38 y 52.1 del nuevo texto legal reconocen a los titulares de cada Departamento una potestad reglamentaria propia en las materias de ámbito interno del mismo y otra derivada por atribución expresa de esa potestad, o en las palabras de la misma Ley, “los Consejeros podrán hacer uso de esa potestad cuando les esté específicamente atribuida por disposición de rango legal” (artículo 52.1) o, según el artículo 38, “cuando, por disposición de rango legal les esté expresamente atribuida”. Así pues, la previsión expresa del rango normativo necesario para poder efectuar la atribución de potestad reglamentaria veda al Consejo de Gobierno la posibilidad, reconocida hasta ahora, de efectuar una habilitación reglamentaria a los titulares de los Departamentos, pues por prescripción de la Ley 6/2004, aquella sólo podrá efectuarla una Ley o norma de rango legal, no un Decreto.

Procede, en consecuencia, suprimir la Disposición final única del Proyecto.

— Disposición final segunda.

No se advierten en el Proyecto ni en el expediente que lo acompaña razones de urgencia que aconsejen la inmediata entrada en vigor de la nueva norma, por lo que debería respetarse la *vacatio* ordinaria.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma tiene competencia suficiente para dictar la norma objeto de este Dictamen, correspondiendo al Consejo de Gobierno la competencia orgánica para su aprobación como Decreto.

**SEGUNDA.**- Tienen carácter esencial las consideraciones efectuadas en relación al artículo 6 y a las Disposiciones adicional única y final primera.

**TERCERA.**- El resto de observaciones, de incorporarse al Proyecto, mejorarían su técnica y facilitarían su inserción en el conjunto del ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

### **DICTAMEN 87/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 05/05/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*Los criterios legales y jurisprudenciales atinentes al nivel de exigencia y concreción de la información que ha de suministrarse al paciente para considerar que ha prestado válidamente su consentimiento a la intervención de que se trata, han de ponerse en relación, en primer lugar, con la fecha en que ésta se realizó, pues el examen jurisprudencial revela un progresivo incremento de las exigencias en este punto conforme transcurren los años, y ello es debido especialmente, según algunos autores, a la aprobación de la Ley 41/02, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.*

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.**- Mediante escrito presentado el 4 de abril de 2001, dirigido al Instituto Nacional de la Salud (INSALUD), x. expuso que el 16 de diciembre de 1.999 fue intervenido en la Clínica Quirúrgica “San José”, de Alcantarilla, concertada a estos efectos por cuenta del Hospital “Virgen de la Arrixaca” de Murcia, para sustituirle una prótesis de cadera. En su opinión, en dicha intervención se le administró de forma deficiente la anestesia epidural, lo que le ocasionó una lesión por hemisíndrome de cola de caballo en lado derecho, con afectación muy severa de raíces L4 y L5, y moderada en S2 y S3, en estadio agudo de evolución, según el informe emitido el 17 de mayo de 2000 por el Servicio de Neurofisiología Clínica del citado Hospital “Virgen de la Arrixaca”, que aporta.

Presenta también un informe, de 30 de mayo de 2001, del especialista en traumatología que le intervino, en el que señala que le quedó una parálisis para la flexión dorsal del pie

irreversible, precisando para caminar el auxilio de muletas y adaptación de vehículo para poder manejarlo sólo con las manos.

Por dichas lesiones, solicitó una indemnización por importe de treinta millones de pesetas (180.303'63 euros), sin mayor justificación.

**SEGUNDO.-** El 6 de abril de 2001, el Director Territorial del INSALUD en Murcia dictó Resolución de admisión a trámite de la reclamación, que fue notificada a las partes interesadas (entre ellas, --, S.A., aseguradora de dicho Ente).

Asimismo, se solicitó al Hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca" la copia de la historia clínica del paciente y la emisión de informes por los facultativos que le atendieron.

**TERCERO.-** Desde el citado Hospital se remitió copia de la historia clínica del reclamante e informe de los profesionales que le asistieron. Al remitir la historia clínica, no se incluyeron determinados documentos, que obraban en la historia obrante en la Clínica Quirúrgica "San José" donde se le intervino, y que se incorporaron al expediente durante la fase de instrucción del procedimiento, según se dirá más adelante.

Los informes emitidos en atención al requerimiento efectuado por el órgano instructor fueron los siguientes:

- Informe del Especialista del Servicio de Traumatología que le intervino, x., de fecha 6 de noviembre de 2001, en el que se ratifica en el emitido el 30 de enero de 2001 (el aportado por el reclamante), que expresaba lo siguiente:

*"Paciente con coxartrosis bilateral, motivo por el cual fue intervenido para implantarle PTC en ambas caderas. La izquierda se llevó a cabo en 1985 y la derecha en 1991.*

*En la evolución posterior tuvo complicaciones en la derecha, debiendo recambiarle el componente acetabular en 1996 y 1999. La última intervención realizada en diciembre de 1999 con anestesia epidural, provocó una lesión de "cola de caballo", quedando con una parálisis para la flexión dorsal del pie irreversible. El resultado funcional para la cadera ha sido correcto.*

*En consecuencia, el paciente puede caminar con dificultad y necesidad de ayuda, (muleta), pero la movilidad de cadera es normal y puede sentarse sin problemas. Puede conducir un coche si tiene mandos manuales."*

- Informe de 9 de diciembre de 2001, emitido por el anestesista que participó en la intervención, Dr. x., que expresa lo siguiente:

*"El paciente fue programado para cirugía de rescate de prótesis de cadera.*

*La técnica anestésica empleada fue una raquianestesia, técnica que se viene practicando como electiva para este tipo de cirugía por su menor índice de morbilidad y mortalidad.*

*Según refleja la hoja de anestesia fue empleada una aguja 26 W. Esto significa calibre 26 Gauge de Whitacre (punta de lápiz), que es una aguja empleada en nuestro servicio por ser considerada, según la bibliografía anestésica, como muy poco traumática.*

*La punción se realizó con el paciente en posición sentada y buscando el espacio intervertebral L3-L4. La realización de una raquianestesia en un paciente con un grado tan*

*elevado de artrosis puede plantear mayor dificultad a la técnica, en este paciente no tengo constatado que la punción fuera más traumática de lo habitual. El paciente pudo recibir dos o más punciones, pero estas punciones no recaen sobre el espacio subaracnoideo sino sobre la piel, tejido subcutáneo, tejido muscular y estructuras ligamentosas, en las cuales no se encuentran raíces nerviosas medulares.*

*Una vez localizado el espacio subraquídeo pueden aparecer parestesias que son debidas al rozar la punta de la aguja con una raíz nerviosa, el paciente lo refiere como un rampazo. Este fenómeno aparece en casi el 50% de las raquianestésias que se realizan y no tienen trascendencia clínica, cito textualmente un párrafo de la Enciclopedia Médico Quirúrgica: “El contacto con una raíz raquídea puede provocar parestesias. Desaparece al retirar la aguja algunos milímetros, y en principio, no tiene consecuencias”.*

*En uno de los apartados del consentimiento informado, que se dió y firmó el paciente, se describen las complicaciones que esta técnica anestésica puede reportar, así en uno de sus apartados se le explica al paciente que una de las secuelas que pueden aparecer, y cito textualmente: Es posible, después de este tipo de anestesia, que queden molestias en la zona, con sensación de acorchamiento u hormigueo, generalmente pasajeros.*

*El tipo de lesión nerviosa que se cita en el informe electromiográfico, de afectación muy severa de raíces L4 y L5 y S1 y moderada en S2 y S3; es muy improbable realizar tal magnitud de lesiones nerviosas con este tipo de anestesia si nos centramos en la técnica en sí misma y en el tipo de aguja empleada; sería un único caso dentro de la literatura científica, pues revisando amplia bibliografía solo se encuentran casos de lesiones radiculares muy limitadas.*

*Para poder encontrar una causa anestésica a tal magnitud de lesiones nerviosas tendríamos que centrarnos en la toxicidad del anestésico. El que fue utilizado en este paciente fue la Bupivacaína hiperbárica al 0,5 % y una dosis de 10 mg. Este es el anestésico que utilizamos actualmente para este tipo de intervenciones por su gran fiabilidad y baja toxicidad a nivel intratecal. El agente anestésico que más lesiones neurológicas produce del tipo de parestesias y síndrome de cola de caballo es la lidocaína en solución al 5%, fármaco que en nuestro medio prácticamente ningún anestesista utiliza para realizar esta técnica. De cualquier forma si este tipo de lesión se hubiera producido por toxicidad del fármaco hubiera afectado a ambas piernas, el afectar tan selectivamente las raíces de una pierna también sería un caso anecdótico dentro de la literatura mundial.*

*El tipo de lesión nerviosa que se describe en el informe EMG debe ser valorado por un neurólogo. Los factores que pueden provocar tal sintomatología son múltiples y se necesitan más pruebas complementarias para poder catalogar su etiopatogenia, como RMN, TAC, radiografías de columna; ya que tales lesiones están más acordes con fenómenos de tipo compresivo que relacionados con la anestesia en sí misma.”*

• Informe electromiográfico del Servicio de Neurofisiología Clínica, de 17 de mayo de 2000 (el aportado por el reclamante), en el que, tras referir los antecedentes del paciente, se describe su estado en los siguientes términos:

*“Paciente remitido por sospecha de lesión radicular lumbar.*

*Anestesia epidural hace cinco meses para sustitución de prótesis de cadera izquierda. En la primera punción lumbar notó intenso dolor en pierna y pie derecho que volvió a repetirse en la segunda y tercera punción.*

*En el postoperatorio inmediato, parálisis de musculatura de compartimiento anterior y lateral de pierna derecha asociado a parestesia y dolor en pierna y pie del mismo lado. Actualmente persiste la parálisis y las alteraciones sensitivas. Expl.; en silla de ruedas. Gran edema en pierna y pie dcho. Balance muscular. Musculatura de compartimiento anterior y lateral de pierna dcha.: 0/5 Flex. De dedos y tobillo derecho: 4/5. Cuadriceps derecho: 5/5. Hipoestesia en pierna y pie dchos. ROT: Rotuliano vivos y simétricos. Aquileos abolidos. (...)*

*IMPRESIÓN: Ausencia de potencial motor evocado en pedio drcho. Fibrilaciones y ondas positivas en tibial anterior, gemelo interno, abductor del 1º dedo del pie y paravertebrales L5, drchos. Muy severa pérdida de unidades motoras en tibial anterior y gemelo interno drchos. Y moderada en musculatura intrínseca del pie de este lado.*

*Los hallazgos son congruentes con Hemisíndrome de cola de caballo en lado drcho. Con afectación muy severa de raíces L4, L5 y S1 y moderada de S2 y S3; en estadio agudo de evolución.*

*La severidad de las lesiones observadas sugiere un desfavorable pronóstico en cuanto a la recuperación funcional de musculatura de pierna drcha.”*

De la historia clínica remitida se destaca lo siguiente:

— Informe del Servicio de Neurología de 26 de junio de 2000, donde se hace constar, entre otros extremos, que el paciente manifiesta que, al proceder en su día a la administración de la anestesia, en las dos primeras punciones lumbares notó un “rampazo”, siendo en la tercera punción cuando “*ya le anestesian desde la cintura*”. El facultativo informante, tras la realización de diversas pruebas radiográficas, concluye que “*el origen de la multiradiculopatía de la cauda equina tiene que ver, por tanto, con la anestesia, dada su relación en el tiempo*” (f. 29 exp.).

— Anotaciones en la hoja de evolución del paciente:

*“19/6/00. Muy bien, capaz de marcha con 1 bastón. Pasa de sedestación a bipedestación. Muy bien. No vendrá a gimnasio. Normas en domicilio. Rev. 18 julio.*

*18/7/00. Muy bien. Marcha asistida con bastón y antiequino. 7 meses evolución. Rev. en enero 2001” (f. 24 exp.).*

**CUARTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica, lo emitió en fecha 4 de julio de 2002, realizando las siguientes conclusiones:

*“El síndrome de la cola de caballo puede ser consecuencia de una complicación neurológica de la anestesia subaracnoidea, asociándose al uso de catéteres y empleo de lidocaina hiperbárica al 5%, siendo excepcional su presentación en la anestesia por inyección única de Bupivacaína. Las complicaciones neurológicas de este tipo suelen ser debidas a trauma directo a nervios causados por la aguja ó catéter, manifestándose con dolor lacerante en área inervada, lo que hace que el anestesista retire de inmediato la aguja catéter, y las lesiones, caso de producirse, no progresen.*

*Por tanto, resulta difícil y extraordinario invocar como causa de la patología nerviosa periférica que sufre el paciente, y manifestada con parálisis para la flexión dorsal del pie, la anestesia raquídea utilizada durante la intervención quirúrgica por las razones científicas antes relatadas; sin embargo es la causa última que invocan los diversos especialistas que han visitado al paciente en el Hospital Virgen de la Arrixaca.”*



Por ello, el Inspector Médico concluía estimando procedente solicitar un informe pericial a un especialista en Neurología o Anestesia sobre la posible existencia de relación causal entre la actuación realizada y el daño sufrido.

**QUINTO.-** Mediante oficio de 9 de julio de 2002 se otorgó trámite de audiencia a las partes; la antes citada compañía aseguradora aportó un informe pericial, emitido el 10 de septiembre de 2002 por una especialista en Anestesia y Reanimación en el que, tras analizar el contenido de la reclamación y la historia clínica, formuló las siguientes conclusiones:

— *Que se realizó anestesia raquídea con dos intentos fallidos de punción a nivel L3 y L4 que produjeron parestesias en pierna derecha.*

— *Que se alcanzó el nivel anestésico buscado, efectuándose la intervención sin complicaciones.*

— *Que en el postoperatorio se manifestó una lesión nerviosa de miembro inferior derecho con mayor afectación del ciático poplíteo externo, que tras el correspondiente estudio se diagnosticó como lesión de carácter muy severo a niveles L4-L5-S1 y de carácter moderado en S2 y S3.*

— *Que esta lesión tan extensa no puede en ningún caso ser debida a un traumatismo directo, por lo que la única explicación científica es que se haya retrasado la dilución del anestésico local en el líquido cefalorraquídeo debido a peculiaridades anatómicas del paciente.*

— *Que esta es una complicación excepcionalmente rara de la anestesia raquídea que no depende de una técnica inadecuada ni puede ser prevista ni evitada en el actual estado de la ciencia.*

— *Que las actuaciones médicas fueron correctas y adecuadas a “la lex artis”.*

**SEXTO.-** Consta en el expediente que fue interpuesto en su día por el reclamante un recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta de la reclamación, tramitado con el número de procedimiento ordinario 1163/2003, en el que se planteó una cuestión de competencia que se resolvió mediante sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2005 en la que se declaró competente para conocer del recurso al Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Incoado un nuevo procedimiento, el número 355/2005, mediante oficio de 1 de diciembre de 2005 el SMS remitió el expediente a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de dicho Tribunal.

**SÉPTIMO.-** En fecha 7 de marzo de 2007 el reclamante presentó escrito de alegaciones, en el que, en síntesis, hizo las siguientes consideraciones:

1.- La historia clínica remitida por el Hospital “Virgen de la Arrixaca” es incompleta, ya que no obra en la misma ni el protocolo de la intervención, ni la hoja de anestesia, ni el nombre del anestesista, o la posición en que se colocó al paciente para administrarle la anestesia, y la dosis que se aplicó. Tampoco está incorporado el consentimiento informado del paciente para la anestesia ni para la propia intervención quirúrgica. Así, el informe que, dos años después, emitió el especialista que anestesió al paciente carece de respaldo documental alguno, pues se refiere a documentos (hoja de anestesia, consentimiento informado) que no forman parte de la historia clínica obrante en el expediente.

2.- Del examen de los diferentes informes técnicos incorporados al procedimiento se desprende que la lesión de los nervios periféricos que dieron lugar al síndrome de la “cola

*de caballo*”, en forma de parálisis irreversible de la flexión dorsal del pie derecho del paciente (SCC), tuvo su causa directa en la anestesia aplicada en la intervención de sustitución de prótesis de cadera. Se mantiene que, aún considerando válidos los documentos a que se refiere el Dr. x. en su informe, que no obran en la historia clínica, existen elementos que evidencian que la actuación médica no fue adecuada, según el dictamen pericial emitido el 27 de febrero de 2006 por un Especialista en Medicina Legal y Forense, que adjunta, en cuyas consideraciones médico-legales, al definir dicho síndrome, y reconociendo que se trataba de una “*complicación poco frecuente de la anestesia raquídea*”, establecía como factores asociados los siguientes:

a) *“El material utilizado para la punción, en concreto el uso de microcatéteres para anestesia subaracnoidea, lo que llevó a la FDA norteamericana a prohibir el uso de los de calibre inferior a 28 G.*

b) *El empleo de determinados agentes anestésicos como la lidocaína hiperbárica a concentraciones del 5%, la mepivacaína, procaína y tetracaína. La Bupivacaína es un anestésico que raramente se ha asociado a la aparición de un SCC, en la literatura científica hay cinco casos y dos de ellos en concreto tras la realización de una anestesia subaracnoidea con una dosis única de bupivacaína hiperbárica al 0,5 %, aplicada al paciente en sedestación.*

*Existen otros factores que son considerados como etiológicos en cuanto al desarrollo de un Síndrome de la Cola de Caballo en relación a la raquiánestesia:*

— *De entre los factores etiológicos uno de lo más aceptados en la actualidad es la existencia de una distribución no uniforme del anestésico en el espacio subaracnoideo, que determinaría la existencia de una concentración neurotóxica del mismo sobre las raíces nerviosas. Como responsable de esta anómala distribución se implica a los pequeños calibres de agujas o catéteres, lo que provocaría una mayor resistencia, y por tanto, una menor velocidad de entrada y elevadas concentraciones puntuales. Este efecto se favorece por empleo de agujas de tipo Whitacre.*

— *En relación a la posible toxicidad del anestésico en sí, los estudios experimentales realizados demuestran que anestésicos como la Lidocaína son potencialmente más lesivos que la Bupivacaína, sin embargo la toxicidad vendría dada más por la concentración local de la sustancia y no por la potencial lesividad neural intrínseca del fármaco.*

— *Otro factor propuesto es el papel que desempeña la posición del paciente durante el acto quirúrgico, que a su vez estaría relacionada con aspectos como la mayor longitud de las raíces nerviosas en la zona de la cola de caballo que podría generar una mayor exposición cuando se le coloca en posiciones como la de litotomía (decúbito dorsal con piernas flexionadas). Este es un factor actualmente discutido.*

— *La existencia (según los estudios de Reina en 1999) de unas envolturas de Aracnoides o “fundas aracnoideas” que envuelven las raíces nerviosas de la médula espinal con formación de compartimentos anatómicos que favorecerían la acumulación y consiguiente elevada concentración local del anestésico.*

— *Cuando aparece dolor en la zona de punción lumbar, con o sin irradiación, se debe descartar la posibilidad de lesión traumática directa por la aguja o catéter, siendo lo más frecuente la lesión de una raíz nerviosa única, que se manifiesta por una parestesia puntual, pero no por un cuadro de desarrollo a largo plazo” (...).*

A partir de lo anterior, el citado facultativo estima que la causa del síndrome producido en el caso analizado fue *“una distribución no uniforme del anestésico, lo que llevaría a alcanzar concentraciones tóxicas locales que provocarían la lesión de varias raíces a nivel del cono medular. Esta última posibilidad es la actualmente más aceptada y la que se invoca en los casos más recientemente publicados en la literatura científica.*

*En el caso que nos ocupa esta posibilidad etiopatogénica es:*

*— Congruente con la técnica anestésica aplicada: anestesia subaracnoidea aplicada en sedestación, mediante aguja de 26 G y empleando Bupivacaína Hiperbárica al 0'5% en dosis única de 10 mg.*

*— Congruente con la presentación brusca y sin intervalo libre de síntomas del Síndrome de la Cola de Caballo.*

*— Congruente con la afectación multirradicular y la presentación en forma de Hemi-síndrome de la cola de caballo.”*

No obstante lo anterior, la única conclusión formulada finalmente en el citado dictamen es que *“las lesiones neurológicas periféricas que en la actualidad sufre x. tienen su origen en la anestesia raquídea aplicada en la intervención quirúrgica que sufrió el 16 de diciembre de 1999”*, sin referencias a una mala praxis.

**OCTAVO.-** Solicitado a la Inspección Médica un informe complementario al inicialmente emitido en el que se valorase la nueva documentación incorporada al procedimiento (y, de considerado necesario, que la propia Inspección Médica solicitase informe pericial de especialista en Neurología), dicha Inspección emitió informe el 19 de julio de 2007.

En primer lugar, se destaca que *“el motivo de que en el presente expediente no se encuentren los documentos de consentimiento informado, el protocolo de la intervención y la hoja del procedimiento anestésico es que x. fue intervenido el 16 de diciembre de 1999 en la Clínica San José de Alcantarilla, centro concertado con el Servicio Murciano de Salud, que tiene sus propias historias clínicas y servicio de documentación. Tras solicitud por parte de esta Inspección a dicha clínica de la documentación en relación a este expediente obrante en su poder, se nos ha remitido, entre otros, los siguientes documentos:*

*1. Documento de consentimiento informado para anestesia loco-regional, propuesto por el Dr. x., con fecha de 16 de diciembre de 1999, firmado por x. y.*

*2. Documento de autorización de pruebas e intervenciones, autorizando al Dr. x. a la intervención quirúrgica, firmado con fecha 15 de diciembre de 1999 por x.*

*3. Hoja operatoria, de fecha 16 de diciembre de 1999. (...).*

*4. Hoja de anestesia, de fecha 16 de diciembre de 1999”. (...).*

Las conclusiones a las que llega el nuevo informe de la Inspección Médica son las siguientes:

*“1.- Sí existen, y están firmados por el demandante los documentos de consentimiento informado para la intervención quirúrgica y la anestesia.*

*2.- También se encuentran entre los documentos de la Historia Clínica de la Clínica San José de Alcantarilla el protocolo de actuación anestésica y quirúrgica, por lo que sí hay certeza de las actuaciones realizadas y de la veracidad tanto de los datos del informe*

realizado por el Dr. x. el 9 de diciembre de 2001 a instancias de la instrucción, como de que él fue el anestesista que asistió al demandante.

3.- La técnica anestésica realizada fue la anestesia raquídea, espinal o subaracnoidea. El anestésico empleado fue la bupivacaína hiperbárica al 0'5% 10 mg. Y la aguja 26 G de Whitacre (diámetro 0.457 mm).

4.- El síndrome de cauda equina se considera una complicación neurológica de la anestesia subaracnoidea de aparición infrecuente. Los factores ampliamente aceptados como dependientes de la técnica utilizada y asociados a su aparición son el uso de micro-catéteres de diámetro inferior a 28 G (diámetro 0.376 mm.) y el empleo de lidocaína como anestésico.

5.- No existe en la técnica empleada elementos que incrementasen el riesgo de que se produjese el daño, sino al contrario se evitaron los factores que, con los conocimientos actuales, implicaban un riesgo mayor, con empleo de una aguja de diámetro mayor a 28 G y de bupivacaína.

6.- En relación al anestésico bupivacaína, raramente se ha implicado su uso con la aparición de complicaciones neurológicas permanentes tras su uso en raquianestesia, y su etiopatogenia no esta claramente definida, siendo la hipótesis más aceptada la distribución no uniforme del fármaco, que produciría una concentración neurotóxica local. Esta es la hipótesis invocada en el informe del Dr. x. aportado por la parte demandante, hipótesis con la que estamos de acuerdo. No hubo una mala técnica que haya contribuido a esta distribución no uniforme, quedando como posible hipótesis, en espera de nuevos estudios y conocimientos futuros que pudieran identificar otros factores, la existencia de fundas aracnoideas, de características muy variables de un individuo a otro y peculiares de cada paciente.

7.- Por tanto, se trata de una complicación excepcional, que ocurrió a pesar de una correcta técnica anestésica que siguió todas las recomendaciones encaminadas a prevenir las complicaciones neurológicas de la misma, en función de los conocimientos y medios del momento.”

**NOVENO.-** Al obrar nuevos documentos en el procedimiento, mediante oficios de 12 de noviembre de 2007 se otorgó nuevo trámite de audiencia a las partes interesadas a los efectos de que tomaran vista del expediente y formularan las alegaciones que estimaran oportunas; el 30 de noviembre de 2007 un representante del reclamante tomó vista del expediente y retiró copia de determinados documentos. No consta la presentación de alegaciones.

**DÉCIMO.-** El 6 de febrero de 2008 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar que no se acredita que exista el necesario y adecuado nexo de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños por los que se reclama, al resultar demostrado que la actuación facultativa cuestionada se ajustó plenamente a la “*lex artis ad hoc*”, conforme con las consideraciones expresadas en el último informe emitido por la Inspección Médica.

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. La legitimación activa corresponde al reclamante, en su condición de persona que sufre los daños imputados a la atención sanitaria recibida.

En cuanto a la legitimación pasiva tras el traspaso de funciones y servicios en materia de asistencia sanitaria de la Administración del Estado a la Administración regional, cabe dar aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas por este Consejo en el Dictamen 65/02.

II. En cuanto al plazo para interponer la acción de reclamación, ha de considerarse temporánea. Considerando que el 18 de julio de 2000 el paciente aún seguía en proceso de revisión y determinación de las secuelas (vid. Antecedente Tercero, “*in fine*”), la reclamación fue presentada el 4 de abril de 2001, es decir, dentro del plazo de un año establecido a estos efectos en el artículo 142.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

No obstante, se advierte una injustificada paralización del expediente entre la fecha en que se otorgó el primer trámite de audiencia (julio de 2002) y la de presentación por el reclamante de sus alegaciones en el seno de dicho trámite (marzo de 2007). A este respecto, resulta claro que las incidencias jurisdiccionales sobre la competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto en su día por el reclamante contra la desestimación por silencio de su reclamación, no justifica tal paralización.

Sin perjuicio de lo anterior, la existencia del citado recurso obliga al órgano instructor a verificar, previamente al dictado de la resolución del procedimiento, y en coordinación con la Dirección de los Servicios Jurídicos, si ha recaído o no sentencia en el citado proceso, pues en caso afirmativo, no podría dictarse dicha resolución.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Consideraciones generales.**

La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa en el campo sanitario está sometida a la configuración jurídica de la responsabilidad de la Administración que se desprende del artículo 106.2 CE: “*los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “*el derecho a la protección de la salud*”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. (LGS)

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del médico ha de regirse por la denominada “*lex artis ad hoc*”, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *lex artis*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: “*ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente*”.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que “*los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) (ello) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del*

*realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”.*

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente o lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la *lex artis*, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

#### **CUARTA.- El daño por el que se reclama indemnización.**

En primer lugar, es necesario abordar la cuestión relativa al daño por el que se reclama indemnización. En el escrito presentado el 7 de marzo de 2007 (Antecedente Séptimo), el interesado se refiere a la producción del “*hemisíndrome de cola de caballo*”, a su juicio imputable a la actuación sanitaria pública, pero no consta qué concretas limitaciones le han quedado a consecuencia del mismo.

Sin negar que los informes médicos obrantes en el expediente reconocen la producción de tal síndrome y la existencia de determinadas limitaciones físicas, también debe destacarse que, conforme se desprende de la historia clínica remitida en su día por el Hospital “Virgen de la Arrixaca” (en concreto, del folio nº 7 de aquella, que constituye el 24 del expediente remitido), el paciente evolucionaba favorablemente de dicho síndrome (vid.

anotación del 18 de julio de 2000, transcrita en el Antecedente Tercero “*in fine*”), y ello aun cuando dos meses antes (el 17 de mayo de 2000), el Servicio de Neurofisiología Clínica, Unidad de E.M.G., indicaba “*un desfavorable pronóstico en cuanto a la recuperación funcional de musculatura de pierna dcha.*”. En este sentido, consta en la mencionada hoja de evolución clínica que se citó al paciente para revisión en enero de 2001, sin que, tras el dilatado tiempo transcurrido desde entonces, se hayan concretado las secuelas que, de modo definitivo, pudieran haberle quedado. Ello influye en la cuantificación de su final pretensión indemnizatoria, 180.000 euros, que formula sin la menor justificación al respecto. Es significativo en este punto advertir que, tras conocer el último informe emitido por la Inspección Médica (el 30 de noviembre de 2007, mediante la vista del expediente), el reclamante no haya formulado alegación alguna, ni siquiera para ratificarse en sus alegaciones precedentes y, en todo caso, para acreditar de modo fehaciente cuáles son las secuelas por las que reclama indemnización, conforme con el oportuno informe médico que considerase estabilizadas las lesiones.

No obstante lo anterior, es claro que, aun no pudiendo determinarse por tales motivos el alcance definitivo de las secuelas en cuestión, del proceso sanitario de que se trata se desprende la existencia, al menos, de un cierto período de incapacidad, que, en hipótesis, sería indemnizable, y cuya determinación no resulta en este momento necesaria, por las razones que a continuación se expresan.

**QUINTA.- Relación de causalidad adecuada entre la actuación sanitaria pública y el daño alegado: inexistencia.**

En el escrito de alegaciones presentado el 7 de marzo de 2007, el reclamante desarrollaba el fundamento de su pretensión indemnizatoria con base en tres consideraciones esenciales: a) la ausencia —entonces— en el expediente de documentos relevantes de la historia clínica relativa a la intervención realizada en 1999 (consentimiento informado, hoja de anestesia y protocolo operatorio); b) imputación de mala praxis médica en la aplicación de la anestesia, amparándose para ello en el dictamen pericial que encargó y aportó con el citado escrito de alegaciones; y c) la consideración de que, aun en la hipótesis de que la causa del síndrome en cuestión pudiera deberse a las características anatómicas del paciente (en concreto, a la anormal acumulación del anestésico en las “*fundas aracnoideas*” de la pierna, opinión sostenida por el perito de la compañía aseguradora), la intervención dio lugar a una complicación, constitutiva de un supuesto de caso fortuito, que es indemnizable en atención al carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, según jurisprudencia que cita. Tales cuestiones se analizarán por separado.

A) Por lo que se refiere a la ausencia de documentos esenciales de la historia clínica, en el informe de la Inspección Médica parcialmente transcrito en el Antecedente Octavo se explica tal circunstancia, así como la posterior incorporación al expediente de los reseñados documentos, que el reclamante tuvo ocasión de examinar en el trámite de audiencia otorgado al efecto, sin que formulase alegaciones.

A la vista de tales documentos, decaen las alegaciones del reclamante sobre la indeterminación de los términos en que se administró la anestesia al paciente. Aquéllos confirman las condiciones y la técnica de administración de la anestesia expresados por el anestesista actuante en el informe que emitió en su día, de cuyas afirmaciones partieron todos los informes periciales emitidos (el del particular y el de la compañía aseguradora) y los informes de la Inspección Médica.



Debe apuntarse aquí, aun cuando no sea objeto de una expresa imputación del reclamante, que no cabe oponer reparos, a los concretos efectos que aquí interesan, al consentimiento informado prestado por el paciente. Como reconoce el perito del reclamante (también el resto de los facultativos informantes), la aparición del síndrome de “cola de caballo” por administración de anestesia raquídea es una complicación poco frecuente y, con empleo de bupivacaína hiperbárica al 0’5% y dosis de 10 mg., con el paciente en sedestación (el caso que nos ocupa), “*raramente se ha asociado a la aparición de un SCC*” (folio 117 exp.). Por su parte, el informe de la Inspección Médica concluyó que se trata de una “*complicación excepcional*” en actuaciones como la del caso.

Conforme con ello, debe recordarse que los criterios legales y jurisprudenciales atinentes al nivel de exigencia y concreción de la información que ha de suministrarse al paciente para considerar que ha prestado validamente su consentimiento a la intervención de que se trata, han de ponerse en relación, en primer lugar, con la fecha en que ésta se realizó, pues el examen jurisprudencial revela un progresivo incremento de las exigencias en este punto conforme transcurren los años, y ello es debido especialmente, según algunos autores, a la aprobación de la Ley 41/02, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En el caso que nos ocupa, y habiéndose realizado en 1999 el acto médico que se cuestiona, debe traerse a colación la jurisprudencia que, ante la escueta regulación entonces existente en la LGS (en concreto, en su artículo 10.6), consideraba que “*la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites, y así se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia*” (STS, Sala 1ª, de 28 de diciembre de 1998). Quiere decirse, pues, que no resultaba obligado que, en el momento en que el paciente firmó el consentimiento para la administración de la anestesia, el facultativo tuviera que haber hecho constar en el documento de prestación del consentimiento una complicación tan infrecuente y rara (especialmente en aquellas fechas) como la que posterior, y desafortunadamente, se produjo. Además, debe recordarse que en el escrito utilizado al efecto ya se advertía que, en ocasiones, después de este tipo de anestesia loco-regional es posible que quedaran molestias en la zona, con sensación de acorchamiento u hormigueo, generalmente pasajeros. Si a todo ello se le añaden los problemas que había tenido el paciente en intervenciones quirúrgicas anteriores utilizando anestesia general (vid. informe de la Inspección Médica, f. 173 exp.), puede llegarse a la conclusión de que, en aquel momento, el paciente no hubiese adoptado una conducta distinta de la realizada, en el sentido de aceptar el método anestésico empleado y las condiciones en que se le administró la anestesia.

B) Por lo que se refiere a la imputación de mala praxis, en primer lugar resulta esclarecedor advertir que el mismo informe pericial aportado por el reclamante en ningún momento considera que aquélla existiera, dirigiendo el informante sus razonamientos hacia la conclusión de afirmar la relación de causa-efecto entre el síndrome en cuestión y la administración de la anestesia, pero nada más (vid. sus conclusiones), conclusión compartida por el resto de informantes. Es el reclamante el que, a la vista de ello, se esfuerza en entresacar de dicho dictamen aquellos aspectos que pudieran sostener su imputación de mala praxis, y lo hace incurriendo en algunas ocasiones en errores técnicos, como el relativo al calibre de la aguja empleada. Afirmando el perito que el uso de agujas de pequeño calibre facilita la acumulación de la anestesia en cantidades tóxicas (habiendo prohibido la Administración

sanitaria estadounidense el empleo de agujas de calibre inferior a 28 W.), considera que fue una mala praxis el empleo de una de 26 W., cuando lo cierto es que este último calibre es superior al reseñado, según el sistema de medida de esta clase de agujas, según aclara el informe de la Inspección Médica.

Asimismo, señala el reclamante que en la producción del síndrome pudo influir la “*mala posición quirúrgica*” del paciente, que daría lugar a una mayor exposición y concentración del anestésico, considerando inadecuada la posición de litotomía (decúbito dorsal con piernas flexionadas). Sin perjuicio de que no conste en la hoja de operación la posición quirúrgica del paciente, lo cierto es que el citado perito de la parte reconoce que “*éste es un factor actualmente discutido*”, al igual que el empleo de agujas tipo “*punta de lápiz*”, como la empleada.

A todo ello debe unirse el hecho de que ni el reclamante ni el perito en cuestión aducen cuál hubiera sido la buena praxis, alternativa a la técnica empleada, pues nada oponen a las argumentaciones del anestesista actuante en el sentido de que la bupivacaína y el empleo de las citadas agujas son la mejor opción para estos casos de anestesia raquídea, por la menor potencial toxicidad del anestésico y la ausencia de capacidad traumática de dicha clase de agujas. Todo ello a la vista de que, como se reconoce unánimemente, no es posible excluir de modo absoluto la aparición de complicaciones en supuestos como el presente, siendo éstas, con la técnica empleada en el caso, extraordinariamente infrecuentes, especialmente en la fecha de la intervención quirúrgica.

Frente a todo ello, en fin, la Inspección Médica, según se deduce de sus conclusiones, considera que en modo alguno puede aceptarse la existencia de mala praxis en la intervención de referencia, constituyendo el efecto dañoso producido (de incierta determinación final, según se dijo en su momento) una complicación excepcional, que puede acontecer inevitablemente aún a pesar de seguir la buena praxis, según el estado de los conocimientos y medios del momento.

C) Lo anterior lleva a la consideración de que, en realidad, el reclamante basa esencialmente su pretensión indemnizatoria en el simple hecho de la ocurrencia de la complicación dañosa causada por la anestesia, suceso que considera en todo caso un caso fortuito del que debe responder la Administración dado el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, que incluye supuestos de casos fortuitos, según jurisprudencia que cita.

Sin embargo, en la Consideración Tercera de este Dictamen se recogió extensamente el criterio jurisprudencial referente a cómo ha de entenderse el carácter objetivo del instituto de la responsabilidad patrimonial administrativa en su aplicación a la actividad sanitaria, con las peculiaridades que imponen las limitaciones de la condición humana y el estado de la ciencia y la técnica médicas.

Pretender, en fin, como hace el reclamante, una aplicación generalista y no matizada de la jurisprudencia recaída sobre el caso fortuito en materia de responsabilidad patrimonial administrativa, supondría, en la práctica, que todo riesgo inherente a los tratamientos médicos dispensados por los servicios públicos sanitarios, riesgos que son inevitables en atención al estado de la ciencia y la técnica del momento, habrían de ser asumidos por la Administración Pública, convirtiéndola de este modo en una aseguradora a todo riesgo que es incompatible con la configuración constitucional y legal de este instituto jurídico.

En atención a todo lo expuesto, cabe concluir que no se ha acreditado que concurra la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios

públicos sanitarios y los daños por los que se reclama, por lo que no puede declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración.

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no acreditarse la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño por el que se reclama, por las razones expresadas en las Consideraciones Tercera a Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 88/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 05/05/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 52/2008.*

**DICTAMEN 89/08.- Proyecto de Decreto por el que se establece el régimen de concesión directa de subvenciones relacionadas con la iniciativa en materia de empleo denominada cheque empleo.**

**Consultante: Consejero de Empleo y Formación (2007)**

**Fecha: 12/05/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*Como recordó este Consejo en el Dictamen 6/98, la colaboración entre ley y reglamento debe establecerse para completar la regulación pretendida, de tal forma que el reglamento ejecutivo viene a constituir el complemento indispensable de la ley. Pues bien, en relación con el artículo 28 LGS ese complemento no es otro que el artículo 67 del Reglamento de la LGS, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio. Y, del mismo modo, el desarrollo reglamentario del artículo 23 LSRM lo constituirá el precepto que a tal fin se contenga en*

*el Reglamento que, en su día, pueda aprobarse por el Consejo de Gobierno en uso de la habilitación contenida en la Disposición final LSRM. La Orden del Consejero o el Decreto del Presidente (art. 13 LSRM) aprobatorios de las bases reguladoras de la subvención en régimen de concurrencia, o el Decreto del Consejo de Gobierno (art. 23 LSRM) por el que se establece el régimen especial de las subvenciones directas (asimilable a sus bases reguladoras), no son un complemento indispensable de la LSRM, sino que constituyen un instrumento para el ejercicio de las competencias que ostentan los órganos que los impulsan —que en el presente supuesto se concretan en los fines que al SEF le vienen atribuidos en los artículos 2 y 3 de su Ley de creación.*

*Por lo tanto, al igual que se afirmaba en la Memoria del Consejo Jurídico del año 2004 en relación con los Planes de Ordenación de Recursos Naturales (PORN), el que la autorización y establecimiento de las normas reguladoras de una subvención directa revista la forma de Decreto (porque así lo exige el artículo 23 LSRM) o que se postule su carácter normativo, no transforma a dicha figura, sin más, en un reglamento ejecutivo, si por tal entendemos aquel que tiene por finalidad completar y desarrollar las previsiones de la ley en que se apoya.*

*De lo anterior se deduce que el Proyecto que nos ocupa no constituye desarrollo reglamentario del artículo 23 LSRM, como tampoco las órdenes o el decreto de Presidente, por los que se aprueben las bases reguladoras, constituyen desarrollo reglamentario del artículo 13 LSRM, pues estos preceptos sólo determinan el rango adecuado de la norma de procedimiento que ha de seguirse en cada caso (concesión directa o concesión en régimen de concurrencia, respectivamente), pero, como mantiene el Consejo de Estado en su Dictamen 131/2006 en relación con los correlativos preceptos de la LGS, no constituyen título material suficiente para todas las ayudas o subvenciones que puedan aprobarse, cuyas normas reguladoras deberán ajustarse y respetar esa ley general pero no por ello serán reglamentos ejecutivos de la misma, sino que habrán de encontrar su habilitación en otras normas relativas al ámbito sobre el que se desee que las subvenciones desplieguen sus efectos de fomento y promoción.*

*No obstante lo anterior, no se puede obviar que existen otras razones que apoyarían la tesis de que los Decretos por los que el Gobierno regula la concesión directa de una subvención constituyen una disposición reglamentaria que se dicta en ejecución de una ley, en este caso del artículo 23 LSRM, en cuyo supuesto el Dictamen del Consejo Jurídico devendría en preceptivo. Esos motivos pueden sintetizarse de la siguiente forma:*

*1.º La propia Doctrina del Consejo de Estado, que no ha seguido una única línea argumental, de modo que en algunos supuestos (Dictamen 131/2006, antes citado) ha mantenido que los Decretos reguladores de la concesión directa de subvenciones no constituyen desarrollo de la LGS, pero en otros ha afirmado tal carácter. Así en los Dictámenes 373/2005 y 1.941/2005 (de fechas anteriores a la del 131/2006), emitidos con ocasión de consultas relativas a normas reguladoras de la concesión directa de subvenciones, ha considerado obligatoria su intervención al entender que aquéllas se dictaban en ejecución del artículo 28.2 LGS.*

*2.º Mantener el carácter no ejecutivo del Decreto llevaría aparejado el riesgo de que el mismo se entendiera como un reglamento independiente, lo que, según consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, no sería admisible cuando, como es el presente caso, se crea un derecho objetivo a favor de un colectivo de ciudadanos. Así, dicho Tribunal, en su*

*Sentencia de 22 de diciembre de 1987, expresa que “el Gobierno no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no tengan su origen en la Ley, de modo inmediato o mediato, a través de la habilitación”.*

*3.º El propio Reglamento de la LGS en el artículo que antes se mencionaba, es decir, el 67, en su apartado 3.b), no cierra del todo la posibilidad de la preceptividad del Dictamen del Consejo de Estado, al afirmar que el informe del Ministerio de Economía y Hacienda será el último que se emita con carácter previo a la elevación del expediente con el proyecto de disposición al Consejo de Ministros, “salvo que sea preceptivo recabar dictamen del Consejo de Estado”, y aunque esta norma no resulte de aplicación al ámbito autonómico, su contenido sí resulta orientativo en relación con el tema que nos ocupa, a la vista de la identidad total que presentan los artículos 28 LGS y 23 LSRM.*

*Todo lo anterior obliga a mantener una postura de prudente expectativa hasta que se despejen las dudas que actualmente existen en torno a la naturaleza jurídica de estos Decretos y, en tanto que ello acaece, el Consejo Jurídico emitirá, con carácter facultativo, los Dictámenes que sobre dichos Proyectos se le sometan.*

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 23 de enero de 2008, el Secretario General Técnico del Servicio Regional de Empleo y Formación (SEF) eleva a la Vicesecretaría de la Consejería de Empleo y Formación una propuesta de Decreto por el que se establece el régimen de concesión directa de subvenciones relacionadas con la iniciativa en materia de empleo denominada cheque empleo.

El texto se acompaña de la siguiente documentación:

a) Informe de necesidad y oportunidad del futuro Decreto, que se justifica en la conveniencia de regular el denominado cheque empleo como un nuevo método de incentivar la contratación laboral, configurándolo como una subvención directa al amparo de lo previsto en los artículos 22 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS), y 23 de la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (LSRM), dada la dificultad de someter el proceso de concesión de la subvención al régimen ordinario, es decir, en concurrencia competitiva, debido a las características que presenta el colectivo al que van dirigidas (mujeres víctimas de violencia de género, parados de larga duración, inmigrantes, etc.).

b) Un estudio económico en el que se afirma que la aprobación del Proyecto no generará obligaciones económicas inmediatas, en tanto que las que se deriven en el futuro lo serán en función de los créditos que se asignen mediante Resolución del Director General del Servicio Regional de Empleo y Formación para la concesión de subvenciones de la iniciativa cheque empleo.

c) Informe de la Consejería de Hacienda y Administración Pública.

d) Informe sobre el impacto por razón de género, en el que se concluye que la norma proyectada no provoca ningún impacto en materia de igualdad de oportunidad entre hombres y mujeres.

e) Informe del Servicio Jurídico del SEF.

**SEGUNDO.-** Con fecha 28 de enero de 2008 el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 23.2 LSRM, emite informe favorable al Proyecto, aunque realiza una serie de sugerencias que se incorporan al borrador, que es remitido, para dictamen, al Consejo Económico y Social (CES).

**TERCERO.-** Con fecha 14 de febrero de 2008, el Pleno del CES valora positivamente el Proyecto, *“porque el mismo puede suponer un instrumento adecuado para fomentar la incorporación al mercado de trabajo mediante una contratación laboral estable y de calidad de desempleados con mayores dificultades de integración en el mismo y, por lo tanto, facilitar el ejercicio del derecho-deber constitucional al trabajo”*. Sin perjuicio de lo anterior, el CES discrepa del carácter excesivamente amplio que el Proyecto habilita para excepcionar de la concurrencia competitiva las subvenciones por la contratación estable de determinados colectivos con dificultades de inserción laboral en marco del programa de fomento del empleo estable. En opinión del CES *“la concesión directa debiera ser un procedimiento aplicable con carácter excepcional, y configurado como un instrumento de concesión automática para colectivos muy concretos, excluidos del régimen general de fomento de la contratación estable, en los que se aprecien las mayores dificultades para su integración laboral dentro de los grupos ya con dificultades para ello, con acceso al mismo simplemente por el hecho de reunir los requisitos para encuadrarse en tales grupos. Entre estos requisitos debería incluirse que el trabajador participe en los procesos de tutoría individualizada y orientación promovidos por el Servicio Regional de Empleo y Formación”*.

Respecto a dicho Dictamen se elabora por el SEF un informe en el que se acogen algunas de las observaciones hechas por el CES al Proyecto, al tiempo que se justifica la no inclusión de las restantes.

Las modificaciones introducidas dan lugar a un tercer borrador que se remite para informe a la Dirección de los Servicios Jurídicos.

**CUARTO.-** Con fecha 11 de marzo de 2008 dicho centro directivo emite informe favorable al Proyecto, aunque con una serie de observaciones relativas al procedimiento de elaboración de la futura norma. En concreto, señala la falta de adecuación, tanto de la memoria económica como del informe sobre impacto por razón de género, al contenido que la Doctrina del Consejo Jurídico ha establecido que deben reunir estos informes. Por otro lado, indica que no consta en el expediente el informe jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería proponente, el cual resulta preceptivo a tenor de lo establecido en el artículo 53.2 de la Ley 6/2004, de 28 de noviembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo, Ley 6/2004). Finalmente recuerda que de conformidad con el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico (LCJ), el Proyecto ha de ser sometido a este Órgano Consultivo por tratarse de una disposición de carácter general que se dicta en aplicación del artículo 23.2 LSRM.

**QUINTO.-** Atendiendo las observaciones formuladas por la Dirección de los Servicios Jurídicos el SEF elabora de nuevo el estudio económico y el informe sobre impacto por razón de género que se incorporan al expediente, junto con el informe jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería consultante y certificado del Secretario del Consejo Asesor del Servicio Regional de Empleo y Formación, en el que se hace constar que dicho órgano consultivo informó en su sesión del día 27 de diciembre de 2007, el programa de subvenciones de fomento del empleo juvenil “Cheque Empleo Joven”.

**SEXTO.-** En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tiene entrada el pasado 18 de marzo de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar la siguiente

### CONSIDERACIONES

#### PRIMERA.- Naturaleza jurídica del Proyecto. Carácter del Dictamen que se solicita.

La consulta versa sobre un Proyecto de Decreto que tiene por objeto, según reza su artículo 1, autorizar la concesión directa de subvenciones por la contratación laboral indefinida y a tiempo completo de aquellas personas que, en el momento del inicio de la relación laboral, se encuentren desempleadas e inscritas como demandantes de empleo en cualquiera de las Oficinas de empleo del SEF, y que, en dicho momento, fueren titulares del “cheque-empleo”. El Proyecto recoge, en el resto de los 10 artículos que lo conforman, el régimen jurídico aplicable, beneficiarios, cuantía de la indemnización, procedimiento de concesión, la financiación, obligaciones de los beneficiarios, régimen de justificación y reintegro.

Las subvenciones públicas adolecieron, en un principio, de un importante déficit normativo que, posteriormente, se convirtió en una regulación dispersa que, si bien mejoraba la situación, continuaba planteando múltiples lagunas y deficiencias. Esta situación aconsejaba —a juicio del Consejo de Estado— la aprobación de una Ley que regulara de forma sistemática y completa el régimen jurídico general de las subvenciones. La satisfacción de esta necesidad se llevó a cabo mediante la promulgación de la LGS, que obligaba a las Comunidades Autónomas a adaptar su regulación en la materia a los preceptos que, con carácter básico, se incluían en dicho texto legal. En cumplimiento de este mandato se aprueba la LSRM.

El artículo 22 LGS, de carácter básico, tal como se indica en la Disposición final primera de dicho texto legal, establece los dos procedimientos a través de los cuales pueden concederse subvenciones: el de concurrencia competitiva, que se aplicará de forma general, y el procedimiento de concesión directa, reservados a los casos especiales tasados en el apartado 2 del citado precepto. La LSRM contempla, como no podía ser de otro modo, los dos modos de concesión: de concurrencia competitiva (Capítulo I del Título I) y de adjudicación directa (Capítulo II del Título I).

Según el artículo 23.1 LSRM únicamente podrán concederse subvenciones de forma directa en los casos previstos en el apartado 2 del artículo 22 LGS, es decir, en los siguientes supuestos:

a) Las previstas nominativamente en los Presupuestos Generales del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales, en los términos recogidos en los convenios y en la normativa reguladora de estas subvenciones.

b) Aquellas cuyo otorgamiento o cuantía venga impuesto a la Administración por una norma de rango legal, que seguirán el procedimiento de concesión que les resulte de aplicación de acuerdo con su propia normativa.

c) Con carácter excepcional, aquellas otras subvenciones en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas que dificulten su convocatoria pública.

Para las subvenciones directas comprendidas en este último supuesto (c), los apartados 2 y 3 del artículo 23 LSRM establecen la regulación complementaria siguiente:

*“2. El Consejo de Gobierno aprobará por Decreto, a propuesta del órgano competente por razón de la materia para conceder subvenciones y previo informe de la Consejería de Economía y Hacienda, las normas especiales reguladoras de las subvenciones contempladas en el párrafo c) del apartado 2 del artículo 22 de la Ley General de Subvenciones.*

*3. El Decreto a que se hace referencia en el apartado anterior deberá ajustarse a las previsiones contenidas en esta Ley, salvo en lo que afecte a la aplicación de los principios de publicidad y concurrencia, y contendrá como mínimo los siguientes extremos:*

*a) Definición del objeto de las subvenciones, con indicación del carácter singular de las mismas y las razones que acreditan el interés público, social, económico o humanitario y aquéllas que justifican la dificultad de su convocatoria pública.*

*b) Régimen jurídico aplicable.*

*c) Beneficiarios, cuantía máxima a conceder y, en su caso, límite de concesión de cada ayuda individual.*

*d) Procedimiento de concesión y régimen de justificación de la aplicación dada a las subvenciones por los beneficiarios y, en su caso, entidades colaboradoras”.*

A la vista de la anterior previsión legal se plantea cuál sea la naturaleza jurídica del Proyecto objeto de Dictamen o, en otras palabras, si la norma que se pretende aprobar constituye un desarrollo del artículo 23 LSRM, porque sólo una respuesta afirmativa a esta cuestión determinaría el carácter preceptivo del Dictamen de este Consejo Jurídico (artículo 12.5 LCJ).

En una primera aproximación al contenido del Proyecto se distinguen dos partes: Una, la autorización del Consejo de Gobierno para la concesión directa de la subvención y, otra, la regulación de una serie de extremos que vienen a constituir las bases reguladoras de dicha subvención. Esta última afirmación se realiza con base en el resultado obtenido de comparar el contenido del artículo 17.3 LGS (al que se remite el artículo 13.2 LSRM) con el del artículo 23.3 LSRM que evidencia que, si bien no existe una identidad nominal, la material es incuestionable.

La primera parte del Decreto responde a una valoración que el Órgano de Gobierno debe hacer sobre la oportunidad de una medida, como es la concesión directa de unas ayudas, que supone soslayar aspectos tan significativos del régimen general de subvenciones, como son los ligados a los principios de publicidad y concurrencia, de ahí que la LSRM exija que en el Decreto se recojan *“las razones que acreditan el interés público, social, económico o humanitario y aquéllas que justifican la dificultad de su convocatoria pública”*. Esta primera parte constituiría, pues, un acto de autorización, y como tal, no puede considerarse desarrollo de ninguna norma legal.

Más complejo resulta determinar este carácter en lo que se refiere a la segunda parte, es decir, al establecimiento del régimen normativo especial al que se ha de ajustar la concesión de la subvención directa. De acuerdo con una generalizada concepción doctrinal y



jurisprudencial, las bases reguladoras o régimen especial, en este caso (cuando van dirigidas a un colectivo de beneficiarios), tienen la naturaleza de disposiciones de carácter general y, en cuanto tales, su aprobación debe seguir el procedimiento legalmente establecido para ello. Ahora bien, tal naturaleza no implica, por sí misma, que constituyan desarrollo reglamentario de la LSRM.

En efecto, como recordó este Consejo en el Dictamen 6/98, la colaboración entre ley y reglamento debe establecerse para completar la regulación pretendida, de tal forma que el reglamento ejecutivo viene a constituir el complemento indispensable de la ley. Pues bien, en relación con el artículo 28 LGS ese complemento no es otro que el artículo 67 del Reglamento de la LGS, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio. Y, del mismo modo, el desarrollo reglamentario del artículo 23 LSRM lo constituirá el precepto que a tal fin se contenga en el Reglamento que, en su día, pueda aprobarse por el Consejo de Gobierno en uso de la habilitación contenida en la Disposición final LSRM. La Orden del Consejero o el Decreto del Presidente (art. 13 LSRM) aprobatorios de las bases reguladoras de la subvención en régimen de concurrencia, o el Decreto del Consejo de Gobierno (art. 23 LSRM) por el que se establece el régimen especial de las subvenciones directas (asimilable a sus bases reguladoras), no son un complemento indispensable de la LSRM, sino que constituyen un instrumento para el ejercicio de las competencias que ostentan los órganos que los impulsan —que en el presente supuesto se concretan en los fines que al SEF le vienen atribuidos en los artículos 2 y 3 de su Ley de creación—.

Por lo tanto, al igual que se afirmaba en la Memoria del Consejo Jurídico del año 2004 en relación con los Planes de Ordenación de Recursos Naturales (PORN), el que la autorización y establecimiento de las normas reguladoras de una subvención directa revista la forma de Decreto (porque así lo exige el artículo 23 LSRM) o que se postule su carácter normativo, no transforma a dicha figura, sin más, en un reglamento ejecutivo, si por tal entendemos aquel que tiene por finalidad completar y desarrollar las previsiones de la ley en que se apoya.

De lo anterior se deduce que el Proyecto que nos ocupa no constituye desarrollo reglamentario del artículo 23 LSRM, como tampoco las órdenes o el decreto de Presidente, por los que se aprueben las bases reguladoras, constituyen desarrollo reglamentario del artículo 13 LSRM, pues estos preceptos sólo determinan el rango adecuado de la norma de procedimiento que ha de seguirse en cada caso (concesión directa o concesión en régimen de concurrencia, respectivamente), pero, como mantiene el Consejo de Estado en su Dictamen 131/2006 en relación con los correlativos preceptos de la LGS, no constituyen título material suficiente para todas las ayudas o subvenciones que puedan aprobarse, cuyas normas reguladoras deberán ajustarse y respetar esa ley general pero no por ello serán reglamentos ejecutivos de la misma, sino que habrán de encontrar su habilitación en otras normas relativas al ámbito sobre el que se desee que las subvenciones desplieguen sus efectos de fomento y promoción.

No obstante lo anterior, no se puede obviar que existen otras razones que apoyarían la tesis de que los Decretos por los que el Gobierno regula la concesión directa de una subvención constituyen una disposición reglamentaria que se dicta en ejecución de una ley, en este caso del artículo 23 LSRM, en cuyo supuesto el Dictamen del Consejo Jurídico devendría en preceptivo. Esos motivos pueden sintetizarse de la siguiente forma:

1.º La propia Doctrina del Consejo de Estado, que no ha seguido una única línea argumental, de modo que en algunos supuestos (Dictamen 131/2006, antes citado) ha mantenido

que los Decretos reguladores de la concesión directa de subvenciones no constituyen desarrollo de la LGS, pero en otros ha afirmado tal carácter. Así en los Dictámenes 373/2005 y 1.941/2005 (de fechas anteriores a la del 131/2006), emitidos con ocasión de consultas relativas a normas reguladoras de la concesión directa de subvenciones, ha considerado obligatoria su intervención al entender que aquéllas se dictaban en ejecución del artículo 28.2 LGS.

2.º Mantener el carácter no ejecutivo del Decreto llevaría aparejado el riesgo de que el mismo se entendiera como un reglamento independiente, lo que, según consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, no sería admisible cuando, como es el presente caso, se crea un derecho objetivo a favor de un colectivo de ciudadanos. Así, dicho Tribunal, en su Sentencia de 22 de diciembre de 1987, expresa que “el Gobierno no puede crear derechos ni imponer obligaciones que no tengan su origen en la Ley, de modo inmediato o mediato, a través de la habilitación”.

3.º El propio Reglamento de la LGS en el artículo que antes se mencionaba, es decir, el 67, en su apartado 3.b), no cierra del todo la posibilidad de la preceptividad del Dictamen del Consejo de Estado, al afirmar que el informe del Ministerio de Economía y Hacienda será el último que se emita con carácter previo a la elevación del expediente con el proyecto de disposición al Consejo de Ministros, “*salvo que sea preceptivo recabar dictamen del Consejo de Estado*”, y aunque esta norma no resulte de aplicación al ámbito autonómico, su contenido sí resulta orientativo en relación con el tema que nos ocupa, a la vista de la identidad total que presentan los artículos 28 LGS y 23 LSRM.

Todo lo anterior obliga a mantener una postura de prudente expectativa hasta que se despejen las dudas que actualmente existen en torno a la naturaleza jurídica de estos Decretos y, en tanto que ello acaece, el Consejo Jurídico emitirá, con carácter facultativo, los Dictámenes que sobre dichos Proyectos se le sometan.

**SEGUNDA.- Observaciones en relación con el procedimiento de elaboración, sistemática del Proyecto y cuestiones gramaticales.**

**I. Procedimiento de elaboración.**

1. El Proyecto, dada su naturaleza de disposición de carácter general, debe atenerse en su tramitación a lo que al respecto se prevé en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo, Ley 6/2004).

Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el citado artículo 53, si bien han de formularse las siguientes observaciones:

a) El expediente carece de la propuesta del titular de la Consejería competente en materia de trabajo al Consejo de Gobierno, para la aprobación del texto como Decreto.

b) El número 3 del citado artículo 53 establece como preceptivo el trámite de audiencia y consulta a los sectores interesados; trámite que sólo puede considerarse prescindible, como ha afirmado este Consejo en numerosos Dictámenes, en atención a lo dispuesto en la letra d) de dicho número, que así lo permite cuando las entidades interesadas hubieran participado por medio de informes o consultas en el proceso de elaboración de la norma. En el presente caso, dicha participación se intenta justificar con una certificación del Secretario

del Consejo Asesor del Servicio Regional de Empleo y Formación, en el que se hace constar que el citado órgano consultivo informó el programa de subvenciones de fomento del empleo juvenil “Cheque Empleo Joven”. El conocimiento que el antedicho Consejo Asesor haya podido tener sobre el mencionado programa de subvenciones resulta irrelevante en el expediente que nos ocupa. Es necesario que se le someta el texto del Proyecto de Decreto objeto del presente Dictamen, así como que, con posterioridad a la consulta y antes de elevarlo para su aprobación al Consejo de Gobierno, se incorpore certificación acreditativa del cumplimiento de tal trámite.

c) Se acompaña informe sobre el impacto de género del Decreto que se pretende aprobar, trámite que resulta preceptivo en los procedimientos de elaboración de las disposiciones de carácter general de ámbito regional tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Hombres y Mujeres y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia, que modificó, en dicho sentido, el artículo 53.1 de la Ley 6/2004.

No obstante, al limitarse el informe a manifestar que la disposición proyectada no provoca ningún impacto en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, el trámite sólo puede entenderse cumplimentando desde un punto de vista formal y, por ende, resulta insuficiente en orden a cumplir la finalidad exigida por la Ley 6/2004 de ilustrar al órgano que ha de aprobar la norma acerca de imprevistas o indeseadas consecuencias sexistas de medidas o decisiones que, en principio, no deberían producirlas, evitando efectos negativos no intencionales que puedan favorecer situaciones de discriminación.

La utilización de esta fórmula genérica de ausencia de implicaciones de género (ampliamente rechazada por este Consejo Jurídico en múltiples Dictámenes y en su Memoria del año 2007), resulta aún más inexplicable en el presente supuesto si se tiene en cuenta que, precisamente, las mujeres en su condición de emigrantes o de víctimas de violencia de género, constituyen uno de los colectivos cuya integración en el mercado laboral es el objetivo final del Proyecto.

d) Carece el expediente de la preceptiva relación de disposiciones cuya vigencia se vea afectada por la futura norma, lo que resulta en el presente caso de obligado cumplimiento, pues la inserción del Decreto en el ordenamiento podría tener efectos sobre normas hoy vigentes, tales como la Orden de 7 de marzo de 2007, mediante la que se aprueban las bases reguladoras de los programas de subvenciones para el fomento estable y de calidad y del autoempleo.

2. El artículo 23.2 LSRM establece un trámite específico para este tipo de Decretos de concesión directa de subvenciones, consistente en un informe previo de la Consejería de Economía y Hacienda (actualmente, la de Hacienda y Administración Pública), requisito que ha de entenderse cumplimentado, al menos desde un punto de vista formal, con el documento que obra a los folios 28 y siguientes del expediente. Coincide el Consejo con la afirmación del funcionario informante sobre la falta de previsión legal que permita determinar el contenido de dicho informe, el cual, a falta de orientación al respecto, se limita a realizar un informe jurídico consistente en constatar que las previsiones del Proyecto se ajustan a los preceptos de la LGS y de la LSRM. Pues bien, a juicio de este Órgano Consultivo, este control de estricta legalidad puede resultar redundante y, por tanto, carente de sentido, en un procedimiento en el que ya se prevén otros informes jurídicos, como son el de la Vicesecretaría de la Consejería proponente y el de la Dirección de los Servicios Jurídicos —incluso ha llegado a plantearse en los términos que se indican en la Consideración Primera, que

el Consejo Jurídico tuviera que emitir Dictamen preceptivo—. Parece más bien que este informe del Departamento competente en materia interventora y de gestión presupuestaria, debería abordar aspectos relacionados con la legalidad del gasto, la adecuación del Proyecto al plan estratégico de subvenciones y, sobre todo, analizar y valorar los problemas que presenta la gestión presupuestaria del instrumento que se configura en el Proyecto.

En cualquier caso, en este sentido o en el que se considere más idóneo, el Reglamento de desarrollo de la Ley que en su momento apruebe el Consejo de Gobierno, debería concretar el contenido del informe que el Departamento competente en materia de Hacienda ha de formular con carácter previo a la aprobación de los Decretos por los que se establezcan las normas especiales reguladoras de las subvenciones directas previstas en el artículo 22.2,c) LGS.

3. A tenor de lo establecido en el artículo 5 LSRM el Consejo de Gobierno, a fin de planificar la actividad subvencional de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, debe aprobar un Plan estratégico de subvenciones con vigencia cuatrienal. El Plan estará integrado por el conjunto de líneas de subvención que se propone ejecutar en su período de vigencia, entendiéndose como línea de subvención el conjunto de acciones que persiguen un objetivo determinado y para cuya concesión se dotan unos recursos presupuestarios específicos. El primer Plan estratégico de subvenciones debió acompañarse al proyecto de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia correspondiente al año 2007, tal como se indica en la Disposición Transitoria Segunda LSRM.

Debe quedar, pues, constancia documental en el expediente de que la subvención directa que se prevé en el Proyecto que se dictamina, se encuentra incluida en el citado Plan.

## II. Sistemática.

La sistemática seguida por el Proyecto respeta, en términos generales, los criterios de técnica normativa que resultan de aplicación a tenor de lo establecido en las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, aplicables en el ámbito regional en defecto de norma propia. No obstante, cabe efectuar las siguientes observaciones:

1. La referencia a los informes y consultas evacuados en la elaboración del Proyecto, como el de la Consejería de Economía y Hacienda, debe consignarse en párrafo independiente de la fórmula promulgatoria, en la cual únicamente ha de figurar la indicación del presente Dictamen, para expresar si la norma se ajusta al mismo (de acuerdo) o si separa de él (oído), según se señala en las Directrices 13 y 16 de las de técnica normativa.

2. Según la Directriz 31, relativa a la División del artículo en un texto normativo, *los distintos párrafos de un apartado (de un artículo) no se considerarán subdivisiones de éste, por lo que no irán numerados. Cuando deba subdividirse un apartado, se hará en párrafos señalados con letras minúsculas, ordenadas alfabéticamente: a), b), c). Cuando el párrafo o bloque de texto deba, a su vez, subdividirse, circunstancia que ha de ser excepcional, se numerarán las divisiones con ordinales arábigos (1.º, 2.º, 3.º ó 1.ª, 2.ª, 3.ª, según proceda)*. Deben revisarse las divisiones de los artículos 2 y 6 del Proyecto, adecuándolas al contenido de la Directriz que se ha transcrito.

## III. Cuestiones gramaticales.

Se debe proceder a una minuciosa revisión del texto, con el fin de subsanar las deficiencias gramaticales que en él se detectan: falta o uso erróneo de signos de puntuación,

uso incorrecto de mayúsculas, etc. Así, a título de ejemplo, en relación con la expresión “cheque-empleo”, repetidamente utilizada en el Proyecto, se sugiere eliminar el entrecorrido que la acota, pues no existe razón de índole gramatical que aconseje su utilización en este caso.

**TERCERA.- Sobre el contenido del Proyecto.**

**I. Consideraciones de carácter general.**

1. El artículo 22.2 LGS —al que se remite el artículo 23.1 LSRM—, permite en su apartado c), como ya hemos visto, la concesión en forma directa de aquellas subvenciones en que se acrediten razones de interés público, social, económico o humanitario, u otras debidamente justificadas, que dificulten su convocatoria pública. Las normas especiales reguladoras de este procedimiento del artículo 22.2.c), en lo que al ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia se refiere, han de ser aprobadas en cada caso no por Orden como en el procedimiento ordinario (el de concurrencia competitiva), sino por Decreto a propuesta del órgano competente por razón de la materia para conceder subvenciones y previo informe de la Consejería de Hacienda y Administración Pública. Se caracterizan estas normas especiales por no serles de aplicación, dice el artículo 23.3 LSRM, los principios de publicidad y concurrencia, debido a lo cual el texto legal impone unos contenidos mínimos que han de abordarse en dicho Decreto, que son las que ya se enumeraban en la Consideración Primera del presente Dictamen, es decir:

*“a) Definición del objeto de las subvenciones, con indicación del carácter singular de las mismas y las razones que acreditan el interés público, social, económico o humanitario y aquéllas que justifican la dificultad de su convocatoria pública.*

*b) Régimen jurídico aplicable.*

*c) Beneficiarios, cuantía máxima a conceder y, en su caso, límite de concesión de cada ayuda individual.*

*d) Procedimiento de concesión y régimen de justificación de la aplicación dada a las subvenciones por los beneficiarios y, en su caso, entidades colaboradoras”.*

Éste constituye, pues, el marco legal al que ha de respetar y ajustarse el Decreto que se pretende aprobar, en el que debe llevarse a cabo la ordenación de los elementos subjetivos, objetivos y formales de la subvención de acuerdo con las previsiones del citado artículo 23.3 LSRM.

2. Perfilado de este modo el contenido de las normas reguladoras de la subvención directa, puede afirmarse, como se hace en la Consideración Primera, que aún no existiendo una igualdad nominal entre estas normas y las bases reguladoras a las que se refieren los artículos 17 LGS (básico) y 13 LSRM, la identidad material es evidente. Esta equiparación resulta refrendada por el artículo 67.2 del Reglamento General de Subvenciones, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, en el que se establece que *“de acuerdo con el artículo 28.3 de la Ley General de Subvenciones, en la Administración General del Estado y en los organismos públicos de ella dependientes o vinculados, el Consejo de Ministros aprobará por Real Decreto, a propuesta del Ministro competente y previo informe del Ministerio de Economía y Hacienda, las normas especiales reguladoras de las subvenciones (las de carácter directo a las que se refiere la letra c) del artículo 22 LGS). El citado Real Decreto tendrá el carácter de bases reguladoras de las subvenciones que establece,*

*e incluirá los extremos expresados en el apartado 3 del artículo 28 de la Ley General de Subvenciones”.*

Si bien es cierto que esta previsión reglamentaria no tiene carácter básico, la absoluta igualdad existente entre los preceptos legales de ámbito estatal y autonómico que establecen el régimen jurídico aplicable a las bases reguladoras, a la concesión directa de las subvenciones y al procedimiento especial para la regulación de estas últimas, permite extrapolarla, aunque sea a efectos meramente interpretativos, al ámbito autonómico y concluir, por lo tanto, que las normas que se contienen en el Proyecto objeto de Dictamen constituyen las bases reguladoras de la subvención que establece.

3. Sentado lo anterior, lo primero que llama la atención del texto del Proyecto son las numerosas remisiones que en su articulado se hacen a unas posteriores bases reguladoras, circunstancia que cabe analizar desde una doble perspectiva:

1.<sup>a</sup> Conviene recordar aquí que tanto el artículo 8 LGS (básico) como el artículo 4 LSRM proclaman que la publicidad, la concurrencia y la objetividad, además de la transparencia, la igualdad y la no discriminación, constituyen los principios de la gestión de las subvenciones, y que la quiebra que la concesión directa supone en relación con los tres primeros principios es lo que lleva al legislador, tanto a exigir que queden acreditadas las circunstancias excepcionales que permiten soslayarlos, como a establecer un rango normativo superior (Decreto) para regular las normas por las que han de regirse estas subvenciones directas. Esta salvaguarda legal quedaría defraudada si el Decreto no abordara la totalidad de cuestiones a las que se refiere el artículo 23, derivándolas a unas posteriores bases que serían aprobadas por Orden del Consejero competente en la materia (o del Presidente del SEF en este caso).

Analizadas las remisiones que se contienen en el texto del Proyecto a una regulación mediante bases reguladoras, resultan improcedentes las que a continuación se indican y por las razones que se señalan:

a) El artículo 23.3.b) LSRM exige que, entre los contenidos mínimos del Decreto regulador de la concesión directa de subvenciones, figure su régimen jurídico. Esta previsión es desarrollada por el artículo 2 del Proyecto de Decreto, que incluye -sin matización alguna- entre las normas que configuran dicho régimen, a las bases reguladoras de la subvención. Ello puede interpretarse, de algún modo, como un mandato para la elaboración de estas bases, circunstancia que cohonesta mal con el carácter residual y de conexión directa con la LSRM que venimos predicando de las mismas. Se sugiere, por ello, modificar la redacción del inciso final del apartado 1 del artículo 2 en el siguiente o similar sentido: “...*el presente Decreto y las bases reguladoras que, en su caso, pudieran aprobarse*”.

b) El apartado c) del artículo 23.3 LSRM establece que el Decreto contendrá, entre otros extremos, los relativos al “beneficiario”. El mandato legal no puede circunscribirse a señalar, como hace el artículo 3 del Proyecto, quiénes podrán acceder a tal condición; la regulación ha de extenderse al régimen jurídico del beneficiario y, por lo tanto, debe incluir los requisitos adicionales a los legalmente establecidos con carácter general, sin que quepa, pues, derivarlos a una posterior concreción.

c) El procedimiento para la concesión directa de la subvención también se ha de abordar en el Decreto, según se indica en el artículo 23.3.d) LSRM, por lo que las remisiones que se llevan a cabo en el artículo 6 del Proyecto a unas posteriores bases reguladoras resulten improcedentes. Cabe admitir la habilitación que se contiene en relación con el modelo de

solicitud, lugar de presentación de la solicitud y determinación de la unidad administrativa, por constituir aspectos que presentan una naturaleza eminentemente instrumental respecto de la iniciación del procedimiento de concesión de la subvención, cuyo régimen jurídico sí ha de venir establecido en el Proyecto, sin que se vislumbre la posibilidad de que se vea alterado por la regulación que se deja en manos del Consejero que podrá establecerlos mediante Orden, aunque ésta no debe considerarse ni, por tanto, intitularse como “bases reguladoras”.

d) En este mismo apartado d) del artículo 23.3 se afirma que en las normas especiales reguladoras de la subvención directa se contendrá “*el régimen de justificación de la aplicación dada a las subvenciones por los beneficiarios*”, dentro del cual se integran, sin lugar a dudas, la forma y plazo en los que haya de realizarse. De lo anterior cabe concluir que también resultan improcedentes las remisiones que se llevan a cabo en el artículo 9 a la determinación de dichos aspectos en unas posteriores bases reguladoras.

e) El artículo 10 del Proyecto establece que “*la finalidad de la subvención que se regula en el presente Decreto es el estímulo a la creación de empleo estable y de calidad reduciendo la tasa de temporalidad existente en las empresas de la Región de Murcia, mediante el incentivo de la contratación indefinida de personas desempleadas con graves dificultades de inserción laboral. En consecuencia, procederá el reintegro total o parcial de la subvención en los supuestos que se establezcan en las bases reguladoras*”. Existe pues una renuncia total del redactor del Proyecto a incluir en su texto regulación alguna sobre el régimen aplicable al reintegro de las subvenciones directas a las que se refiere.

Entre los contenidos mínimos que han de incorporarse al Decreto no figuran, explícitamente, las causas de reintegro; ello no obsta para que, tras una interpretación sistemática de los preceptos legales aplicables, pueda afirmarse que dicha inclusión resulte, no sólo aconsejable, sino también, de alguna manera, obligada. El artículo 32 LSRM remite, en relación con las causas de reintegro, al artículo 37 LGS que, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Final primera de dicha Ley, tiene carácter básico, resultando de aplicación a todas las Administraciones Públicas, sin perjuicio de que su contenido pueda ser completado por las Comunidades Autónomas. Pues bien, el catálogo de causas de reintegro que se contempla en dicho precepto finaliza con una remisión expresa a “la normativa reguladora de la subvención”. Y si la normativa reguladora de la subvención directa la constituye el Decreto cuyo Proyecto es objeto del presente Dictamen, en su articulado debe efectuarse una remisión a las causas generales de reintegro (artículos 36 y 37 LGS) y una determinación de los supuestos específicos en los que se considere adecuado que el beneficiario de estas subvenciones deba proceder a su reintegro.

2.<sup>a</sup> La segunda cuestión que cabe plantearse se concreta en el hecho de si, establecidas por Decreto las normas reguladoras de la subvención directa, queda eliminada cualquier posibilidad de aprobar unas bases reguladoras de carácter complementario a aquéllas. Ante todo conviene recordar que la posible habilitación que el Consejero tuviese para desplegar una actividad normativa complementaria de las previsiones contenidas en el Decreto, no podría derivar del propio Decreto, ya que como ha afirmado el Consejo en múltiples Dictámenes (por todos, el núm. 65/2005) el régimen jurídico aplicable en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en relación con la posibilidad del ejercicio de potestad reglamentaria por los Consejeros (Ley 6/2004), se limita a la esfera organizativa interna, a las relaciones de sujeción especial y a aquellos supuestos en los que expresamente se les atribuya mediante una norma de rango legal. Pues bien, esta habilitación legal se

encuentra en la LSRM, en concreto en el artículo 13, que al hallarse ubicado en el Título Preliminar, Capítulo II, Disposiciones Comunes a las subvenciones, permitiría al Consejero dictar bases reguladoras de carácter complementario siempre y cuando, claro está, no invadiese los contenidos que el artículo 23.3 reserva a una norma de mayor rango, es decir, al Decreto a aprobar por el Consejo de Gobierno. Igual potestad concede al Presidente del SEF la Disposición adicional quinta LSRM.

## II. Observaciones particulares.

1. El Título de una norma, tal como reza la Directriz 5 de las de técnica normativa a las que antes se hacía referencia, forma parte del texto y permite su identificación, interpretación y cita, lo que exige que su tenor sea acorde con el contenido de la norma a la que da nombre. En este sentido, sería conveniente modificar el del Proyecto, de forma que se identifique con claridad que la subvención directa va dirigida a fomentar la contratación de personas titulares del cheque-empleo.

2. En la parte expositiva se hace mención a las empresas que contraten a personas desempleadas titulares de un cheque empleo, afirmando respecto de ellas que serán las legitimadas para “hacer efectiva” la subvención. La expresión, debido a su ambivalencia, resulta confusa respecto de la verdadera naturaleza de la empresa contratante en relación con la subvención regulada en el Proyecto, ya que dichas empresas, acreditada la contratación y demás requisitos que se establezcan, devienen en beneficiarias de dicha subvención. Se debe, pues, sustituir esta expresión por otra que se adecue mejor a tal condición.

3. El artículo 1, al definir el objeto del Proyecto, contiene afirmaciones de sentido programático más propio de la parte expositiva de la norma. Sería conveniente modificar su redacción utilizando el tiempo verbal presente a fin de obtener un texto de carácter más imperativo.

4. El objeto del Proyecto es el de establecer las normas especiales que han de regular la concesión directa de subvenciones a pequeñas y medianas empresas por la contratación laboral indefinida y a tiempo completo de aquellas personas que, en el momento del inicio de la relación laboral, se encuentren desempleadas e inscritas como demandantes de empleo en el SEF y que, además, sean titulares del cheque-empleo.

Existen diversas cuestiones (la determinación de los colectivos que se considere que precisen del apoyo especial que supone el cheque-empleo para su inserción laboral; requisitos que han de reunir los solicitantes de tal medida; procedimiento para el otorgamiento de dicho título; emisión y vigencia del cheque-empleo; obligaciones de sus beneficiarios, etc.) que han de establecerse en sus propias bases reguladoras, de forma independiente del Decreto que se pretende aprobar. Esta realidad se apunta en el artículo 5 del Proyecto, pero, a juicio de este Consejo, se hace de forma un tanto confusa y quizá en una ubicación poco adecuada. Resultaría más correcto introducir un nuevo apartado en el artículo 1 en el que se contuviese una referencia a dichos colectivos, ya que las especiales circunstancias que en ellos concurren constituyen las razones de interés social y económico que justifican la dificultad de la convocatoria pública para el otorgamiento de subvenciones a las empresas que los contraten. Este mismo precepto debe indicar que la regulación del funcionamiento del cheque-empleo, comprensivo de los aspectos que antes se han señalado, se llevará a cabo mediante las bases que, a tal efecto, se aprueben por el órgano competente.

5. El contenido del segundo apartado del artículo 2, al versar sobre el carácter singular que se deriva de las excepcionales circunstancias que concurren en la actividad objeto de



la subvención y que determinan su concesión directa, debería ubicarse en el artículo 1, en ese nuevo apartado que el Consejo Jurídico ha sugerido incluir.

Por otro lado, el término “imposibilidad” que se utiliza en referencia al establecimiento de la convocatoria en régimen de concurrencia competitiva, no se corresponde con la justificación que se ha esgrimido tanto en la Memoria que acompaña al Proyecto como en la parte expositiva de éste, que se han limitado a señalar la “improcedencia” o “dificultad” de dicha convocatoria. Como la realidad de las cosas que se desprende del expediente parece indicar que aun siendo conveniente la concesión directa, la concesión por concurrencia competitiva es factible, resultaría conveniente sustituir la expresión “imposibilidad” por alguna de las otras dos utilizadas en la Memoria justificativa.

6. En el artículo 4 se establece la cuantía de las subvenciones que podrán percibir las empresas que contraten a desempleados titulares del cheque-empleo, afirmando que aquella podrá oscilar entre 3.000 y 18.000 euros; añadiendo que la fijación de la cuantía se llevará a cabo en las bases reguladoras del programa de fomento de empleo correspondiente.

El análisis del contenido de este precepto suscita las siguientes cuestiones:

1.<sup>a</sup> El precepto adolece de falta de claridad al establecer los límites mínimo y máximo del montante de la subvención, pues no indica si el segundo de estos límites, es decir, el máximo, coincidiría con el mayor importe reconocido a un cheque-empleo, o si, por el contrario, la cantidad de 18.000 euros podría alcanzarse con la suma de varios cheques-empleo de los que fueran titulares dos o más trabajadores contratados por la misma empresa. Aunque el tenor del segundo párrafo del artículo parece reforzar la primera de las interpretaciones, resultaría conveniente que se dilucidara esta circunstancia.

2.<sup>a</sup> Se debe concretar con mayor precisión que las bases a las que se remite el precepto son las correspondientes a los programas reguladores del cheque-empleo.

7. A tenor de lo establecido en el artículo 10 LSRM son órganos competentes para la concesión de subvenciones el Presidente, el Vicepresidente, en su caso, y los demás miembros del Consejo de Gobierno, así como los Presidentes o Directores de los organismos vinculados o dependientes de la Administración General de la Comunidad Autónoma. En relación con el SEF la LSRM sólo reserva a su Presidente la competencia para aprobar, mediante Orden, las bases reguladoras de las subvenciones en materias propias de la competencia de dicho Organismo Autónomo; esta circunstancia unida al hecho de que la LSRM no exige que la resolución del procedimiento subvencional ponga fin a la vía administrativa, permite que la subvención directa cuyo análisis nos ocupa sea concedida por el Director del SEF. Esta opción parece ser la adoptada por el Proyecto en su artículo 6, al afirmar que la resolución que pone fin al procedimiento no agotará la vía administrativa y será recurrible en alzada ante el Presidente del SEF, pero resultaría más correcto que la competencia se atribuyese al Director del Organismo de forma más explícita.

8. En la Disposición final primera se afirma que el procedimiento que se contiene en el Proyecto deberá estar adaptado *“a las disposiciones de la Ley 11/2007, de 22 de julio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, a la mayor brevedad, y en todo caso, antes del 1 de enero de 2010”*.

La Ley 11/2007, en su artículo 6, lleva a cabo un reconocimiento de los derechos que el ciudadano tiene en relación con la utilización de los medios electrónicos en la actividad administrativa; si bien, el alcance de su eficacia temporal y, en consecuencia, el de la co-

relativa obligación de la Administración Pública de poner a su disposición los medios para poder ejercerlos, queda, en virtud de lo que establece su Disposición final tercera, diferida al año 2010 (para todas las Administraciones) y, además, para las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales también queda condicionada a criterios presupuestarios: “*En el ámbito de las Comunidades Autónomas, los derechos reconocidos en el artículo 6 de la presente Ley podrán ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009 siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias*”.

La obligación de adaptar los procedimientos a las previsiones de la Ley 11/2007 -incluido el que se diseña en la disposición que se pretende aprobar- viene ya establecida en la Disposición final antes citada, de carácter básico, aunque supeditada a que lo permitan las disponibilidades presupuestarias. Esta última condición sitúa dicho proceso de adaptación ante una decisión discrecional íntimamente vinculada al establecimiento de una serie de prioridades políticas, sociales y económicas, cuya determinación requerirá de estudios previos, evaluación de medios disponibles, redotación de elementos materiales y personales, etc., que se desenvolverá en un contexto más general del que es capaz de abarcar el Proyecto que se dictamina, de ahí que resulte aconsejable eliminar su Disposición final primera.

9. De conformidad con la Directriz 41 de las de Técnica Normativa, las disposiciones derogatorias contendrán únicamente las cláusulas de derogación del Derecho vigente, debiendo ser precisas y expresas, por lo que deberán indicar tanto las normas o partes de ellas que se derogan, como las que se mantienen en vigor. En consecuencia, la disposición objeto de consideración no debe limitarse a efectuar una derogación genérica, sino que ha de mencionar expresamente las normas concretas o parte de ellas que deroga, con especial atención a la Orden de 7 de marzo de 2007, que como se indicaba en la Consideración Segunda, puede verse parcialmente afectada por el Decreto que se pretende aprobar.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- El procedimiento de elaboración de la norma se ha atendido a las reglas legalmente previstas, sin perjuicio de que, con carácter previo a la elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno para su aprobación como Decreto, se atiendan las observaciones contenidas en la Consideración Segunda, en relación con la necesidad de acreditar de forma adecuada que el Proyecto que se dictamina ha sido sometido a la consideración del Consejo Asesor del Servicio Regional de Empleo y Formación, así como que la subvención directa que en él se prevé se encuentra incluida en el Plan Estratégico de Subvenciones de la Región de Murcia.

**SEGUNDA.**- En términos generales, el Proyecto de Decreto respeta el ordenamiento jurídico; no obstante deben ser tenidas en cuenta las observaciones que se formulan con carácter esencial en relación con la necesidad de que el Decreto que se pretende aprobar aborde la totalidad de cuestiones que se prevén en el artículo 23 LSRM (Consideración Tercera, I, 3. 1.ª).

**TERCERA.**- El resto de observaciones podrían contribuir a la mejora del texto.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 90/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar.****Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)****Fecha: 12/05/08****Extracto de Doctrina**

*Al intervenir un contratista de la Administración, conviene recordar la doctrina del Consejo Jurídico, expresada en numerosos dictámenes (2 y 55 del año 2000, 9 y 20 del 2002, 53 del 2003 y 40, 87 y 163 del año 2005, 177 del año 2006, así como en la Memoria correspondiente al año 2003) sobre el objeto y sentido que han de tener las resoluciones de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los que ha intervenido un contratista de la Administración reclamada (...)*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 18 de diciembre de 2006, x., en representación de su hijo, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, por los daños sufridos por el menor, alumno del Colegio Público de Educación Especial (C.P.E.E.) “Pérez Urruti” de Churra (Murcia), el 30 de octubre de 2006, según describe:

*“Cuando llegó el autobús de mi hijo de regreso a casa, mi hijo llevaba el audífono dentro de la boca y así estuvo hasta que bajó a la calle sin que el personal del autobús se diera cuenta, el aparato se rompió y me asusté mucho de que se asfixiara o atragantara.”*

Solicita la cantidad de 210 euros, acompañando una factura del “Gabinete auditivo GAES” y copia del libro de familia acreditativo del parentesco del reclamante con el menor.

**SEGUNDO.-** Consta en el expediente la siguiente documentación:

1ª) Informe del Director del centro de educación especial sobre el accidente escolar, de 11 de diciembre de 2006, que contiene el siguiente relato de lo sucedido:

*“Según se desprende de los Anexos VI y VII (que se adjuntan) y de las consultas realizadas, durante el recorrido que efectúa la ruta de transporte escolar código (...) de nuestro Centro, a las 16,20 h. aproximadamente el alumno x. se quitó el audífono que utiliza dada su discapacidad psíquica y auditiva, debiendo ser reparado tras resultar roto y cuyo importe fue de 210 euros, sin contar el peligro que supone el poder haber sido tragado por el alumno”.*

2ª) Parte de incidencias del conductor (Anexo VI citado), en el que comunica al Director del centro que el alumno x. se quitó el audífono y lo mordió y, como consecuencia de ello lo rompió, según la madre.

3ª) Parte de comunicación de incidencias del transporte escolar (Anexo VII citado), suscrito por la madre del alumno, que relata lo siguiente:

*“Cuando llegó el autobús escolar donde iba mi hijo, al bajar del autobús vi que llevaba el audífono que utiliza (por sus problemas de audición) en la boca, hasta que no bajó del autobús y recogí al niño, nadie le quitó el audífono de la boca que estaba mordisqueando; el audífono estaba roto y dejó de funcionar y temí que se lo hubiera tragado; la reparación del audífono costó 210 euros, que le dijimos al conductor del autobús, y nos contestó que ni él, ni la empresa de autobuses, ni el colegio pagarían nada. Nuestro mayor temor es que el niño se hubiese ahogado porque por las marcas que llevaban los audífonos llevaba bastante rato mordisqueándolos”.*

**TERCERO.-** Con fecha 12 de enero de 2007, el Secretario General de la Consejería consultante resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, designando instructora del procedimiento.

**CUARTO.-** Con fecha 17 de enero de 2007 (registro de salida), el órgano instructor solicita informe sobre lo sucedido al Director del C.P.E.E. “Pérez Urruti”, concretamente solicita la aclaración de si la acompañante del autobús se percató de lo sucedido y, dada la edad del menor (4 años) y tratarse de un alumno de educación especial, si se le exige una vigilancia más intensa durante estos trayectos.

Dicho informe fue recibido en la Consejería, vía fax, el 26 de enero siguiente (posteriormente por correo, con registro de entrada de 2 de febrero de 2007), señalando lo siguiente:

*“(…) el día 30 de octubre de 2006 a las 16,20 h. aproximadamente, durante el trayecto que realiza la ruta de transporte escolar de la empresa --, S. A, el alumno x., se quitó el audífono que habitualmente utiliza dada su pluridiscapacidad (psíquica y auditiva), introduciéndolo en la boca y mordisqueándolo, por lo que dicha prótesis resultó rota teniendo que ser reparada por un importe de 210 €.*

*Preguntada la acompañante manifiesta que, en ningún caso, se desatendió la vigilancia y que el incidente se debió a una situación aislada, impredecible dadas las características del alumno y que, por otra parte, no se había dado esta circunstancia en ningún otro momento.*

*De igual forma constatar que al ser un alumno de educación especial, al igual que el resto de los ocupantes de la ruta de transporte (14 alumnos de los cuales 4 utilizan sillas de ruedas), se requiere y exige una especial atención dadas las características del alumnado, aunque en ocasiones, esta puede verse mermada, a causa del insuficiente número de acompañantes/responsables de las rutas de transporte escolar de un centro de educación especial (1 por ruta)”.*

**QUINTO.-** Con fecha 29 de enero de 2007 se envía notificación a la empresa de transporte escolar --, S.A., solicitando la aportación del seguro de responsabilidad civil que tiene suscrito para posibles daños sufridos durante la realización del transporte escolar, así como para que se pronuncie sobre su cobertura en el presente supuesto.

El 7 de febrero de 2007 se persona en las dependencias de la Consejería competente x., en su representación, aportando fotocopia de la póliza de seguro de responsabilidad civil, manifestando lo siguiente: *“(…) para hacer constar que su póliza no cubre los daños sufridos por el alumno x. del CEE “Pérez Urruti” de Churra, por lo que no procederán a abonarle los daños sufridos (...)*

*(...) la acompañante del transporte escolar x. actuó diligentemente sin percatarse en ningún momento de los hechos acontecidos, por lo que no consideran que haya culpa o negligencia en su actuación, asimismo el x. alega lo siguiente: que no responde la compañía de seguros, porque son daños causados por el propio viajero”.*

**SEXTO.-** Se han incorporado al expediente el contrato del transporte escolar, así como los Pliego de Prescripciones Técnicas y Cláusulas Administrativas Particulares, que rigen los contratos de transporte escolar de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, obrantes en los folios 31 a 58.

**SÉPTIMO.-** Otorgado trámite de audiencia al reclamante, no consta que presentara alegaciones, tras lo cual se formula propuesta de resolución desestimatoria a la reclamación presentada, al entender que el daño sufrido no ha sido como consecuencia del funcionamiento del servicio público educativo, porque en el momento del accidente se estaba prestando un servicio que la Consejería tiene contratado con una empresa privada de transportes, entendiéndose que no hay nexo causal adecuado, inmediato, exclusivo y directo entre la acción u omisión administrativa y el resultado lesivo producido, como exige la normativa aplicable.

**OCTAVO.-** Con fecha 2 de abril de 2007 se recaba el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, habiendo comparecido en el expediente, a requerimiento de la instructora, la empresa contratista del transporte escolar, negando cualquier responsabilidad en relación con el daño alegado. En todo caso la resolución que finalmente se adopte habrá de serle notificada, en su condición de parte interesada (artículo 1.3 RRP).

II. La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 LPAC, habiendo sido formulada por el padre del menor, que ostenta su representación legal conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación es competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos daños imputados al funciona-

miento del servicio público regional de educación en el que se integra el C.P.E.E “Pérez Urruti” de Murcia, si bien con la particularidad de que el daño alegado se produjo durante el trayecto del autobús escolar, desde el recinto escolar al punto de destino del menor. A este respecto, el artículo 110 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, atribuye a las Administraciones Educativas la promoción de programas para adecuar las condiciones físicas, incluido el transporte escolar, y tecnológicas de los centros, y dotar de los recursos materiales adecuados a las necesidades del alumnado que escolariza, especialmente en el caso de personas con discapacidad, de modo que no se convierta en un factor de discriminación. Por Real Decreto 443/2001, de 27 de abril, se regulan las condiciones de seguridad en el transporte escolar y de menores.

III. De otra parte, al intervenir un contratista de la Administración (--, S.A.), conviene recordar la doctrina del Consejo Jurídico, expresada en numerosos dictámenes (2 y 55 del año 2000, 9 y 20 del 2002, 53 del 2003 y 40, 87 y 163 del año 2005, 177 del año 2006, así como en la Memoria correspondiente al año 2003) sobre el objeto y sentido que han de tener las resoluciones de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los que ha intervenido un contratista de la Administración reclamada, sentando las consideraciones que a continuación se exponen.

El artículo 97 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), aprobado por RD Legislativo 2/2000, de 16 de junio, (anterior 98 de la Ley 13/1995) establece lo siguiente:

*“1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.*

*2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.*

*3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.*

*4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.”*

En el mismo sentido el artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Conforme a lo dispuesto en los números 3 y 4 del citado artículo 97 LCAP, la Administración ha de resolver la reclamación presentada dilucidando dos cuestiones:

a) Si el daño alegado es consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (artículo 106.2 de la Constitución y 139.1 LPAC).

b) En caso afirmativo, a quién corresponde asumir en última instancia la responsabilidad, si a la Administración o al contratista, de acuerdo con los criterios establecidos en los puntos 1 y 2 del artículo de la LCAP anteriormente citado.

De conformidad con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, que estima que la responsabilidad de la Administración es en todo caso directa si los daños son consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (SS, Sala 3ª, de 20 de octubre de 1998, 5 de diciembre de 1997, 11 de febrero de 1997 y 18 de diciembre de 1995), hay que entender que cuando el ordenamiento jurídico establece que la Administración ha de determinar el sujeto responsable de los daños, oído el contratista en el procedimiento, está queriendo decir que, sin perjuicio de la eventual responsabilidad directa de la Administración, en la resolución del procedimiento ha de determinar también si es el contratista el que, en última instancia, debería hacer frente a la indemnización. En caso afirmativo, si el contratista no satisficiera voluntaria y directamente el pago al perjudicado (que sería lo lógico en aras de la economía de trámites) la Administración vendría obligada a satisfacer el importe de la indemnización al perjudicado, sin perjuicio de que después aquélla se dirigiera por la vía de repetición contra el contratista en ejecución de su propia resolución.

Con ello se consigue aunar el carácter directo de la responsabilidad administrativa con la determinación, en el mismo procedimiento de responsabilidad del sujeto que ha de soportar, en definitiva, la indemnización, evitando así una posterior e innecesaria vía de regreso.

También señalamos como una peculiaridad de la responsabilidad de los contratistas de la Administración que, a diferencia de lo que sucede con las autoridades, funcionarios y demás agentes públicos, que responden sólo en caso de dolo, culpa o negligencia graves (artículo 145.2 LPAC), los primeros responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a “todos” los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución.

### **TERCERA.- Sobre el fondo de la cuestión.**

A la vista de los antecedentes expuestos y de la doctrina expresada, resulta claro que el Consejo Jurídico no puede compartir la propuesta de resolución que concluye el procedimiento, ya que se dan todos los elementos que permiten reconocer la responsabilidad patrimonial del servicio público docente:

1) Existe acreditado un daño consistente en la rotura del audífono del alumno, de acuerdo con la factura aportada, que confirma el informe del Director del centro escolar.

2) También está probado que el mismo se produjo en el seno del funcionamiento del servicio público de educación, de acuerdo con el artículo 1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que rigen los contratos de transporte escolar de la Consejería competente en la materia, por estar vinculados al giro o tráfico específico de la misma. En nuestro Dictamen núm. 112/2007, se indicó que aunque el transporte escolar se considere más que “*actividades*” de los alumnos, “*servicios*” que presta la Administración educativa, no oscurece el que se trate de servicios públicos, en un sentido amplio del concepto, correspondiendo a la Administración educativa, cuando se gestione de forma indirecta a través de un contratista, la potestad de policía para asegurar la buena marcha del transporte escolar, como complementario al servicio público educativo.

Tal como establece el artículo 139.1 LPAC “*los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran*

*en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”.*

En el presente supuesto, de acuerdo con la descripción de los hechos, el Consejo Jurídico aprecia *culpa in vigilando*, no tanto porque el menor, con discapacidad psíquica y auditiva, se quitara el audífono, lo que efectivamente no es evitable, pero sí el que lo llevara en la boca, mordisqueándolo, sin que la acompañante advirtiera dicha circunstancia (así se reconoce expresamente por el representante de la contratista cuando afirma que la “cuidadora no se percató en ningún momento de lo sucedido”), pese a que portaba dicho dispositivo habitualmente, siendo la madre del menor, cuando descendió del autobús, quien se dio cuenta de que lo llevaba en la boca, sin que esta última versión haya sido cuestionada ni por el conductor del autobús, ni por la acompañante, ni por la contratista.

Cuando se trata de daños sufridos por alumnos de Centros de Educación Especial, la tradicional obligación de custodia se ha de verificar de forma más exigente, afirmando el Consejo de Estado que las características de esos centros obligan a la Administración a extremar su celo en la custodia de los alumnos (Dictámenes núms. 4060/1996, de 19 de diciembre, y 1077/1996, de 9 de marzo, entre otros). En esta misma línea se manifiesta la doctrina legal de otros órganos consultivos autonómicos y de este Consejo Jurídico (Dictámenes núms. 30/2002, 107/2002, 31/2003 y 65/2003, 15 y 17 de 2005).

Ha de rechazarse el argumento esgrimido por la propuesta de resolución para desestimar la responsabilidad patrimonial, consistente en que la Administración no prestaba el servicio en el momento del accidente, sino la empresa con la que lo tiene contratado, pues la responsabilidad directa de la Administración como titular del servicio público no puede verse excluida por la interposición de un contratista en su gestión, pues podría quebrar de otro modo el carácter garantista que la institución tiene para los particulares. Así lo destacamos, entre otros, en nuestro Dictamen 177/2006:

*“Este carácter directo ha sido destacado en múltiples ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal supremo (por todas, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 octubre 1998) y permite afirmar que la Administración cubre directamente ante los particulares perjudicados la actividad dañosa de sus agentes; es también la línea doctrinal sostenida habitualmente por el Consejo de Estado, el cual afirma en el Dictamen 832/2004, de 13 de mayo, que para el reconocimiento de la responsabilidad “no es obstáculo que la lesión antijurídica fuera causada por un contratista al servicio de la Administración, pues como ya dijo el Consejo de Estado en el dictamen 3.433/2001, aprobado el 10 de octubre de 2001, no empece la pertinencia del reconocimiento de la responsabilidad de la Administración el hecho de que el servicio o actividad se haya prestado a través de contratista interpuesto, ya que el titular de la obra y comitente es siempre la Administración Pública, que en ningún momento deja de ejercer sobre ella sus potestades y de asumir la responsabilidad de los daños que su ejecución pueda causar a terceros” (en igual sentido los Dictámenes 931/1999, de 15 de abril y 903/2000, de 11 de mayo). Ello se debe compaginar con el derecho de la Administración a repetir contra el contratista si su actuación es causa eficiente del daño”.*

3) Se trata de daños que el reclamante no está obligado a soportar (artículo 141.1).

Por último, también aparece justificada la cuantía reclamada (210 euros).

**CUARTA.- Sobre la responsabilidad de la contratista.**



La vigilancia de los alumnos durante el trayecto es asumida por la empresa transportista conforme al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares que rigen los contratos de transporte escolar (folios 37 y ss.), asumiendo la contratación de un acompañante (Anexo al Contrato), que es el encargado del cuidado de los menores durante el transporte, y en las operaciones de acceso y abandono del vehículo (cláusula 3.1, sobre requisitos de seguridad del transporte escolar del Pliego de Prescripciones Técnicas). En todo caso el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (cláusula 18.1.6) establece que la contratista ejecuta el contrato a su riesgo y ventura.

En la misma línea, el Real Decreto 443/2001, ya citado, aplicable a los transportes públicos de uso especial de escolares, exige la presencia, al menos, de un acompañante a bordo del vehículo durante la realización del transporte, encargado del cuidado de los menores durante el trayecto, con exigencias añadidas en el caso de alumnos de centros de educación especial (artículo 8).

Sentada la anterior premisa, se advierte, por tanto, que la cuantía reclamada debe ser abonada por la contratista, siendo irrelevante que se encuentre cubierta o no por el seguro de responsabilidad civil que está obligada a suscribir por los daños que se pudieran causar a terceros, según exigencia del Pliego de Prescripciones Técnicas (cláusula 2.2), pues la argumentación esgrimida por su representante para no asumir el arreglo del audífono “porque son daños causados por el propio viajero”, es irrelevante frente a los requerimientos exigidos al transportista por el artículo 12 del RD 443/2001:

*“Sin perjuicio del cumplimiento de la legislación vigente en materia de seguros obligatorios, las empresas que realicen cualquiera de los transportes incluidos en el artículo 1 deberán tener cubierta de forma ilimitada su responsabilidad civil por los daños que puedan sufrir los ocupantes de los vehículos en que aquellos se realicen”.*

Y, fundamentalmente, porque su actividad de transporte, en el presente caso, se extiende al cuidado de los menores durante el trayecto, habiéndose constatado la producción de un daño durante el tiempo en el que el menor estaba a su cuidado.

En consecuencia, al no deberse los daños reclamados a una orden directa e inmediata de la Administración, procede, además de declarar la responsabilidad de esta última, declarar simultáneamente que es la contratista quien debe soportar las consecuencias económicas de ello y, que si ésta no satisficiera voluntaria y directamente el pago a la perjudicada, la Administración vendría obligada a hacer frente al importe de la indemnización, sin perjuicio de que después se dirigiera por la vía de repetición contra la contratista, en ejecución de su propia resolución y a fin de obtener el reintegro de la cantidad a abonar, puesto que, de conformidad con el artículo 97.1 TRLCAP, corresponde a ésta la obligación de indemnizar los daños, recogida también en el Pliego de Cláusulas Administrativas (18.1.6).

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada ante la Administración, por lo que se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución sometida a Dictamen.

**SEGUNDA.-** Procede, en la misma resolución, declarar que corresponde a la contratista abonar la indemnización solicitada.

**TERCERA.-** En caso de que la contratista no satisficiera voluntaria y directamente el pago a la perjudicada, la Administración vendría obligada a abonar el importe de la indemnización y a dirigirse por la vía de repetición contra la contratista, en ejecución de su propia resolución y a fin de obtener el reintegro de la cantidad, de conformidad con el artículo 97.1 TRLCAP y concordantes.

No obstante, V.E. resolverá.

## **DICTAMEN 91/08.- Modificación de contrato de las obras de la Urbanización del Campo de los Juncos en Cartagena.**

**Consultante: Alcaldesa del Ayuntamiento de Cartagena**

**Fecha: 12/05/08**

### **Extracto de Doctrina**

*La introducción de lo que pueden considerarse como mejoras en la obra, debidas a la mera conveniencia y no por necesidad, es plenamente lícita para la Administración en ejercicio de sus facultades discrecionales de configuración de una determinada obra pública de su competencia, siempre que aquéllas respondan a razones de interés público y sean proporcionadas a los fines pretendidos, lo que no se discute en el caso. Pero de ello no se sigue necesariamente que la correspondiente modificación del proyecto de la obra justifique en Derecho la modificación del contrato y la consiguiente adjudicación de tales obras e instalaciones al contratista de la obra inicial, pues conforme al citado artículo 102 TRLCAP y la doctrina consultiva antes reseñada, para ello es preciso que las obras de modificación, al menos en una parte sustancial de las mismas, obedezcan a auténticas “necesidades”, y, además, que ello no tenga su causa en su imprevisión a la hora de aprobar el proyecto, o en la determinación, explícita o implícita, de excluir improcedentemente del mismo partidas que posteriormente pretenda incluir en el contrato ya adjudicado, invocando a tal efecto unas pretendidas “necesidades” que, incluso en la hipótesis de calificarse como tales, no pueden considerarse como sobrevenidas a la adjudicación, pues este acaecimiento posterior debe referirse a los presupuestos, fácticos o jurídicos, que han de fundar las mismas (...)*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 31 de marzo de 2005, el Ayuntamiento de Cartagena adjudicó a la mercantil --, S.A., el contrato de ejecución de las obras de urbanización del antiguo campo de fútbol de Los Juncos, en Cartagena, por un importe de 1.404.836'04 € y un plazo de ejecución de 12 meses, a partir de la firma del acta favorable de comprobación del replanteo de la obra. El contrato fue formalizado el 15 de abril de 2005.

**SEGUNDO.-** A instancia del facultativo director de las obras y previos los informes oportunos, mediante Decreto de 11 de mayo de 2007, la Concejal Delegada de Hacienda, Contratación y Patrimonio aprobó la modificación nº 1 del contrato de referencia, por un importe adicional de 280.967'12 €, lo que suponía un incremento del 20'00% sobre el precio de adjudicación.

Según el informe de 27 de marzo de 2006 del citado director de las obras, el fundamento de la modificación era que *“Con posterioridad a la adjudicación de las obras han surgido incidencias nuevas debido a la necesidad de generar una mayor masa arbórea desde el comienzo, así como a la necesidad de ajustarse a las disponibilidades de la compañía suministradora de agua y saneamiento para los entronques de las instalaciones, siendo de interés público la dotación de todos los servicios desde el primer momento de la obra”*.

En la memoria de dicha modificación (la nº 1), se expresaba lo siguiente:

*“1) Se introducen las unidades PC 4-12, PC 5-06, PC 5-19 y PC 5-20; con el fin de dar respuesta a las necesidades surgidas para completar los capítulos de Saneamiento y Abastecimiento de Agua.*

*2) La unidad PC 8-10, que se trata de un suelo de caucho de 8 cm. de espesor, que como medida de seguridad se deberá colocar en la zona facilitada para una posterior colocación de juegos infantiles.*

*3) En la unidad PC 8-19 se cambia el revestimiento exterior de los locales por aplacado de fachada con pizarra.*

*4) En la unidad PC 8-20 se proyecta un aplacado de piedra revocla en las casetas de mantenimiento y en los armarios eléctricos.*

*5) La unidad PC 7-47 “Morera con reposición de solado” y la unidad PC 7-48 “Chopo con reposición de solado” se crean como (precios) contradictorios al decidir la Dirección Técnica su colocación en unas zonas pavimentadas, con el consiguiente encarecimiento al deshacer la pavimentación ejecutada.*

*6) La unidad PC 8-03 se crea nueva ante la necesidad de disponer de tierra de huerto con mayor aporte de materia orgánica y apta para la plantación de cualquier especie vegetal.*

*7) Se proyecta la cuneta de gravilla 8.11 para recoger las aguas pluviales según detalle en planos.*

*8) La unidad 12.9, rollizos de 20 cm. de diámetro, surge de la necesidad de delimitar zonas y se utiliza para delimitar las áreas según los planos adjuntos.*

*También existen otras partidas que se han eliminado y que a continuación se relacionan.*

- Se suprimen las 3 unidades de proyectos subacuáticos (6.7), se incluirán en un proyecto específico para fuente.*
- Se elimina la partida (8.3) de tierras procedentes de préstamo para conseguir las cotas de las colinas, y mejorar la composición de la tierra con un aporte más vegetal.*

- *Se elimina la pizarra grisácea regular (8.16) para sustituir estos 30 m<sup>2</sup> proyectados inicialmente por pizarra oxidada.*
- *El cartel informativo proyectado en (9.5) se elimina.*
- *La partida (9.11 y 9.12), balancín muelle trébol y bici para empotrar se sustituyen por más unidades de figuras diversas de muelles.*
- *La señalización táctil en madera (9.16) y la pérgola tipo II (12.12) se suprimen en este modificado.”*

**TERCERO.-** Mediante escrito fechado en septiembre de 2007, el director técnico de la obra solicita al Ayuntamiento la tramitación de una segunda modificación del proyecto. En la memoria de este proyecto de modificación nº 2, con tal fecha, se expresa lo siguiente:

**“ANTECEDENTE:**

*El Excelentísimo Ayuntamiento de Cartagena en su día me encargó la redacción de un proyecto que comprendiera la urbanización del Campo de los Juncos para convertirlo en un parque urbano que revitalizara la zona donde se encuentra ubicado.*

*En el transcurso del tiempo y a lo largo de la ejecución de las obras, dicho espacio ha ido mostrándonos un sinfín de posibilidades, y esto ha dado lugar a incorporación de nuevas unidades de obra, que en su día fueron recogidas en un proyecto modificado presentado en su día y aprobado por el Ayuntamiento. No obstante, faltaban una serie de detalles que se propuso a los entes municipales para terminar de redondear el gran espacio público que podía ser el Parque de Los Juncos, esos detalles agrupados configuran el actual Proyecto Modificado nº 2 que hoy presentamos.*

**MODIFICACIONES INTRODUCIDAS:**

*Las grandes modificaciones introducidas se pueden agrupar en los siguientes grupos:*

**a) TRATAMIENTO POR DESALINZACION POR ÓSMOSIS INVERSA**

*El agua bruta, procedente de pozo, con las condiciones de presión y caudal especificados, sufre un filtración previa mediante filtro automático de carbón activo, donde se retiene la materia en suspensión, cloro y materia orgánica coloidal, hidrocarburos, etc.*

*A continuación, el agua es sometida al paso por el sistema compuesto de una bomba dosificadora de producto antiincrustante “TESACUA PMS-100” para protección de membranas semipermeables.*

*Seguidamente, un conjunto de filtros de 5µ, integrados en el equipo de ósmosis protege las membranas contra partículas de superior tamaño.*

*El bombeo de alta presión, integrado sobre el chasis, introduce el agua pretratada, con las condiciones de presión y caudal requeridos, en el conjunto de recipientes de presión donde se alojan las membranas semipermeables, produciéndose el proceso de ósmosis.*

*El equipo, dotado de medidor de conductividad, en continuo, permite controlar la calidad de agua obtenida, ajustándose a las necesidades o gustos de la propiedad por medio de un by-pass de mezcla que permite elegir la calidad del agua obtenida.*

**b) ILUMINACIÓN**

*Se cambian las luminarias del parque para pasar de luz amarilla a luz blanca.*

c) **JARDINERÍA**

*Se introducen unas zonas de moreras sombrilla y otras de chopos lombardos.*

d) **PAVIMENTACIONES**

*Se reajustan los movimientos de tierra dando más importancia a la tierra vegetal para que suponga un mejor soporte de las plantaciones y arbolado.*

*Se incrementa la superficie del suelo de caucho para dar más seguridad a la zona de juegos infantiles.*

*Se aplaca de piedra revocla parte de las pequeñas edificaciones del parque.*

*Se eliminan las traviesas de ferrocarril consideradas en el proyecto, cambiándolas por tablones de madera con tratamiento cuperizado para exteriores, dada la prohibición por normativa de los tratamientos creosotados.*

*Se introduce un paseo romántico bajo pérgolas con pavimento de pizarra.*

e) **MOBILIARIO**

*Se introduce un gran juego infantil consistente en un castillo multifunción sobre la zona ampliada de pavimento de aglomerado de caucho.*

f) **LOCALES DE OCIO**

*Dadas las características climáticas de la zona y las superficies acristaladas que presentan los dos locales de ocio, hemos considerado imprescindible la climatización y ventilación de dichos locales, facilitando su uso en las épocas de verano-invierno, en una palabra adaptando dichos locales a las necesidades de los usuarios.*

g) **VALLADO PERIMETRAL**

*Hemos realizado varias pruebas en el vallado perimetral y al final proyectamos una que conserve cierto aspecto rústico a través del encintado de la mampostería, ciertas posibilidades de ser usado como asiento a través de un revestimiento de piedra revocla y que a la vez nos impida el utilizarla como lugar para tenderse sobre la misma por la incomodidad que representaría, esto es lo que se ha buscado, intentando por otro lado que el cerramiento no suponga una barrera visual y sí una delimitación o barrera física con el contorno.*

h) **SEGURIDAD Y SALUD**

*Se ha completado todas estas unidades con las correspondientes medidas de seguridad y salud para la correcta ejecución de la mismas.”*

**CUARTO.-** El 23 de noviembre de 2007, y previo informe de supervisión del proyecto, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento aprobó el proyecto modificado nº 2 de referencia, por un importe adicional de 556.252'41 €, que constituye un 32'9% de incremento sobre el importe del contrato vigente (incluida la modificación nº 1 ya aprobada). En la documentación aneja a la citada memoria, el contratista da la conformidad al referido proyecto modificado y a su correspondiente cuadro de precios, ascendiendo el nuevo precio total a 2.242.055'56 €.

**QUINTO.-** El 10 de diciembre de 2007, el Concejal Delegado del Área de Hacienda, Personal, Régimen General y Contratación formula una “*propuesta de modificación nº 2 del contrato de urbanización del campo de Los Juncos, en Cartagena, para informe de*

*la Asesoría Jurídica y de la Intervención Municipal*” (f. 61 y 62 exp.), en la que propone la modificación del contrato en los mismos términos que resultan de la aprobación de la modificación nº 2 del reseñado proyecto de obras, añadiendo el extremo de que la fianza complementaria a prestar por el contratista adjudicatario del contrato originario habrá de ser de 11.125'04 €.

**SEXO.-** El 17 de diciembre de 2007, el Letrado Director de la Asesoría Jurídica municipal emite informe en el que señala, en síntesis, que la mutabilidad es un verdadero principio rector de nuestra contratación administrativa, que faculta a la Administración para introducir modificaciones en el objeto del contrato que aseguren una mejor realización de aquél o una mejor adaptación de sus fines, y que, en el caso, la modificación pretendida, derivada de causas imprevistas en la ejecución del contrato, está justificada en razones de interés público, como es la necesidad de dotar a la obra de todos los servicios, desde el primer momento.

El 18 de diciembre de 2007, el Interventor General municipal emite informe de fiscalización previa de conformidad sobre los aspectos económico-presupuestarios de la pretendida modificación, en cuanto que existe consignación adecuada y suficiente para financiar el importe de la misma, debiendo someterse el expediente, por su cuantía, al informe preceptivo del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma al que se refiere el artículo 59 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP).

**SÉPTIMO.-** Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 22 de febrero de 2008, la Excm. Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Cartagena solicitó la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando diversa documentación del expediente tramitado.

**OCTAVO.-** Mediante Acuerdo nº 7/2008, de 17 de marzo, este Consejo Jurídico requirió al citado Ayuntamiento para que completase el expediente remitiendo los acuerdos plenarios de delegación de competencias en los concejales, una propuesta de resolución del procedimiento formulada por el órgano instructor competente (pues la del Concejal Delegado reseñada anteriormente no era la adecuada, por ser éste el órgano competente para resolver el procedimiento), las memorias justificativas y descriptivas y los presupuestos (cuadros de precios incluidos) correspondientes al proyecto adjudicado y a las modificaciones de referencia.

**NOVENO.-** Mediante oficio registrado el 11 de abril de 2008, la citada Alcaldesa remite la documentación interesada, salvo la relativa a la propuesta de resolución formulada por el órgano instructor competente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de modificación de un contrato administrativo por un importe superior al veinte por ciento del precio inicial, siendo éste superior a 601.012'10 euros (cien millones de pesetas), concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.8 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, de creación del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

## **SEGUNDA.- Procedimiento.**

El procedimiento tramitado para la modificación contractual que se pretende aprobar ha seguido, en lo sustancial, lo dispuesto en los artículos 146 y concordantes del TRLCAP y 162.2 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

No obstante, con carácter previo a una hipotética aprobación de la modificación contractual, debería recabarse previamente una nueva fiscalización del gasto por parte del Interventor, en cuanto debe entenderse que la realizada en su día se refirió al ejercicio presupuestario de 2007 (vid. su informe de 18 de diciembre de 2007).

Asimismo, debe destacarse que no se ha formulado una propuesta de resolución por el órgano que, conforme a la organización municipal interna, deba ser el competente a tal efecto cuando el Concejal Delegado citado en el Antecedente Quinto sea el órgano competente para resolver estos procedimientos, como es el caso que nos ocupa, a virtud del acuerdo plenario de 16 de julio de 2007 obrante en los folios 7 a 12 del expediente.

Sin perjuicio de lo anterior, la propuesta del Concejal Delegado reseñada en dicho Antecedente (que no puede ser calificada como la misma resolución del expediente, por no ser ésta la voluntad de dicho órgano, visto su tenor), sirve aquí, de modo excepcional, como acto administrativo definidor de la pretensión municipal que se somete a Dictamen de este Consejo Jurídico, el cual se emite en aras de la celeridad que requiere el presente caso, y sin perjuicio, claro está, de la resolución definitiva que sobre el asunto deba adoptar posteriormente el citado Concejal Delegado.

## **TERCERA.- La modificación del contrato.**

I. La norma en vigor es el TRLCAP, dada la previsión de la Ley de Contratos del Sector Público, Disposición transitoria primera, y la fecha de adjudicación del contrato y de la iniciación del procedimiento para tramitar la modificación.

El artículo 101.1 TRLCAP establece que el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en los contratos administrativos por razones de interés público, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente.

Como señala el Dictamen del Consejo de Estado nº 168/07, de 1 de marzo de 2007, sobre el alcance de estos conceptos, *“el interés público debe conjugarse en los contratos administrativos con el principio establecido en el Código Civil de acuerdo con el cual “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse al tenor de los mismos” (artículo 1091). Para lograrlo se atribuye a la administración la prerrogativa exorbitante de modificación unilateral de los contratos (ius variandi, establecida en el artículo 59 LCAP). En el dictamen número 42.179, de 17 de mayo de 1979, se aclaró que “esta naturaleza singular y privilegiada del ius variandi exige que se produzca necesariamente dentro de los límites que establece la Ley”.*

*Uno de estos límites resulta de la exigencia de que la modificación contractual esté “respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado” (Dictamen número 42.179, de 17 de mayo de 1979; véanse también los dictámenes números 48.473, de 16 de enero de 1986, y 55.586, de 10 de enero de 1991), y que además “tal razón aparezca debidamente justificada en el expediente” (Dictamen número 3062/98, de 10 de septiembre de 1998). La concurrencia de este interés público debe quedar justificada en el*

*expediente, como resulta del artículo 102 LCAP de 1995 (artículo 101.1 in fine LCAP) y del derogado artículo 149 del Reglamento General de Contratación aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (actualmente, artículo 102 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre).*

*Un segundo límite resulta en este caso de la necesidad de que concurran necesidades nuevas o causas imprevistas (artículo 102 LCAP de 1995, que se corresponde con el vigente artículo 101 LCAP). A este respecto ha declarado el Consejo de Estado que “el derecho de modificación con que cuenta la Administración contratante o concesionaria, de conformidad con los artículos 18 y 74 de la Ley de Contratos del Estado, no es una atribución legal indiscriminada que le permita a su libre criterio la novación del contenido de los pliegos que sirvieron de base a la licitación, sino una facultad reglada que solo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público” (Dictamen número 41.914, de 24 de mayo de 1979). No cabe excluir la posibilidad de que “el interés general preconizara en alguna ocasión modificaciones de contrato que vinieran en beneficio del contratista, y no en su perjuicio”, mas “es lo cierto que, en todo caso, el ejercicio del ius variandi por la Administración requiere una singular motivación de hecho (“necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas”, reza el art. 149 del Reglamento de Contratación) que, de no existir, impide la alteración del contrato, o de sus pliegos definidores, recogidos, como queda dicho, por el principio ne varietur” (dictamen número 41.914, de 24 de mayo de 1979).*

*La concurrencia de necesidades nuevas o causas imprevistas debe estar igualmente justificada en el expediente (artículo 102 LCAP de 1995 y restantes preceptos anteriormente citados).*

*El fundamento de este segundo límite debe hallarse en la necesidad de no desvirtuar las garantías de concurrencia que presiden la licitación y, en su caso, en “la naturaleza de los recursos económicos administrativos”, de carácter público (Dictamen del Consejo de Estado número 45.238, de 12 de mayo de 1983). Por lo que respecta al primero de estos fundamentos, en el Dictamen el Consejo de Estado número 45.942, de 15 de diciembre de 1983, se puso de manifiesto que el carácter imperativo de las normas sobre modificación de los contratos administrativos tiene “la finalidad de evitar que, a través de sucesivas modificaciones contractuales, se rompa el principio de pública licitación fundamental en la materia”.*

*Asimismo, en el Dictamen nº 79/93, de 1 de abril, el citado Órgano Consultivo señaló que “cuando el artículo 149 del Reglamento General de Contratación exige que las modificaciones se fundamenten en causas técnica imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto, debe interpretarse en el sentido de que concurran razones técnicas imprevisibles (razonablemente) en el proyecto originario, y no simplemente defectuosas o meras imprevisiones en dicho proyecto”.*

*Ello no obsta para que existan casos en que “aunque existen partidas que pudieran haber sido previstas, éstas no pueden separarse de las imprevisibles sin afectarse a la indivisibilidad del objeto del contrato, por lo que puede afirmarse que sí concurren causas que permiten fundar la modificación”.* (Dictamen 348/07, de 26 de junio de 2007, del Consejo Consultivo de Andalucía).



Por su parte, en su informe 71/99, de 11 de abril de 2000, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa expresa que *“la necesidad de que por el órgano de contratación se fije el auténtico contenido del contrato es una condición básica que impida la profusión de modificaciones de los contratos, que lejos de responder a la situación excepcional determinada por el artículo 102 de la Ley, que señala que sólo podrán introducirse modificaciones por razón de interés público en los elementos que integran el contrato, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, se convierten en algo no sólo habitual en la práctica, sino considerado como un recurso para la solución de problemas imputables a la falta de programación y estudio previo de los contratos, aplicable con carácter general en el proceso de la adjudicación y ejecución de los contratos, con especial incidencia en los contratos de obras, entendiéndose como tal práctica (la de) que, en gran parte de los contratos, surgen necesidades nuevas o imprevistas, lo que indica que el órgano de contratación no determinó al inicio las auténticas necesidades ni realizó un específico control del contenido del proyecto definidor de la obra a ejecutar, lo que no significa que, en determinadas ocasiones, se produzcan tales incidencias que justifican la aplicación de las modificaciones de los contratos. Por tal razón, es evidente que, frente a la falta de previsión de las necesidades nuevas, deben imponerse criterios interpretativos restrictivos que impidan el abuso de las modificaciones de los contratos”*.

II. Aplicadas las precedentes consideraciones al caso que nos ocupa, se advierte que ninguna de las determinaciones en que consiste la modificación objeto de Dictamen puede calificarse de imprevisible en el momento de la adjudicación del contrato, y menos aún en el momento de la aprobación de la primera de las modificaciones. Ello es especialmente evidente en el caso del equipamiento de los locales de ocio, cuya necesidad inicial ya era clara, de modo que su omisión en el proyecto inicial sólo puede deberse a un patente error o a la intención de incluirlo en un posterior modificado; lo mismo ha de decirse de la modificación fundada en la imposibilidad de utilizar un determinado material (la creosota) para la pavimentación de parte del parque, circunstancia que dimana, según la solicitud de autorización del primer modificado formulada el 2 de abril de 2007 por el director de las obras, de la prohibición contenida en la Orden PRE/2666/2002, de 25 de octubre de 2002, fecha muy anterior a la redacción del citado proyecto.

En realidad, la memoria elaborada para describir y justificar la modificación que nos ocupa es suficientemente expresiva de que responde esencialmente, más que a necesidades nuevas o a causas imprevisibles en el momento de la adjudicación, a un deseo de mejorar la calidad y las prestaciones del parque en cuestión, pero, o bien no son modificaciones estrictamente necesarias para que la obra proyectada cumpla la finalidad que le es propia, o bien se deben a una imprevisión injustificada o a errores de proyecto (lo relativo al equipamiento de los locales de ocio y a la sustitución de un material de uso prohibido en espacios públicos, respectivamente, antes reseñado).

La introducción de lo que pueden considerarse como mejoras en la obra, debidas a la mera conveniencia y no por necesidad, es plenamente lícita para la Administración en ejercicio de sus facultades discrecionales de configuración de una determinada obra pública de su competencia, siempre que aquéllas respondan a razones de interés público y sean proporcionadas a los fines pretendidos, lo que no se discute en el caso. Pero de ello no se sigue necesariamente que la correspondiente modificación del proyecto de la obra justifique en Derecho la modificación del contrato y la consiguiente adjudicación de tales obras e instalaciones al contratista de la obra inicial, pues conforme al citado artículo 102 TRLCAP y la doctrina consultiva antes reseñada, para ello es preciso que las obras de modificación,

al menos en una parte sustancial de las mismas, obedezcan a auténticas “necesidades”, y, además, que ello no tenga su causa en su imprevisión a la hora de aprobar el proyecto, o en la determinación, explícita o implícita, de excluir improcedentemente del mismo partidas que posteriormente pretenda incluir en el contrato ya adjudicado, invocando a tal efecto unas pretendidas “necesidades” que, incluso en la hipótesis de calificarse como tales, no pueden considerarse como sobrevenidas a la adjudicación, pues este acaecimiento posterior debe referirse a los presupuestos, fácticos o jurídicos, que han de fundar las mismas, lo que, como se dice, no se da en el caso que nos ocupa.

Por otra parte, es determinante en este punto advertir, según se infiere de la memoria de la modificación, a la vista de las partidas que se desglosan en la misma y el cuadro de precios anejo, que la gran mayoría de las modificaciones ahora pretendidas consisten en una adición de obras y equipamientos para el parque, que se sumarían a las ya ejecutadas e instaladas a virtud del proyecto que conforma el contrato vigente (salvo, esencialmente, las relativas a la iluminación y el vallado perimetral, que implican sustituciones sobre las unidades previstas), dando ello como resultado que la obra que restaría por ejecutar conforme con el contrato en vigor sea de escasa magnitud técnica y económica en comparación con la gran relevancia que, en cambio, tendrían en estos aspectos las nuevas unidades de obra que se pretenden introducir, y que conforman, sin ninguna duda, el grueso del importe del gasto adicional que tal modificación implicaría. De ello resulta, además, que la supresión de las unidades de obra aun no ejecutadas del contrato vigente que fuera necesario acordar por devenir inútil su ejecución a la vista del proyecto modificado, no daría lugar a indemnización al contratista, ex artículo 146.1 TRLCAP. (En la hipótesis contraria, no obstante, la indemnización sería de escasa magnitud, al calcularse sobre el importe de dichas unidades (arts. 149, e) y 151.4 TRLCAP).

Asimismo, tampoco se justifica en el expediente que las obras e instalaciones nuevas deban ser necesariamente ejecutadas por el contratista adjudicatario por representar lo contrario un grave inconveniente técnico, lo que resulta lógico dadas las características de la obra en cuestión. Ello no obsta para que algunas determinaciones muy puntuales de la modificación propuesta, como las relativas a la jardinería y varias de la pavimentación, pudieran ser aprobadas y adjudicadas al contratista por razones de imprescindible coherencia y homogeneidad técnica con lo ya ejecutado, pero esta posibilidad ha de ser entendida en términos muy restrictivos, conforme con el criterio expresado por la Junta Consultiva de Contratación antes citado, so pena de defraudar el recto alcance legal que tiene la potestad de modificación de los contratos administrativos.

A todo ello debe unirse que en la memoria de la modificación no se justifica, con el oportuno desglose de conceptos y precios, que el cálculo de los precios de las nuevas unidades de obra incluidas en la propuesta de modificación se ha efectuado conforme con los criterios establecidos en el artículo 158.1 del vigente Reglamento de la LCAP, es decir, que se han elaborado tomando como referencia, en todo caso, los costes de tales unidades que correspondiesen en la fecha de la adjudicación del contrato.

Por todo lo expuesto, la conclusión ha de ser desfavorable a la aprobación de la modificación objeto de Dictamen, globalmente considerada, sin perjuicio de las modificaciones puntuales a las que nos hemos referido anteriormente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se informa desfavorablemente la propuesta de modificación n° 2 del contrato de referencia objeto del presente Dictamen, por las razones expresadas en su Consideración Tercera, sin perjuicio de lo señalado en la misma sobre las modificaciones puntuales cuya adjudicación al contratista se justifique por razones de estricta e imprescindible coherencia técnica con las obras ya ejecutadas del contrato vigente, debiendo el resto de las modificaciones pretendidas ser objeto de un contrato independiente.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 92/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 12/05/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 32/2008.*

**DICTAMEN 93/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 14/05/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*NOTA: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 9/2008.*

**DICTAMEN 94/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, por daños y perjuicios sufridos por accidente de circulación ocurrido en la carretera MU-602 (Cartagena-Alhama de Murcia).**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 14/05/08**

**Extracto de Doctrina**

*El deber de vigilancia no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, entre lo que no se encuentra una vigilancia tan intensa que sin mediar lapso de tiempo no instantáneo o inmediato, cuide de que le tráfico de la calzada sea libre o expedito.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de julio de 2005, x. y sus hermanos presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Dirección General de Carreteras por los siguientes hechos, según describen:

*“Que sobre las 22,30 horas del día 1 de agosto de 2004, a la altura del punto kilométrico 5.800 de la carretera MU-602 (Cartagena-Alhama de Murcia), término municipal y partido judicial de Cartagena, sufrió nuestro padre un accidente mortal al chocar su ciclomotor con un obstáculo que había en la calzada, con el vuelvo y posterior choque contra la bionda, resultando nuestro padre como hemos manifestado muerto en el acto.*

*Que dicho accidente se produjo al existir un obstáculo en la calzada, concretamente, tal y como consta en el atestado instruido por la Guardia Civil de Cartagena, un calzo de madera de los que utilizan los camiones de grandes dimensiones para calzar las ruedas al efecto de que el camión no se desplace”.*

Solicitan, según la propuesta de resolución, la cantidad de 15.527,82 euros por cada uno de los cuatro hijos mayores de edad, y 139.750,41 euros por la hija menor de edad, con arreglo al baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico.

**SEGUNDO.-** La instructora solicitó el testimonio íntegro de las Diligencias 2863/2004, que se han seguido en el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Cartagena con motivo del accidente de circulación, a raíz del Atestado instruido por la Guardia Civil de Tráfico (628/04).

**TERCERO.-** La Dirección General de Carreteras emite informe el 3 de octubre de 2005, señalando, entre otros aspectos, que no existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras, puesto que la responsabilidad se debería atribuir al vehículo que arrojó el calzo a la carretera, si ésta fuera la causa del accidente.

**CUARTO.-** Con fecha 7 de julio de 2006 tiene entrada en el Registro de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes el testimonio íntegro de las Diligencias Previas 2682/2004, en las que figura, entre otros:

— El Atestado 628/04 de la Guardia Civil de Tráfico, Destacamento de Cartagena.

- Informe técnico complementario de la Guardia Civil al citado Atestado, de 16 de agosto de 2004, que recoge como causas inmediatas del accidente (folio 166):
  1. Obstáculo en la calzada: Dicho calzo es de los que utilizan los camiones de grandes dimensiones para calzar las ruedas al efecto de que el camión no se desplace durante la carga y descarga, ignorando a qué vehículo pueda pertenecer.
  2. Velocidad excesiva: Se estima que el conductor de la motocicleta, momentos antes del accidente, pudiera circular a una velocidad superior a la específica de la vía, establecida en 90 Km./h.
- Informe fotográfico de la Guardia Civil de Tráfico sobre la panorámica de la vía donde ocurrieron los hechos y de los daños que presentaba la motocicleta (folios 156 y ss.).
- Informe médico forense, de 9 de agosto de 2004, y de toxicología de 23 septiembre siguiente.
- Auto del Juzgado de Instrucción núm. 4, de 19 de octubre de 2004, acordando el sobreseimiento provisional y el archivo de la causa.

**QUINTO.-** Otorgado trámite de audiencia, los interesados presentan escrito de alegaciones el 13 de marzo de 2007, en el que manifiestan que resulta clara la responsabilidad exigida debido al funcionamiento anormal de los servicios públicos, ya que el accidente mortal de su padre fue debido a la existencia de un obstáculo en la calzada, concretamente un calzo de madera en el carril por el que circulaba, lo que motivó que perdiera el control del vehículo que conducía, volcando sobre la vía con resultado de muerte.

**SEXTO.-** La propuesta de resolución, de 3 de diciembre de 2007, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al considerar que no se ha acreditado la existencia de relación de causalidad entre el resultado dañoso y el funcionamiento del servicio público, en el entendimiento de que la intervención de un tercero (la existencia de un el calzo de madera en la vía, procedente de un vehículo de grandes dimensiones), o del propio conductor (circulaba a una velocidad superior a la permitida) rompe la relación de causalidad.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 12 de diciembre de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, según preceptúa el artícu-

lo 12.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

**SEGUNDA.- Sobre la necesidad de completar la instrucción.**

La propuesta de resolución, tras referirse a las dos causas inmediatas del accidente recogidas por el Atestado de la Guardia Civil (existencia de unos calzos de madera en la carretera procedentes de un vehículo de grandes dimensiones y exceso de velocidad de la motocicleta), sostiene la inexistencia de nexo causal, por entender que el daño alegado sobre la calzada, concretamente, cuando dicho peligro se produce por la presencia de obstáculos en la carretera. Para ello habrá de determinarse (Dictamen núm. 77/2006 del Consejo Jurídico) si ha concurrido:

Sin embargo, como se indicó en nuestro Dictamen núm. 150/2006, no queda excluido que se establezca la imputación de la responsabilidad patrimonial de la Administración en los supuestos de daños producidos con ocasión de accidentes de tráfico en los que la situación de peligro en la circulación se origina a causa de la acción directa de un tercero sobre la calzada, concretamente, cuando dicho peligro se produce por la presencia de obstáculos en la carretera. Para ello habrá de determinarse (Dictamen núm. 77/2006 del Consejo Jurídico) si ha concurrido:

a) Una inactividad por omisión de la Administración titular de la explotación del servicio en el cumplimiento de los deberes de conservación y mantenimiento de los elementos de las carreteras a fin de mantenerlas útiles y libres de obstáculos en garantía de la seguridad del tráfico, tal como prescriben los artículos 15 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras, y 20 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia.

b) Una ineficiencia administrativa en la restauración de las condiciones de seguridad alteradas mediante la eliminación de la fuente de riesgo o, en su caso, mediante la instalación y conservación en la carretera de las adecuadas señales viales circunstanciales de advertencia del peligro (artículo 57, Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial).

En relación con este último título de imputación, cabría plantearse en el presente supuesto cuánto tiempo permanecieron los dos calzos de madera procedentes de un camión de grandes dimensiones en la calzada o en la zona contigua de dominio público, que pudiera denotar una insuficiencia administrativa en la restauración de las condiciones de seguridad. Para alcanzar una conclusión en este caso, además de las obligaciones impuestas por la legislación citada, ha de valorarse el rendimiento exigible en función del principio de eficacia que impone la Constitución Española a la actuación administrativa. También ha de tenerse en cuenta que el deber de vigilancia no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, entre lo que no se encuentra una vigilancia tan intensa que sin mediar lapso de tiempo no instantáneo o inmediato, cuide de que el tráfico de la calzada sea libre o expedito.

En el presente supuesto, los reclamantes, al imputar los daños a la existencia de un obstáculo en la carretera, están cuestionando el rendimiento del citado servicio, pesando sobre ellos la carga de la prueba (artículo 217 LEC), si bien esta regla puede alterarse, según los casos, en aplicación del principio de buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad probatoria para una de las partes. Así, al centro directivo competente de la Administración le es fácil demostrar con qué medios materiales y personales dispone para la conservación y vigilancia de la vía (retirada de obstáculos), a través de los correspondientes partes de salidas, si se dispusieran pese al tiempo transcurrido o, en todo caso, puede

facilitar la información sobre la periodicidad de las visitas de los servicios encargados en el tramo donde se produjo el accidente, previo al mismo.

En consecuencia, el Consejo Jurídico considera que para poder determinar la exclusión en parte o totalmente de la imputación de la responsabilidad de la Administración regional, como consecuencia de la existencia de los citados obstáculos en la calzada, ha de ser completada la instrucción en el sentido indicado. Tras recabar el órgano instructor el correspondiente informe al centro directivo, y otorgar un trámite de audiencia a los interesados si se aportaran nuevos datos, habrá de elevarse al Consejo Jurídico la nueva propuesta de resolución, que habrá de pronunciarse también sobre la cuantía indemnizatoria reclamada, al objeto de proceder a dictaminar el fondo de la cuestión planteada.

Por último, en el expediente que se remita habrá de figurar copia de la reclamación íntegra de los interesados, pues sólo constan los antecedentes de hecho del escrito inicial.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Procede completar la instrucción, en los términos indicados en la Consideración Segunda, y elevar la propuesta de resolución para que se dictamine por el Consejo Jurídico la cuestión de fondo planteada. Además, debe completarse el expediente en el sentido indicado.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 95/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 14/05/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 43/2008.*

**DICTAMEN 96/08.- Proyecto de decreto por el que se concreta la distribución de competencias en materia de establecimientos relacionados con los medicamentos veterinarios y piensos medicamentosos en la Región de Murcia.**

**Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)**

**Fecha: 19/05/08**

**Extracto de Doctrina**

*De la lectura del artículo 1 del Proyecto de Decreto sobre su objeto (la distribución de competencias en materia de establecimientos relacionados con los medicamentos veterinarios y piensos medicamentosos atribuidas a la Administración regional), podría inferirse que se trata de una disposición puramente organizativa; sin embargo, como destaca el informe del órgano preinformante, tiene un mayor alcance, en tanto regula también el Registro Oficial de Establecimientos relacionados con el Medicamento Veterinario (artículo 4), la potestad sancionadora (artículo 6) y la colaboración y coordinación entre las Consejerías afectadas (artículo 7); de ahí que se coincida en su caracterización como reglamento ejecutivo, que se diferenciaría de los decretos de estructura de las Consejerías (reglamentos independientes), pues regula el ejercicio de una actividad de intervención administrativa limitativa de derechos, y que puede dar lugar a imposición de sanciones, siendo susceptible de producir efectos ad extra. Por ello, conforme a nuestra doctrina (entre otros, Dictámenes núms. 28/99 y 166/2007 del Consejo Jurídico), su naturaleza es de reglamento ejecutivo, que desarrolla y ejecuta las normas legales citadas.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha indeterminada se elaboró conjuntamente por las Consejerías de Sanidad (Direcciones Generales de Salud Pública y de Planificación, Financiación Sanitaria y Política Farmacéutica) y de Agricultura y Agua (Dirección General de Ganadería y Pesca), un primer borrador del Proyecto de Decreto, por el que se concreta la distribución de competencias en materia de establecimientos relacionados con los medicamentos veterinarios y piensos medicamentosos en la Región de Murcia, al objeto de establecer las bases para una adecuada coordinación entre los departamentos citados.

**SEGUNDO.-** El Director General de Ganadería y Pesca, mediante escritos de 12 de enero de 2006, recabó el parecer de los organismos y colegios profesionales afectados: Colegios Oficiales de Veterinarios y Farmacéuticos y las Asociaciones de Veterinarios Especialistas en Pequeños Animales y para la Salud Animal (ASEMAZ-ASA); Federación de Sociedades Agrarias Cooperativas de Murcia (FESACOMUR); Asociación Murciana de Distribuidores de Productos Veterinarios; Asociación Empresarial Española de la Industria de Sanidad y Nutrición Animal (Veterindustria); Organizaciones Profesionales Agrarias COAG-IR, ADEA-ASAJA y ADS-UPA; Asociaciones de Defensa Sanitaria Ganadera (ADS); Agrupación de Ganaderos de Vacuno de la Región de Murcia; las Asociaciones Regionales de Empresas del Porcino (FADESPORM) y de Fabricantes de Piensos Compuestos del Sureste (APICOSE); la Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos-Iniciativa Rural de Murcia (AREPOR); y la Federación de Cooperativas Agrarias de Murcia (FECOAM).



Asimismo consta que se ha otorgado un trámite de audiencia a la Dirección General de Calidad Ambiental, perteneciente a la Consejería competente en materia de medio ambiente.

**TERCERO.-** Por parte de Colegios Profesionales se presentaron las siguientes alegaciones:

a) El Presidente del Colegio Oficial de Veterinarios de Murcia (folio 126), en su escrito de 6 de febrero de 2006, señala que la corporación que representa es la única capaz de garantizar que los firmantes de la receta sean veterinarios colegiados y el control deontológico, así como el seguimiento de la edición y distribución de aquélla, cuya base de datos está a disposición de la Administración para evitar su manipulación y falsificación.

b) El Secretario del Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia, mediante escrito de 13 de febrero de 2006 (folio 128), acompaña unas observaciones al borrador que se centran, esencialmente, en la atribución de competencias a la Consejería de Agricultura y Agua, entendiéndose que el medicamento, tanto para uso humano como para uso veterinario, debería corresponder a la Consejería competente en materia de sanidad. En consecuencia, se opone a la redacción de los artículos 3, 4 y 5 del borrador, manifestando la inconveniencia de que la receta veterinaria, la prescripción de medicamentos y los libros-registros de tratamiento puedan ser regulados por la Consejería competente en materia de agricultura. También lo hace extensible a la autorización, inscripción e inspección de los centros de fabricación de autovacunas, agrupaciones y entidades ganaderas, y otros centros de venta minorista.

**CUARTO.-** Por parte de la Asociación para la Salud Animal (ASEMAZ-ASA) se considera incomprensible (folios 129 y ss.) la separación de las competencias sobre las entidades ganaderas y los establecimientos comerciales detallistas, entendiéndose que la tutela, seguimiento y control debe ser único y unificado en aras a aglutinar criterios, debiendo corresponder a la Consejería competente en materia de agricultura.

Asimismo, la Asociación de Fabricantes de Piensos Compuestos del Sureste (API-COSE), mediante correo electrónico de 13 de febrero de 2006, propone que se aclare en el artículo 3 del borrador el procedimiento para la obtención de la autorización y que se establezca la previsión, a través de una disposición adicional, de la normativa aplicable a los establecimientos ya registrados.

**QUINTO.-** Consta en el expediente la siguiente documentación, suscrita por los titulares de los centros directivos, o sus servicios competentes:

- Informe sobre la necesidad y oportunidad de la norma (folios 139 y 140).
- Informe económico (folio 141).
- Propuesta de los órganos directivos competentes por razón de la materia (folios 137 y 138).
- Informe-contestación a las alegaciones presentadas (folios 142 a 151).
- Informe jurídico de la Asesora de la Dirección General de Ganadería y Pesca (folios 152 a 159).

**SEXTO.-** El Servicio Jurídico de la Consejería de Agricultura y Agua emite informe el 19 de octubre de 2006 destacando, en la vertiente procedimental, que se ha cumplido lo

previsto en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 6/2004); en cuanto al contenido, se realizan observaciones al régimen sancionador (artículo 5), al estimar que debería recogerse una atribución concreta a los órganos competentes de cada una de las Consejerías. También se aprecian cuestiones de técnica normativa, en relación con la Disposición adicional cuarta y denominación del Registro Oficial.

**SÉPTIMO.-** Asimismo el Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad emite informe el 27 de noviembre de 2006, al que presta su conformidad el Vicesecretario, remitiéndose a las observaciones formuladas por el servicio citado en el Antecedente anterior.

**OCTAVO.-** El segundo borrador del Proyecto de Decreto (doc. núm. 16) es sometido a informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, que lo emite el 8 de mayo de 2007 con el siguiente contenido:

— En cuanto a la naturaleza de la disposición, considera que se trata de un reglamento ejecutivo y no meramente organizativo.

— En cuanto a la documentación obrante en el expediente, se realizan las siguientes observaciones: a) la memoria económica aparece suscrita por los tres jefes de servicios afectados por la materia, pero no por los responsables de la gestión económica; b) faltan previsiones sobre el órgano interdepartamental cuya creación se prevé; c) se han omitido los informes jurídicos de los dos Vicesecretarios; y d) por último suscita la cuestión del informe sobre impacto por razón de género, en referencia a la inminente entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 4 de abril (sic).

— El contenido del Proyecto se informa favorablemente, si bien se realizan observaciones puntuales a los artículos 4, 5, 6 y Disposiciones adicionales segunda y cuarta.

**NOVENO.-** Estudiadas las observaciones del órgano preinformante, e incorporadas las estimadas al texto, se emite informe jurídico favorable por la Vicesecretaria de la Consejería de Agricultura y Agua el 16 de octubre de 2007.

**DÉCIMO.-** Con fecha 5 de noviembre de 2007 se solicita el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo y el texto sometido a consulta (Doc. núm. 23).

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

Según el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, el Consejo Jurídico de la Región de Murcia debe ser oído, con carácter preceptivo, antes de la aprobación por el Consejo de Gobierno de proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional, o que constituyan desarrollo legislativo de la legislación básica del Estado.

#### **SEGUNDA.- Habilitación legal y naturaleza de la disposición.**

##### **I. Habilitación legal.**

El objetivo esencial del Proyecto de Decreto consiste en distribuir las competencias reconocidas a la Administración regional en la normativa estatal, en relación con los establecimientos relacionados con los medicamentos veterinarios y piensos medicamentosos, sentando las bases de la coordinación entre las Consejerías afectadas, puesto que, en relación con estas actividades, interviene la Administración regional al amparo de diversos títulos competenciales, que afectan tanto a la materia sanitaria como ganadera, según los siguientes preceptos estatutarios:

- El artículo 11.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU) establece la competencia de la Comunidad Autónoma, en el marco de la legislación básica del Estado, para el desarrollo legislativo y ejecución de la sanidad, así como para la ordenación farmacéutica.
- El artículo 10.Uno, 6 EAMU recoge la competencia exclusiva de la Administración regional en materia de “agricultura, ganadería e industrias agroalimentarias, de acuerdo con la ordenación general de la economía”.

A dichas competencias autonómicas hace referencia la parte expositiva del Proyecto de Decreto, si bien omite la correspondiente a ganadería, que permite sustentar la atribución de determinadas competencias a la Consejería competente en esta materia, frente a concretas alegaciones de un colegio profesional, que pretenden situar el ámbito de regulación exclusivamente en la órbita de la competente en materia sanitaria; por ello, se aconseja la cita de este último título competencial.

No sería completa esta aproximación a las competencias autonómicas en juego, si se omitiera la correspondiente a la potestad de autoorganización, reconocida por el artículo 51 EAMU, resultando conveniente también su cita, al igual que la función ejecutiva en materia de productos farmacéuticos (artículo 12.Uno, 7).

Esta complejidad también se proyecta sobre las normas habilitantes del presente Proyecto; en primer lugar, la disposición desarrolla las competencias atribuidas a la Comunidad Autónoma por la normativa estatal que se cita seguidamente, no derogada expresamente por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos:

- El Real Decreto 109/1995, de 27 de enero, que regula los medicamentos veterinarios, establece en el artículo 4 que nadie podrá poseer o tener bajo su control, con fines industriales o comerciales, medicamentos veterinarios o sustancias que posean propiedades anabolizantes, antiinfecciosas, antiparasitarias, antiinflamatorias, etc., a menos que tenga una autorización expresa expedida por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, o esté amparado en las normas de esta disposición. Particularmente, el Capítulo IV del Título VI, establece que los medicamentos veterinarios únicamente podrán ser dispensados por las oficinas de farmacia legalmente autorizadas, por las entidades o agrupaciones ganaderas y los establecimientos comerciales detallistas legalmente autorizados por el órgano competente de la Comunidad Autónoma donde estén domiciliados, y realicen sus actividades. En los aspectos de control e inspección, se hace referencia a las competencias autonómicas en los artículos 97.1 y 110.3 del citado RD.
- El Real Decreto 157/1995, de 3 de febrero, sobre condiciones de preparación, de puesta en el mercado y de utilización de los piensos medicamentosos, establece que el productor deberá disponer de una unidad de fabricación, previamente autorizada por el órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente (artículo 6.1.a).

- La Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal, regula los medicamentos veterinarios en los artículos 60 y ss.

De conformidad con la normativa estatal citada y aunque, en rigor, no exista una habilitación reglamentaria expresa, lo cierto es que la ejecución de determinadas actividades depende del desarrollo que las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias estatutarias, realicen de ella, complementando sus previsiones mediante el dictado de normas (Dictamen núm. 137/2007).

En segundo lugar, el Proyecto de Decreto desarrolla la Ley regional 3/1997, de 28 de mayo, de Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 3/1997), concretamente los artículos 43 a 45, que se remiten, a su vez, al RD 109/1995 citado, y que atañen a la distribución de los medicamentos veterinarios por parte de los establecimientos de dispensación legalmente autorizados por el órgano competente de la Comunidad Autónoma (oficinas de farmacia, las entidades o agrupaciones ganaderas y los establecimientos comerciales detallistas).

En consecuencia, el Proyecto de Decreto se dicta en desarrollo o ejecución de la legislación estatal citada, así como de la Ley regional 3/1997.

En ambos casos, el Consejo de Gobierno se encuentra habilitado para su ejercicio, bien por las previsiones generales de la Ley 6/2004 (artículo 22.12), que le atribuye el ejercicio de la potestad reglamentaria, bien específicamente asignada por la Disposición final primera de la Ley 3/1997.

## II. Naturaleza de la disposición.

De la lectura del artículo 1 del Proyecto de Decreto sobre su objeto (la distribución de competencias en materia de establecimientos relacionados con los medicamentos veterinarios y piensos medicamentosos atribuidas a la Administración regional), podría inferirse que se trata de una disposición puramente organizativa; sin embargo, como destaca el informe del órgano preinformante, tiene un mayor alcance, en tanto regula también el Registro Oficial de Establecimientos relacionados con el Medicamento Veterinario (artículo 4), la potestad sancionadora (artículo 6) y la colaboración y coordinación entre las Consejerías afectadas (artículo 7); de ahí que se coincida en su caracterización como reglamento ejecutivo, que se diferenciaría de los decretos de estructura de las Consejerías (reglamentos independientes), pues regula el ejercicio de una actividad de intervención administrativa limitativa de derechos, y que puede dar lugar a imposición de sanciones, siendo susceptible de producir efectos *ad extra*. Por ello, conforme a nuestra doctrina (entre otros, Dictámenes núms. 28/99 y 166/2007 del Consejo Jurídico), su naturaleza es de reglamento ejecutivo, que desarrolla y ejecuta las normas legales citadas.

No obstante, sí conviene destacar que la regulación viene a pormenorizar y coordinar las competencias asignadas en los decretos de estructura a ambas Consejerías sin que, en principio, el Proyecto de Decreto las contradiga, en cuyo caso habría sido necesario cumplimentar trámites adicionales (artículo 14.2 de la Ley 7/2004); por tanto, la presente disposición vendría a complementar los decretos de estructura, según define con precisión el informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad: *“estamos ante un supuesto de interacción motivado por la existencia de competencias que, aún siendo atribuidas a dos Consejerías distintas, comparten campos de actuación y objetivos comunes, y así, basándose en el respeto mutuo, se establecen líneas de actuación conjuntas y coordinadas para la consecución de fines previstos”*.

En la misma línea, como recoge la sentencia del Tribunal Constitucional 67/1996, de 18 de abril, *“la concurrencia de intereses u objetivos diversos encomendados a órganos o entes distintos en un procedimiento de actuación pública que requiere cierta unidad de acción es relativamente frecuente tanto en las relaciones orgánicas dentro de una misma Administración, como en las que tienen lugar entre entes territoriales distintos. Cuando esto ocurre resulta necesario establecer técnicas o mecanismos de cooperación y, si existe título habilitante, de coordinación, que permitan la actuación de las distintas instancias implicadas al objeto de satisfacer los intereses que cada una de ellas tenga atribuidos. En los casos en los que este tipo de actuaciones conjuntas o coordinadas no sean viables, resultará obligado reconocer la titularidad a la competencia que resulte implicada de forma más directa o relevante”*.

Precisamente el Proyecto tiene como sustrato la coordinación de las funciones asignadas a cada departamento, al exigir una unidad de acción, en atención a las funciones recogidas en las normas de reorganización y estructura que afectan a ambos departamentos:

A) En un primer escalón, el Decreto 152/2007, de 6 de julio, por el que se establecen los órganos directivos de la Consejería de Agricultura y Agua, atribuye a la Dirección General de Ganadería y Pesca competencias y funciones en materia de producción, protección y sanidad ganadera. En la disposición similar correspondiente a la Consejería de Sanidad (Decreto 154/2007, de 6 de julio), se atribuyen a la Dirección General de Salud Pública las competencias en materia de salud alimentaria, zoonosis, epidemiología y salud medio ambiental; también a la Dirección General de Planificación, Financiación Sanitaria y Política Farmacéutica, perteneciente a esta última Consejería, le corresponde la ejecución en materia de productos farmacéuticos.

B) En los siguientes escalones, el Decreto 20/2005, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Agricultura y Agua, atribuye al Servicio de Sanidad Animal de la Dirección General de Ganadería y Pesca, entre otras, las siguientes tareas: registro y control de subproductos de origen animal, medicamentos veterinarios, piensos y subproductos veterinarios, intermediarios y distribuidores “en su ámbito competencial”, así como la tramitación y propuesta de resolución de los expedientes sancionadores en la materia. Adviértase que sus funciones se acotan según “su ámbito competencial”, cuyo deslinde acomete el Proyecto de Decreto examinado.

En lo que concierne a la Consejería de Sanidad (Decreto 117/2002, de 27 de septiembre), el Servicio de Seguridad Alimentaria y Zoonosis ostenta, entre otras, las competencias de organización, control, coordinación y evaluación de las actuaciones de investigación, vigilancia, inspección y análisis de carácter sanitario en relación con los alimentos, los productos alimentarios, las zoonosis y los productos químicos, biocidas y plaguicidas susceptibles de entrar en la cadena alimentaria humana. También la coordinación de los farmacéuticos adscritos a las respectivas áreas de salud, en materia de uso racional del medicamento. Desde otra perspectiva, el Servicio de Ordenación y Atención Farmacéutica asume, según el Decreto citado, las competencias de informes, control, inspección, vigilancia, evaluación e investigación en relación con el cumplimiento de la legislación vigente en materia de medicamentos de uso humano y veterinario, productos farmacéuticos y plantas medicinales durante su elaboración, almacenamiento, distribución y dispensación, así como de los establecimientos donde se materialicen dichas fases.

En consecuencia, reconocidas las competencias de los centros directivos y servicios implicados con el alcance indicado, el Proyecto de Decreto trata de deslindar los campos de

actuación comunes (artículo 5), estableciéndose líneas de actuación conjunta. Lo anterior no empece, como sugerimos en nuestro Dictamen núm. 166/2007, que tras la aprobación del presente Proyecto de Decreto, se acomoden los decretos de estructura a esta más precisa y acotada distribución competencial.

Por último, respecto al acierto de asignar determinadas funciones a una u otra Consejería, sugerido por alguna alegación, cabe indicar que dicha distribución atañe al ejercicio de potestades administrativas de autoorganización y, sobre esta decisión administrativa, el Consejo Jurídico ha de limitarse a comprobar si dicha potestad ha sido ejercida dentro de los límites que imponen las normas que desarrolla, como advertimos en nuestro Dictamen núm. 66/2007.

### **TERCERA.- Procedimiento de elaboración.**

El procedimiento de elaboración del Proyecto de Decreto se ha ajustado a lo previsto en el artículo 53 de la Ley 6/2004 destacándose, como peculiaridad, que se tramita a propuesta conjunta de los centros directivos implicados de las dos Consejerías afectadas.

Conviene resaltar del procedimiento de elaboración el acierto del trámite de audiencia otorgado a las organizaciones representativas, cuyos fines guardan relación directa con el objeto de la disposición, al haberse entendido por la Consejería que tramita que no se trata de una norma puramente organizativa de la Administración regional, que pudiera estar exenta de este trámite (artículo 53, apartado 3,c de la Ley 6/2004), por las razones explicitadas en la Consideración anterior sobre la naturaleza de la disposición.

En consecuencia, el Consejo Jurídico entiende que se han cumplido los trámites de participación, a efectos de no advertir defectos que pudieran viciar de nulidad el procedimiento de elaboración, lo que sí aconteció con una disposición de naturaleza similar, por haberse omitido en el procedimiento de elaboración el dictamen del órgano consultivo regional (sentencia 643/2000, de 3 de abril, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana).

En cuanto a la formalización de la documentación, se ha plasmado adecuadamente en el expediente la evolución del contenido del Proyecto, con la agregación de las sucesivas modificaciones, habiéndose informado las alegaciones presentadas.

No obstante, a la vista del expediente remitido, y considerando que se trata de un Proyecto de Decreto cuya aprobación, por motivos competenciales, se prevé que sea propuesta al Consejo de Gobierno conjuntamente por los titulares de las Consejerías de Sanidad y Agricultura y Agua, se advierte que el texto que figura como Proyecto a los efectos de la solicitud de Dictamen no viene autorizado por la segunda de las Consejerías, obrando sólo la autorización del Secretario General de la de Agricultura y Agua. Pese a ello, se abordará su examen advirtiendo que el Proyecto de Decreto resultante deberá ser propuesto conjuntamente por los correspondientes Consejeros al Consejo de Gobierno (Dictamen núm. 133/2005 del Consejo Jurídico).

### **CUARTA.- Observaciones al conjunto normativo.**

#### **I. Objeto y ámbito de aplicación del Proyecto de Decreto.**

El objeto del Proyecto de Decreto, según el artículo 1, es la distribución y coordinación de las competencias en relación con este tipo de establecimientos; este aspecto, indudablemente, es muy destacable en el conjunto de su regulación, pero omite otros también dignos

de ser resaltados, al venir regulados en el texto, y que atañen a las supuestos sometidos a autorización por parte de la Administración regional, a su inscripción en el Registro Oficial correspondiente, así como a la potestad sancionadora. Por ello se recomienda que se complete el artículo 1 del Proyecto sobre el objeto de la disposición; del mismo modo, tampoco el título del Proyecto de Decreto trasluce estos otros aspectos regulados, por lo que se aconseja adoptar una denominación más ajustada a su contenido como, por ejemplo, *“Proyecto de Decreto que regula las materias de competencia de la Comunidad Autónoma, en relación con los establecimientos relacionados con los medicamentos veterinarios y piensos medicamentosos en la Región de Murcia”*.

Asimismo se advierte cierta imprecisión en el ámbito de aplicación (artículo 2 del Proyecto), al no acotarse íntegramente en función de los distintos establecimientos afectados, sino (en algunos supuestos) en razón de los profesionales que realizan las actividades:

*“El ejercicio de las competencias a que se refiere el presente Decreto afectará a los productores o distribuidores de sustancias o materias primas que puedan utilizarse como medicamento veterinario, a las entidades elaboradoras de autovacunas, a los almacenes mayoristas, a los establecimientos de dispensación de medicamentos veterinarios, incluidas las premezclas medicamentosas, a los fabricantes de piensos medicamentosos y a los distribuidores de piensos medicamentosos, cuyas instalaciones estén radicadas en el ámbito territorial de la Región de Murcia, sin perjuicio de que tenga su domicilio en otra Comunidad Autónoma”*.

Dicha forma de acotar el ámbito de aplicación no concuerda con las remisiones contenidas en los artículos 3 y 4 del Proyecto, que hacen referencia a los centros y establecimientos enumerados en el 2, y Anexo I sobre el Registro Oficial, también referido a los distintos establecimientos.

En consecuencia, bastaría con hacer referencia a los establecimientos en el ámbito de aplicación; por ejemplo, se indica que será de aplicación a los fabricantes de piensos medicamentosos, cuando es más preciso, siguiendo el listado que contiene el artículo 2, referirse a las unidades de fabricación y distribución de piensos medicamentosos (artículo 6.1.a del Real Decreto 157/1995). Al igual que “en lugar de los productores o distribuidores de sustancias o materias primas (...)”, los centros de elaboración y distribución de sustancias o materias primas que puedan ser utilizados como medicamento veterinario.

## II. Distribución de competencias.

El artículo 5 del Proyecto de Decreto contiene la distribución de competencias entre las Consejerías afectadas, que se basa, esencialmente, en la asignación a cada una de determinados establecimientos, de modo que a la Consejería de Agricultura y Agua le corresponden los centros de fabricación de autovacunas, de piensos medicamentosos y distribuidores de estos últimos, los dispensadores como las Agrupaciones y Entidades Ganaderas y otros centros de venta minorista, así como su vigilancia y control, además de la gestión del Registro Oficial. A la Consejería de Sanidad los establecimientos de elaboración de fórmulas magistrales y preparados oficinales, los botiquines de urgencia, las oficinas de farmacia y los establecimientos comerciales detallistas, entre otros, así como la inspección de los anteriores, a lo que se sumaría la vigilancia y el control *intra* y *extra* comunitario, los estudios de farmacovigilancia y de todos los aspectos que pudieran tener incidencia en materia de seguridad alimentaria.

El Consejo Jurídico entiende que la delimitación de tareas se logra plasmar en el texto en relación con las autorizaciones e inscripciones para las actividades de funcionamiento, modificación y traslado de los diversos establecimientos (artículo 5.A.1 y 5.B.1); sin embargo, no es tan manifiesta en relación con la receta veterinaria y la prescripción de los medicamentos veterinarios, aunque se intente particularizar, en un caso, en las explotaciones ganaderas de especies animales productoras de alimentos (artículo 5.A.1,e) y, en otro (artículo 5.B.1,e), en las especies animales productoras de alimentos para consumo humano y en establecimientos productores de alimentos.

En otros aspectos, como los sancionadores, aunque podría producirse también una concurrencia de actuaciones, sin embargo, el texto lo resuelve adecuadamente estableciendo el deber de comunicación entre ambas Consejerías sobre los resultados de las visitas de control (artículo 7.3). De otra parte tampoco debe olvidarse la previsión contenida en el artículo 9 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, aprobado por RD 1398/1993, de 4 de agosto, sobre comunicación de indicios de infracción: *“cuando en cualquier fase del procedimiento sancionador, los órganos competentes consideren que existen elementos de juicio indicativos de la existencia de otra infracción administrativa para cuyo conocimiento no sean competentes, lo comunicarán al órgano que consideren competente”*.

Sin embargo, la redacción inicial de los dos apartados e) del artículo 5 puede inducir a confusión sobre el alcance de la competencia autonómica, al emplearse el término “Regulación (...) de la receta veterinaria y la prescripción de medicamentos veterinarios (...)”, por cuanto las competencias para su regulación la tiene atribuida la Administración General del Estado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 de la Ley 29/2006, ya citada, en ejercicio de las competencias sobre legislación de productos farmacéuticos, a diferencia de las competencias estatales en materia de distribución y dispensación, que se dictan en ejercicio de las competencias básicas en materia de sanidad, permitiendo su desarrollo a las Comunidades Autónomas.

Por ello, pese a que se completó los citados apartados e) con el párrafo final “sin perjuicio de las competencias que en ejercicio de estas funciones pueda corresponder a la Administración General del Estado”, el Consejo Jurídico considera que debería suprimirse la expresión “regulación”, que puede inducir a confusión sobre el alcance de la competencia autonómica, teniendo en cuenta, además, que atañen a funciones ejecutivas.

### III. Autorizaciones de los establecimientos relacionados con el medicamento.

1. En el artículo 3 del Proyecto se recogen los tipos de autorizaciones y comunicaciones a que están sujetos los centros y establecimientos citados:

- Autorizaciones de funcionamiento, de traslado o modificación esencial de instalaciones.
- Comunicaciones previas del cambio del titular del establecimiento, nombramiento de los técnicos responsables y del cierre de las instalaciones.

Sin embargo, no se contempla ni el procedimiento para su otorgamiento -en el caso de las autorizaciones- ni los requisitos documentales exigidos para ambos supuestos (autorización y comunicación), de acuerdo con la normativa vigente estatal, lo que facilitaría su conocimiento por los destinatarios de la norma, en tanto se trata de competencias que se están ejercitando por la Administración regional, siendo uno de los procedimientos (en



el caso de autorización e inscripción en el Registro de Establecimientos Relacionados con el Medicamento Veterinario), incluidos en el Anexo II de la Ley 1/2002, de 20 de marzo, de Adecuación de los Procedimientos de la Administración regional de Murcia a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en cuando al efecto desestimatorio del silencio administrativo.

Por tanto, parece que debería abordarse la autorización como acto previo a la inscripción en el Registro.

No obstante, a la alegación presentada por APICOSE en tal sentido, los servicios competentes han respondido (folio 144) que cada Consejería, tras la constitución del órgano de asesoramiento, seguimiento y coordinación, promulgará las órdenes correspondientes en las que se incluirán los procedimientos y condiciones para inscribir en el registro y autorizar los distintos tipos de establecimientos.

El que se posponga su regulación nada ha de objetar el Consejo Jurídico, lo que, además, estaría en consonancia con la previsión de la Ley 29/2006, ya citada, acerca de que el Gobierno desarrollará la normativa básica relativa a la distribución y dispensación de medicamentos veterinarios (artículo 38). Por el contrario, sí cabe objetar el rango de la norma y órgano competente para su aprobación sugeridos por los servicios implicados, en tanto la potestad reglamentaria corresponde al Consejo de Gobierno, salvo en los casos en que ésta se encuentre específicamente atribuida a los Consejeros por disposición de rango legal, lo que no concurriría en el presente supuesto, correspondiendo por tanto su regulación al Consejo de Gobierno mediante Decreto.

2. Dentro de los supuestos sujetos a autorización, se encontrarían las modificaciones esenciales de las instalaciones (artículo 3.1,b). Sin embargo, se advierte cierta indeterminación sobre los aspectos que se consideran esenciales, además, de suscitar la cuestión de si los restantes (cambios no esenciales) estarían o no sujetos a comunicación.

3. En los apartados A, I, a) y B,1,a) del artículo 5 se hace referencia a la autorización e inscripción de los establecimientos relacionados con los medicamentos veterinarios en relación con las actividades de funcionamiento (...) y baja. A la observación realizada por el órgano preinformante, sobre la discrepancia advertida entre el artículo 3, que alude a comunicación del cierre de las instalaciones, y la exigencia de autorización para los supuestos de baja, los servicios implicados han aclarado que estos últimos van referidos a supuestos de baja formal con resolución expresa del Director General competente por causas variadas, a diferencia del artículo 3 que hace referencia a la comunicación del cierre voluntario. Sin embargo, carece de sentido que se mencione, con carácter general, entre los supuestos sujetos a autorización; más bien debería insertarse en párrafo aparte referido a otros supuestos de inscripción en el Registro Oficial, en tanto los mismos servicios implicados se refieren a supuestos de baja formal con resolución expresa del Director por causas variadas, entre ellas, se supone, las sancionadoras.

4. En relación con las oficinas de farmacia y botiquines farmacéuticos, la redacción del artículo 3.4 no despeja claramente las dudas de si dichos establecimientos están también sujetos a las autorizaciones recogidas en el Proyecto de Decreto, en tanto se indica que *“independientemente de lo dispuesto en este artículo, se regirán para la obtención de sus autorizaciones administrativas por su normativa específica”*.

IV. Registro Oficial de Establecimientos relacionados con el Medicamento Veterinario de la Región de Murcia.

En el artículo 4 se aglutinan las normas que afectan al Registro Oficial de estos establecimientos, que se encuentra en funcionamiento, y cuya gestión se centraliza en la Consejería de Agricultura y Agua, si bien la Consejería de Sanidad procederá a la inscripción de aquellos establecimientos que autorice, a través de la existencia de una conexión informática entre ambos departamentos, que posibilite el acceso constante al personal encargado de las funciones de gestión, control y vigilancia.

Se advierte en el texto una regulación insuficiente, puesto que podrían haberse incorporado, por ejemplo, los datos que deben figurar en el Registro o la documentación necesaria para acceder en el caso de que la autorización no sea competencia de la Comunidad Autónoma, a tenor del siguiente apartado 3:

*“La inscripción se realizará de oficio en aquellos establecimientos cuya autorización sea competencia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”.*

**QUINTA.- Cuestiones de técnica normativa y correcciones gramaticales.**

— **Parte expositiva.**

Enriquecería la parte expositiva si se aludiera someramente al procedimiento seguido, destacando las audiencias otorgadas.

— **Artículo 1. Objeto.**

Podría evitarse la reiteración de “Consejería”, sustituyéndola por el plural. Podría sustituirse la expresión “concretar” por “delimitar”, al ser más adecuado para lo que se pretende. Igual observación cabe hacer al título del Proyecto y al párrafo segundo de la Exposición de Motivos.

— **Artículo 3. Autorizaciones de los establecimientos relacionados con el medicamento veterinario.**

Debería huirse de denominaciones concretas de los departamentos o Consejerías afectadas, pudiendo sustituirse, por ejemplo, la referencia al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, que no coincide con la denominación actual, por el Ministerio competente en la materia. *Idem* en el artículo 7.

— **Artículo 4. Registro Oficial de Establecimientos relacionados con el Medicamento Veterinario de la Región de Murcia.**

En el apartado 6 debería suprimirse la coma antes de “a la inscripción”.

— **Artículo 5. Distribución de competencias.**

— En el apartado A.1, f) la palabra Vigilancia debería ir en minúscula.

— En el apartado B.1.a), se ha omitido la conjunción “y” entre traslado y baja.

— En el apartado B.1.e) *in fine* debería suprimirse un punto.

— **Artículo 6. Potestad sancionadora en materia de medicamentos veterinarios y piensos medicamentosos.**

Respecto a la Consejería de Sanidad, el texto se ha adecuado a lo dispuesto en la Ley 3/1997 sobre los órganos competentes para imponer las sanciones, según cuantías, conforme a lo dispuesto en el artículo 53 de la precitada ley.

Igualmente, en el caso de la Consejería de Agricultura y Agua, se ha atribuido al titular del centro directivo la competencia para imponer sanciones hasta 90.100 euros, adaptándose a las cuantías de infracciones graves previstas en la Ley 29/2006. Por ello, carece de justificación que no se recoja la cuantía límite de 90.000 euros, contenida en dicha norma, en lugar de 90.100 euros.

En otro orden de ideas, podría mejorarse la redacción del apartado 2, que comienza por “Los Consejeros de las Consejerías (...)”, sustituyéndolo, por ejemplo, por los titulares de las Consejerías competentes.

— **Disposición adicional primera. Convenio/s con entidad/es.**

Se recomienda que Primera se escriba en minúscula, al igual que el título de la disposición debería ir sólo en plural.

— **Disposición adicional tercera. Farmacovigilancia, buenas prácticas y ensayos clínicos.**

El contenido de esta disposición viene a reiterar lo estipulado en el artículo 5 sobre las competencias atribuidas a cada una de las Consejerías en materia de farmacovigilancia, control y ensayos clínicos.

— **Disposición adicional cuarta. Constitución del órgano colegiado de Coordinación.**

En primer lugar, puesto que el artículo 8 hace referencia al órgano colegiado de asesoramiento, seguimiento y coordinación, debería respetarse su denominación en el título de la Disposición adicional cuarta.

Es segundo lugar, esta disposición hace referencia a la constitución futura del órgano colegiado previsto en el artículo 8 (un mes), una vez que se cree por la correspondiente Orden conjunta de los titulares de las Consejerías. Es innecesario recoger la fecha de su constitución en el presente Proyecto, cuando está supeditada a la previa creación del órgano mediante Orden conjunta de los Consejeros de Agricultura y Agua y Sanidad, siendo más adecuado que esta previsión venga contenida en la orden de creación. Distinto es que aquí se recoja un plazo para aprobar la referida Orden por los titulares de ambas Consejerías.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- El Consejo de Gobierno dispone de competencia y habilitación suficientes para la aprobación del Proyecto objeto de Dictamen. No obstante, debería completarse su parte expositiva con los títulos competenciales omitidos, según se reseña en la Consideración Segunda, I, con la advertencia efectuada sobre el órgano competente para aprobar los procedimientos y condiciones para inscribir en el registro y autorizar los distintos tipos de establecimientos (Consideración Cuarta, III).

**SEGUNDA.-** En relación con la distribución de competencias (Consideración Cuarta, II), debería introducirse en el texto la observación sobre las de las Consejerías respecto a la receta y prescripción de medicamentos (artículo 5, A y B, apartados 1,e), para evitar que la competencia de “regulación” pudiera interpretarse como una invasión a las competencias estatales por las razones allí recogidas.

**TERCERA.-** Deberían introducirse las correcciones derivadas de las observaciones sobre técnica normativa (Consideración Quinta).

**CUARTA.-** Las demás observaciones contribuyen a la mejora e inserción del texto en el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 97/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 19/05/08**

**Extracto de Doctrina**

*Nota: concluye en la necesidad de completar actuaciones.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 15 de julio de 2005, x., en nombre y representación de x., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, por deficiente prestación del servicio sanitario.

Describe lo ocurrido del siguiente modo:

A principios del mes de julio de 2004, x., de 47 años e hijo de la reclamante, acudió al Hospital Rafael Méndez de Lorca aquejado de dolores estomacales para su reconocimiento y realización de una endoscopia, que finalmente no se pudo practicar, siendo enviado a su domicilio.

El 15 de julio siguiente acudió al Servicio de Urgencias del citado Hospital por sufrir graves dolores, suministrándole suero, tras lo cual se procedió a darle el alta, remitiéndole a su domicilio.

Unas horas después, sobre las 4 del día siguiente, ya en su domicilio, el paciente sufrió una agudización de su dolor, que finalmente le provocó la muerte por fracaso cardio-respiratorio secundario a peritonitis.

Comparecieron en el domicilio familiar, además de los Servicios de Urgencia, la Guardia Civil del puesto de Águilas y el médico forense, que ordenó el traslado del cadáver al

Instituto Anatómico Forense, a fin de practicarle la autopsia, en cuyo apartado “Consideraciones Médico Legales” se indica: los hallazgos de la necropsia demuestran la existencia de una peritonitis por una infección masiva en la cavidad abdominal cuyo origen debe estar en las asas del yeyuno, que se encuentran más inflamadas y rodeadas de un exudado purulento, alcanzando la conclusión de que la causa de la muerte fue por “fracaso cardiorrespiratorio secundario a peritonitis”.

Instruido Atestado (1.497/04), el Juzgado de Instrucción Núm. 2 de Lorca incoó Diligencias Previas 1.531/04, que fueron archivadas mediante Auto de 9 de marzo de 2005, según la documentación que acompaña la parte reclamante.

Se imputa a la Administración regional un error de diagnóstico, la omisión de las pruebas necesarias, y no ordenar el ingreso del paciente en el Hospital Rafael Méndez para observación y control de los síntomas, dándole el alta prematuramente.

Finalmente, el letrado actuante, cuya representación acredita, propone prueba documental y solicita la cantidad de 150.000 euros, atendiendo a los 47 años de convivencia exclusiva de la reclamante (madre soltera) con el fallecido (minusválido), y a los criterios de convivencia y relación entre ambos.

**SEGUNDO.-** Por resolución de la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud de 21 de julio de 2005, se admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, notificándose a la reclamante, a la correduría de seguros para su traslado a la aseguradora del ente público, y al Director Gerente del Hospital Rafael Méndez, a efectos de la remisión de copia de la historia clínica e informes de los profesionales que asistieron al paciente.

Igualmente se remite copia de la reclamación al Director General de Asistencia Sanitaria.

**TERCERO.-** Consta la historia clínica del paciente en el Hospital Rafael Méndez, así como un informe de la facultativa que le atendió, que señala lo siguiente (folio 57):

*“El paciente x. fue atendido en este servicio el día 14-7-04 a las 21:03 horas, aquejado de dolor abdominal localizado en epigastrio y sensación de dificultad respiratoria, no objetivada por mí, ni mencionada por el mismo al realizarle la historia clínica. La exploración practicada, así como las pruebas complementarias realizadas, resultaron normales a excepción de una glucemia no basal algo elevada, que se aconseja control por su médico de Atención Primaria. Se instaura tratamiento sintomático con omeoprazol y analgesia, quedando el paciente asintomático, por lo que es dado de alta con diagnóstico de epigastralgia e hiperglucemia a las 0:38 h. del día 15-7-04.*

*Adjunto fotocopia de HC de urgencias, analíticas (hemograma, coagulación, bioquímica y gasometría) y ECG, quedando en la historia clínica los originales, así como la Rx de tórax y abdomen practicados ese día”.*

**CUARTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica, es evacuado el 2 de marzo de 2006 con la siguiente conclusión:

*“La asistencia sanitaria prestada en los Servicios de Urgencias de Lorca el día 14-7-04 se ajustó a lo razonable, pues lo que al paciente, una vez realizada la anamnesis, se le exploró y se le hicieron las pruebas complementarias adecuadas, procediéndose al alta tras comprobar que los resultados de las mismas no ofrecían indicios de patología que*

*necesitase ingreso hospitalario, no demostrándose, por lo tanto, con los datos disponibles, negligencia en la actuación médica”.*

**QUINTO.-** Otorgado trámite de audiencia a la reclamante, el letrado actuante presenta escrito de alegaciones el 29 de marzo de 2006, sosteniendo, frente a lo argumentado por la Inspección Médica, que en el presente caso no existió un diagnóstico de los síntomas que presentaba el paciente, pues la epigastralgia no determina la etiología. En relación con los síntomas que presentaba considera que la facultativa que le atendió no acertó en su diagnóstico, puesto que debería haberle practicado una ecotomografía, según indican los protocolos en el caso de sospecha de peritonitis localizada. En su defecto, el paciente debería haber quedado ingresado para observación y posterior realización de una ecografía, escáner y laparoscopia. Tampoco se consultó con el especialista del aparato digestivo, prosigue, que, ante los síntomas, podría haber ordenado su ingreso.

Reitera, desde el punto de vista jurídico, los siguientes incumplimientos:

— El principio de eficacia que impone a la Administración el artículo 7 de la Ley General de Sanidad.

— Deficiente prestación de los servicios sanitarios.

— Conductas descuidadas de las que resulta un proceder irreflexivo. No se adoptaron las cautelas de generalizado uso.

— No se practicaron las pruebas, investigaciones o averiguaciones precisas para seguir la evolución del enfermo.

Acompaña a su escrito de alegaciones bibliografía médica sobre la sintomatología y vigilancia de peritonitis localizada (folios 126 y 127).

**SEXTO.-** A la vista de la documentación aportada, se solicita informe complementario a la Inspección Médica, que hace constar el 5 de junio de 2006 que *“su análisis no modifica la valoración del informe previo, en el que nos ratificamos”.*

**SÉPTIMO.-** La Compañía Aseguradora x. aporta dictamen médico colegiado de 25 de agosto de 2006, suscrito por los Drs. x, y, z. todos ellos especialistas en medicina interna, que alcanza la conclusión de que los profesionales intervinientes actuaron conforme a la *lex artis ad hoc*, no existiendo indicios de mala praxis, señalando que algunos informes por ellos analizados resultan ilegibles, por lo que se atienen a lo relatado por la Inspección Médica, indicando también que la propia evolución del cuadro será la que permita alcanzar un diagnóstico sobre la causa del mismo.

**OCTAVO.-** Otorgado un nuevo trámite de audiencia a la reclamante con las últimas actuaciones, el letrado actuante presenta alegaciones el 14 de febrero de 2007, reiterando el contenido del escrito de reclamación; en particular destaca que el paciente presentaba todos los síntomas que los manuales señalan como propios de un cuadro clínico de peritonitis y no sólo se erró en el diagnóstico, sino que ni tan siquiera se reconocieron los síntomas, ni se sospechó de la existencia de una peritonitis. Insiste en que las pruebas practicadas fueron insuficientes para establecer el diagnóstico preciso, pese a lo cual se envió al paciente a casa, sin que la remisión al médico de cabecera exima de responsabilidad. Rechaza la argumentación de los peritos de la aseguradora que afirman que la peritonitis apareció de forma inesperada, ya que considera que resultaba totalmente previsible, diagnosticable y tratable, incluso quirúrgicamente. Acompaña nuevamente bibliografía sobre la peritonitis (folios 155 a 161).

**NOVENO.-** De dichas alegaciones se da traslado a la Inspección Médica a efectos de que elaborara un nuevo informe complementario, siendo emitido el 21 de marzo de 2007, en el sentido de hacer constar que *“no se aportan más datos de los ya existentes en el expediente, que nos hagan modificar la valoración previamente emitida”*.

**DÉCIMO.-** Con fecha 20 de abril de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo, con propuesta de resolución desestimatoria.

**UNDÉCIMO.-** El 17 de septiembre de 2007 (registro de entrada), el letrado actuante interesa al Consejo Jurídico que se le conceda audiencia y vista del expediente para su examen, al mismo tiempo que traslada la voluntad de su representada de alcanzar un acuerdo con la Administración regional y aseguradora del ente público en el *quantum* indemnizatorio, proponiendo 61.393,97 euros como transacción, alegando las circunstancias concurrentes en el caso (único hijo, septuagenaria, analfabeta, carece de medios económicos para afrontar los gastos de un proceso judicial, etc.).

**DUODÉCIMO.-** Mediante Resolución del Presidente del Consejo Jurídico de 19 de septiembre de 2007, se acordó conceder el trámite de audiencia solicitado, fijando la vista del expediente el 28 de septiembre siguiente, a las 10 horas, en la sede del Consejo Jurídico y ante el Letrado-Secretario General, que levantó acta de la comparencia, sin que conste que presentara nuevas alegaciones.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, según preceptúa el artículo 12.2 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Legitimación y plazo.

La reclamación ha sido interpuesta por quien goza de legitimación activa para ello, en tanto que la reclamante, en su condición de progenitora del fallecido, alega un daño, como consecuencia de la actuación de los servicios sanitarios, lo que le confiere la condición de interesada (artículos 31.1 y 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo sucesivo LPAC, y artículo 4.1 RRP).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, como titular del servicio público a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el daño alegado.

En cuanto al plazo, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

**TERCERA.- Sobre la instrucción del expediente.**

I. Se imputa a la Administración regional un error de diagnóstico, la omisión de las pruebas complementarias necesarias y no ordenar el ingreso del paciente en el Hospital Rafael Méndez de Lorca para observación y control de los síntomas, dándole el alta prematuramente.

Examinado el expediente sometido a consulta, el Consejo Jurídico advierte que determinados aspectos de la praxis médica seguida con el paciente, cuando acudió al Servicio de Urgencias del citado Hospital el 14 de julio de 2004, suscitan ciertos interrogantes que no han quedado resueltos durante el presente procedimiento, pese a que la parte reclamante los ha ido planteando en sus escritos de alegaciones, acompañados de cierta bibliografía acerca de la sintomatología y posterior actuación médica en caso de sospecha de una peritonitis; también la instructora lo ha intentado, sin éxito, recabando informes complementarios a la Inspección Médica sobre las concretas consideraciones alegadas por la reclamante en estas últimas actuaciones.

Por ello, el Consejo Jurídico plantea la necesidad de completar la instrucción, teniendo en cuenta el principio de oficialidad que rige el procedimiento administrativo (artículos 78.1 LPAC y 7 RRP), en virtud del cual los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos sobre los que debe pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el expediente, sin obviar el principio de carga de la prueba. En este sentido, la ausencia probatoria de la Administración instructora podría llevar a estimar la existencia de responsabilidad patrimonial al no demostrar una actitud en acreditar los fundamentos por los que su actuación fue adecuada a los estándares admisibles en el funcionamiento del servicio (Memoria del Consejo Jurídico correspondiente al año 1999).

Comoquiera que la valoración de los datos contenidos en los escritos de alegaciones ha de realizarse desde la perspectiva de la ciencia médica, el Consejo Jurídico considera necesario contar con el valioso parecer de la Inspección Médica acerca de tales extremos, justificado en las previsiones de su normativa reguladora (artículo 14. 6, a del Decreto regional 15/2008, de 25 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de la Inspección de los Servicios Sanitarios de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), que incluso habilita a los Inspectores Médicos para solicitar los informes y juicios clínicos terapéuticos de los facultativos del Servicio Murciano de Salud (artículo 17 del citado Decreto), si fuera necesario.

En consecuencia, sería conveniente que dicho trámite diera respuesta a las siguientes cuestiones relevantes para la resolución de la reclamación, puestas de manifiesto por la parte reclamante:

1ª) De acuerdo con los síntomas que presentaba el paciente (dolor abdominal de varias horas de evolución, vómitos en una ocasión, heces diarreicas, abdomen molesto a palpación, dificultad respiratoria), y sus antecedentes (en octubre de 2001 presentó cuadro agudo de epigastralgia con vómitos, intolerancia a alimentos líquidos y sólidos, etc.), si la facultativa que le atendió en el Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez el 14 de julio de 2004 debería haber sospechado de un cuadro clínico compatible de peritonitis



o, al menos, haberlo descartado, mediante la realización de nuevas pruebas sumadas a las ya practicadas, antes de dar el alta al paciente en la misma noche (a las 0,38 horas del día 15 siguiente), teniendo en cuenta, además, los datos de la analítica (11.000 leucocitos, con 87% de neutrófilos).

2ª) ¿Qué pruebas deberían haberse realizado al paciente si se hubiera sospechado de una peritonitis de acuerdo con el protocolo?

3ª) Si la facultativa que le atendió en el Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez consultó con un especialista de medicina interna los resultados de las pruebas. En el caso de que la respuesta fuera negativa, en opinión de la Inspección, si debería haberse consultado con un especialista del aparato digestivo a la vista de los antecedentes clínicos del paciente, y de los resultados de las pruebas (entre ellas la analítica) previo a su alta; también si se le tendría que haber repetido las exploraciones cada cierto tiempo permaneciendo en el centro hospitalario, al que había llegado en ambulancia a las 21 horas del día 14 de julio, procedente del Servicio de Urgencias de Atención Primaria, pues la propia evolución del proceso podría dar el diagnóstico, según refieren los peritos de la aseguradora.

Además, el Consejo Jurídico considera que deberían solicitarse los análisis toxicológicos, a que se refiere el informe de la autopsia (“*se toman muestras de sangre que se remiten al Servicio de Laboratorio de este Instituto para la prácticas de estudios químico-toxicológicos*”) al objeto de que puedan ser considerados por la Inspección Médica.

II. En cuanto a la documentación remitida, determinadas folios de la historia clínica, especialmente relevantes para la emisión de nuestro Dictamen sobre las cuestiones de fondo planteadas, no son legibles por su deficiente reproducción (folios 91 y 92), por lo que deberían ser remitidas otras copias en su sustitución y, si no fuera posible, su trascripción.

III. Pese al tiempo transcurrido desde que se produjeron los hechos, sin que se tenga constancia en el expediente de la interposición de recurso contencioso administrativo por parte de la reclamante contra la desestimación presunta de la reclamación presentada, una vez evacuado el informe de la Inspección Médica sobre los extremos reseñados en el presente Dictamen, debería otorgarse un trámite de audiencia a las partes interesadas y, posteriormente, elevarse al Consejo Jurídico la nueva propuesta de resolución, que incorpore las últimas actuaciones, para que se proceda a dictaminar la cuestión de fondo planteada.

IV. La sustanciación de estos trámites exige, a su vez, que la Consejería consultante conozca el contenido del escrito presentado por la parte reclamante ante el Consejo Jurídico (Antecedente Undécimo), al objeto de que pueda realizar las consideraciones que se estimen pertinentes.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución, al ser procedente completar la instrucción en los términos expresados en la Consideración Segunda (Consideración Tercera, I), debiendo elevarse de nuevo para la emisión de un Dictamen sobre la cuestión de fondo planteada, previa audiencia a las partes de las actuaciones practicadas (Consideración Tercera, III).

**SEGUNDA.-** Debería completarse el expediente, sustituyendo las copias de los folios de la historia clínica no legibles (Consideración Tercera, II).

**TERCERA.-** Que se de traslado a la Consejería consultante del escrito presentado por la parte reclamante ante el Consejo Jurídico (Antecedente Undécimo) para su conocimiento (Consideración IV).

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 98/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 19/05/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 43/2008.*

**DICTAMEN 99/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por el fallecimiento de su hija menor de edad, en la piscina municipal de Archena.**

**Consultante: Alcalde del Ayuntamiento de Archena**

**Fecha: 19/05/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*En relación con los accidentes acaecidos en piscinas, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de noviembre de 2002, parte de la base, para atribuir la responsabilidad, de una serie de deficiencias y omisiones culposas que contribuyeron de forma decisiva al resultado producido. La Sentencia de 2 de diciembre de 1997, de la misma Sala, señala que para que un accidente fatal ocurrido en una piscina origine responsabilidad es preciso, o bien que los vigilantes no se hallen en el lugar del accidente; o que no exista personal adecuado o que el propietario de la piscina no haya cumplido las exigencias administrativas que determinan la autorización de la apertura, o que se creen riesgos que agraven los inherentes al uso de una piscina, o cualquier otro análogo como la inadecuada vigilancia y la deficiente actuación médica.*

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 17 de enero de 2006 tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de Archena (Murcia) un escrito dirigido a dicha Corporación Local encabezado por x., mediante el que reclama por los daños y perjuicios derivados de la muerte de su hija x., de 12 años de edad, como consecuencia de inmersión en la piscina municipal el día 24 de junio de 2005 y que atribuye a la deficiente prestación del servicio de socorrismo.

Manifiesta en su escrito *“que sobre las 15:30 horas de la tarde unos chicos jóvenes que se encontraban junto al borde de la piscina observaron que mi hija se encontraba sumergida en el agua, mirando hacia el fondo de la piscina y con movimientos convulsivos, por lo que alertaron a los socorristas de la piscina para que sacaran a la niña.*

*Sin embargo, los socorristas hicieron caso omiso, mofándose incluso de los chicos y diciéndoles que se dejaran de bromas.*

*Ante tal actitud del socorrista, uno de los jóvenes llamado x. se sumergió en el agua y sacó a mi hija al borde la piscina siendo ayudado por otros jóvenes que le acompañaban.*

*Que el socorrista al observar que no se trataba de una broma acudió al lugar donde se encontraba mi hija que ya había sido sacada del agua, encontrándose en el borde la piscina.*

*Tras dicho momento el socorrista llamó a sus otros compañeros y comenzó a efectuar un masaje torácico para reanimarla, y se dio aviso a una ambulancia que llegó a los diez minutos aproximadamente; sin embargo, el tiempo transcurrido sin que la hubieran asistido resultó fatal falleciendo mi hija a las 17:40 horas de la tarde según se certificó en el informe de la autopsia”.*

Por todo ello solicita una indemnización de 128.104,54 euros, cantidad que resulta de aplicar analógicamente el sistema de valoración establecido en la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, de 8 de noviembre de 1995.

También indica el reclamante que a consecuencia de los hechos se incoaron diligencias previas número 923/2005, ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Molina de Segura, por un presunto delito de homicidio por imprudencia del que sería autor x., socorrista y empleado del Ayuntamiento de Archena.

Acompaña a su escrito copia de los siguientes documentos:

- a) Del Libro de familia, acreditativo del parentesco entre el reclamante y la menor fallecida.
- b) Certificación literal de la inscripción del fallecimiento de x.
- c) Informe de autopsia en el que se concluye que la muerte de la niña fue debida a *“Parada cardiorrespiratoria. Edema agudo de pulmón. Asfixia mecánica por inmersión”.*

**SEGUNDO.-** Con fecha 25 de enero de 2006 el Sr. Alcalde resuelve admitir a trámite la reclamación, nombrar instructor y notificar dicho acto al reclamante y a la compañía aseguradora de la Corporación Local.

Seguidamente el instructor acuerda la apertura de un período de prueba por plazo de 30 días, en el que el reclamante propone como documental, además de la que adjuntó a su reclamación, la que ahora aporta consistente en:

- a) Copia del atestado núm. 756/2005 levantado por la Guardia Civil de Archena, en el que se incluyen las declaraciones de los menores testigos del siniestro.
- b) Auto de incoación de las Diligencias Previas núm. 923/2005.
- c) Declaración como imputado de x.
- d) Declaración de los testigos x, y.
- e) Auto por el que se reputa falta el hecho que dio origen a la incoación de las Diligencias Previas.

**TERCERO.-** Seguidamente el instructor solicita al Juzgado de Instrucción núm. 1 de Molina de Segura copia testimoniada de las Diligencias Previas núm. 923/2005, que se siguen en dicho órgano judicial como consecuencia de la muerte de x.

A dicho requerimiento responde el Juzgado mediante providencia de su titular, señalando que no ha lugar a lo solicitado, por cuanto de las diligencias penales sólo pueden tener conocimiento las partes que se encuentren personadas en las mismas.

Mediante Decreto fechado el 4 de abril de 2006 el Alcalde, al considerar relevante para la resolución del expediente la sentencia que recaiga en las citadas Diligencias Previas, acuerda suspender la tramitación del expediente administrativo, hasta que por el Juzgado que instruye el caso se dicte sentencia.

**CUARTO.-** El reclamante presenta escrito fechado el 6 de septiembre de 2006, por el que solicita se curse parte de siniestro ante la aseguradora x., a fin de llegar con ella a un acuerdo extrajudicial. Escrito que, seguidamente, el instructor traslada a la citada compañía.

**QUINTO.-** El interesado pone en conocimiento del instructor que las diligencias penales han concluido mediante Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Molina de Segura, por la que se absuelve al imputado. Sentencia posteriormente confirmada por la de la Audiencia Provincial dictada al resolver el recurso de apelación interpuesto contra la primera.

El instructor solicita al Juzgado copia de dichas sentencias que se incorporan al expediente. En la primera de ellas, se afirma que *“...la actividad imprudente que se imputa a x. no tiene entidad bastante para incardinarla dentro del ámbito penal, y ello, sin perjuicio de las reclamaciones resarcitorias que puedan ejercitarse contra el mismo en el ámbito civil y de las denuncias que puedan formalizarse en vía administrativa para evitar la indeseable repetición de un comportamiento similar”*.

**SEXTO.-** Tras las elecciones municipales celebradas el 27 de mayo de 2007 dejó de pertenecer a la Corporación el Concejal que, en su momento, había sido nombrado instructor del procedimiento, por lo que el Alcalde resuelve nombrar nuevo instructor del expediente, recayendo dicha designación en el Concejal de Seguridad, x., circunstancia que es trasladada tanto al reclamante como a la aseguradora.

**SÉPTIMO.-** Seguidamente el instructor dicta Providencia por la que acuerda alzar la suspensión, convalidar las actuaciones llevadas a cabo hasta ese momento en el expediente, abrir un nuevo período de prueba y recabar informes del Servicio Jurídico y del Concejal x., responsable del servicio de piscinas.

En contestación a dicho requerimiento el Servicio Jurídico de la Corporación Local emite, con fecha 9 de julio de 2007, informe en el que, en síntesis, se mantiene lo siguiente:

1.º La piscina contaba con un número de socorristas titulados mayor que el exigido por el artículo 37 del Decreto 58/1992, de 28 de mayo, mediante el que se aprueba el Reglamento de Condiciones Higiénico Sanitarias de las Piscinas de Uso Colectivo (en lo sucesivo, Decreto 58/1992).

2.º El fatal accidente sólo es imputable a la conducta de la propia menor, cuyos padres debían haber extremado la vigilancia que les correspondía, al objeto de que no accediese sola a la piscina.

3.º Las actuaciones penales han dejado claro que el socorrista respondió de forma inmediata desde el momento en que se percibió de la situación de peligro.

Por su parte el Concejal de Deportes, responsable del servicio de piscinas, el día 11 de julio de 2007, presta declaración ante el instructor dejando constancia de los siguientes extremos:

1.º Que la piscina contaba con las autorizaciones exigidas para prestar servicio al público.

2.º Que la piscina tiene dos vasos comunicados entre sí, por lo que podría considerarse como uno sólo.

3.º Que el artículo 37 del Decreto 58/1992 exige un socorrista por vaso y, en el momento del accidente, prestaban servicio en la piscina tres socorristas.

4.º Que el accidente le fue comunicado aproximadamente quince minutos después de ocurrir, y se personó en el lugar de los hechos a los treinta minutos.

5.º Que de las informaciones que recabó se desprende, y así lo afirma, que se hizo todo lo humanamente posible por atender lo más diligentemente posible a la menor.

Finalmente, el reclamante con fecha 2 de agosto de 2007 presenta escrito por el que solicita se tengan por reproducidos todos los medios de prueba que propuso en su momento, a los que deben adicionarse las sentencias recaídas en los procedimientos penales.

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia al reclamante y a la Compañía Aseguradora x., esta última no hace uso de su derecho al no comparecer ni presentar alegación alguna. El x. presenta un escrito en el que reitera la imputación de responsabilidad patrimonial al Ayuntamiento, al considerar que el socorrista no actuó con el celo debido en orden a evitar accidentes como el sufrido por su hija, y que si bien es cierto que dicha conducta no ha merecido un reproche penal, también lo es que en la misma sentencia absolutoria se indica que sí es subsumible dentro del marco de un resarcimiento civil o administrativo.

**NOVENO.-** Seguidamente el instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad de la Administración, ya que ha quedado acreditado que los socorristas se hallaban en el lugar del accidente, tenían la titulación adecuada y estaban en número superior al exigido por la legislación, así como que la piscina poseía todos los permisos y autorizaciones exigibles, y fue únicamente la conducta de la pequeña de 12 años, que fue sola a la piscina o en compañía de otros menores y no de un adulto como requería su corta edad.

**DÉCIMO.-** Con fecha 22 octubre de 2007 tiene entrada en este Consejo Jurídico un oficio del Alcalde del Ayuntamiento de Archena solicitando Dictamen facultativo, al amparo de lo establecido en el artículo 11 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), acompañando el expediente tramitado.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El asunto sobre el que versa la consulta es un procedimiento tramitado por el Ayuntamiento de Archena, promovido por un particular contra el mismo, en virtud de la correspondiente reclamación de responsabilidad patrimonial fundada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LPAC), procediendo la emisión del Dictamen con el carácter que se solicita, a tenor de lo que autoriza el artículo 11 LCJ.

#### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento.

El reclamante, en tanto que padre de la menor fallecida, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 31 de la misma Ley y el 4.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (en adelante RRP), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde al Ayuntamiento de Archena. En efecto, en la esfera de las Administraciones Locales, el artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, establece que “las entidades locales responderán directamente de los daños y perjuicios causados a los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de la actuación de sus autoridades, funcionarios o agentes, en los términos establecidos en la legislación general sobre responsabilidad administrativa”. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 223 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2.568/1986, de 28 de noviembre. Y poniendo en relación el artículo 85 de la Ley 7/1985, que declara que son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias, con el artículo 25.2,m) de dicha norma, que declara que el municipio ejercerá en todo caso competencia en lo relativo a “actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre; turismo”, la legitimación de la citada Corporación Local resulta incuestionable, siendo competente para resolver la reclamación el Alcalde del Ayuntamiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21.1,s) de la Ley 7/1985, en relación con el artículo 142.2 LPAC.

La acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, pues el fallecimiento de la menor tuvo lugar el día 24 de junio de 2005 y la acción ha de entenderse deducida el día 17 de enero de 2006, fecha en la que tuvo entrada en el Registro del Ayuntamiento de Archena.

Por último, el procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial. Requisitos.**

El artículo 106.2 de la Constitución enuncia los presupuestos básicos de la responsabilidad patrimonial al establecer que “los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

La regulación de las previsiones constitucionales se contiene en los artículos 139 a 146 LPAC, que configura un sistema de responsabilidad patrimonial cuyas principales características pueden sintetizarse así: Es un sistema unitario en cuanto rige para todas las Administraciones; general en la medida en que se refiere a toda la actividad administrativa, sea de carácter jurídico o meramente fáctico, y tanto por acción como por omisión; de carácter directo de modo que la Administración cubre directamente, y no sólo de forma subsidiaria, la actividad dañosa de sus autoridades, funcionarios y personal laboral, sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar luego la acción de regreso cuando aquéllos hubieran incurrido en dolo, culpa o negligencias graves; pretende lograr una reparación integral; y, finalmente, es un régimen de carácter objetivo que, por tanto, prescinde de la idea de culpa, por lo que la cuestión de la causalidad adquiere en este sistema la máxima relevancia.

La responsabilidad patrimonial de la Administración exige, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, los siguientes presupuestos:

a) La existencia de un daño o perjuicio en la doble modalidad de daño emergente o lucro cesante. El daño ha de ser efectivo y cierto, nunca contingente o futuro, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) El daño se define como antijurídico, toda vez que la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley.

c) La imputación a la Administración de la actividad dañosa como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, por lo que tan indemnizables son los daños que procedan de uno como de otro, en tanto esta responsabilidad patrimonial se configura como una responsabilidad objetiva o de resultado.

d) La relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño ocasionado o producido. Este necesario e imprescindible nexo causal ha de ser directo, inmediato y exclusivo. Esta exclusividad del nexo causal ha sido matizada por la doctrina jurisprudencial que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público. Dicha exoneración de responsabilidad patrimonial puede ser también, obviamente, parcial, lo que se produciría en el supuesto de que el daño ocasionado haya sido debido tanto a la conducta de la Administración como a la del propio afectado, esto es, la concurrencia de causas puede dar lugar a la graduación del *quantum* indemnizatorio que, en su caso, deba abonar la Administración.

e) Ausencia de fuerza mayor.

Lo anterior exige que, en cada caso, deba abordarse el examen puntual y particular de cada petición concreta de responsabilidad patrimonial de la Administración, analizando las circunstancias específicas y peculiares que en ellas concurren, hasta llegar a determinar si se dan, o no, todos los requisitos exigibles para poder declarar tal responsabilidad, pues de

concitarse todos los anteriores requisitos surge la obligación de reparación que deje a la víctima indemne del daño, pues la indemnización por este título jurídico debe cubrir los daños y perjuicios hasta conseguir su reparación integral.

**CUARTA.- Análisis del caso concreto sometido a consulta. Existencia de responsabilidad patrimonial.**

El asunto sometido a consulta versa sobre el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por el padre de la menor x., fallecida como consecuencia de una parada cardiorrespiratoria secundaria a asfixia mecánica por inmersión en la piscina municipal de Archena.

La realidad y certeza de los daños alegados han quedado suficientemente acreditadas en el expediente; resta, pues, determinar si la muerte de la hija del reclamante se debió a un funcionamiento de los servicios públicos y si se cumple los requisitos del artículo 139 LPAC, lo que exige comprobar si, a la vista de los datos resultantes del expediente, se ha producido, de forma directa e inmediata, un nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido, sin intervención extraña que pudiera influir en dicha relación, cuya acreditación corresponde a la parte reclamante de acuerdo con los viejos aforismos *necitas probandi incumbit ei qui agit* y *onus probando incumbit actori*, con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con lo que, más específicamente para el régimen de la responsabilidad objetiva de la Administración, dispone el artículo 6.1 RRP; en tanto que la Administración deberá, por su parte, probar los hechos que, en su caso, desvirtúen los alegados.

El Tribunal Supremo viene reiterando (por todas, sentencia de 5 de junio de 1998) que la prestación de un servicio público por la Administración y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material, no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar del administrado, porque, de lo contrario, aquél se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

En relación con los accidentes acaecidos en piscinas, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de noviembre de 2002, parte de la base, para atribuir la responsabilidad, de una serie de deficiencias y omisiones culposas que contribuyeron de forma decisiva al resultado producido. La Sentencia de 2 de diciembre de 1997, de la misma Sala, señala que para que un accidente fatal ocurrido en una piscina origine responsabilidad es preciso, o bien que los vigilantes no se hallen en el lugar del accidente; o que no exista personal adecuado o que el propietario de la piscina no haya cumplido las exigencias administrativas que determinan la autorización de la apertura, o que se creen riesgos que agraven los inherentes al uso de una piscina, o cualquier otro análogo como la inadecuada vigilancia y la deficiente actuación médica.

Según se desprende del expediente, el 24 de junio de 2005 x. fue a la piscina municipal acompañada de unas amigas, menores de edad como ella misma y, por motivos que no han quedado acreditados, se sumergió, pereciendo ahogada. Un grupo de chicos que estaban cerca de ella se apercebieron de que algo anormal ocurría, avisaron al socorrista (no queda claro si el aviso fue único o si se repitió) y elevaron a la menor hasta la superficie del agua; desde aquí hasta la playa de la piscina fue sacada por el socorrista, quien procedió, con



ayuda de sus compañeros y de una señora que afirmaba tener conocimientos sanitarios, a practicarle técnicas de reanimación hasta que llegó la ambulancia.

El reclamante esgrime una falta de diligencia del socorrista que le impidió percatarse de que la menor se estaba ahogando. Por su parte, la Administración alega que la piscina cumplía con los requisitos de seguridad requeridos por la normativa vigente, entre ellos el número de socorristas que era superior al exigido; que el socorrista, una vez apercibido de lo que ocurría actuó con la mayor diligencia posible; y que el desgraciado hecho tuvo lugar como consecuencia exclusiva de la víctima que accedió a la piscina sin compañía de un adulto.

En primer lugar, hay que destacar que el nexo causal sobre el que se funda la imputación de responsabilidad patrimonial no depende de que se prestase el servicio por el socorrista o socorristas reglamentarios, sino de que dicho servicio se prestase adecuadamente, pues, como afirma el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en Sentencia de 4 de junio de 1992, *“...esta circunstancia (el número de socorristas) no es la decisiva, pues nuestro ordenamiento consagra la responsabilidad administrativa tanto por el funcionamiento normal como por el funcionamiento anormal de los servicios públicos. Por tanto también existiría la responsabilidad si hubieran sido dos los bañeros o socorristas en el caso de que se apreciase la existencia del nexo causal discutido. Dicho nexo no depende de que prestasen el servicio los socorristas o bañeros reglamentarios sino de que se hubieran prestado los servicios de auxilio o socorro adecuadamente, que es la finalidad que persigue la norma reglamentaria al establecer la obligatoriedad de un personal destinado a prestar socorro en los casos oportunos”*.

Pues bien, de las actuaciones incorporadas al expediente no cabe entender que el concreto modo en que el socorrista prestaba su servicio, arreglando el cabo de un salvavidas (respecto de esta circunstancia existe consenso, incluida la propia declaración del socorrista que aparece al folio 14), fuese el más adecuado y eficaz para hacer frente a una situación como la que dio origen a los hechos cuyo análisis ahora nos ocupa, es decir, la existencia de un cuerpo inmóvil, boca abajo y sumergido aproximadamente a la mitad del nivel del agua, hasta el extremo de que fueran otros niños y no el propio socorrista quienes se dieran cuenta de que algo anómalo estaba ocurriendo, y aunque no conste el tiempo que el cuerpo permaneció bajo el agua, no hubo de ser muy breve, ya que, tal como se indica en la autopsia, el fallecimiento se produjo por asfixia mecánica por sumersión. A mayor abundamiento el propio socorrista admite que hubo un aviso anterior al afirmar en su declaración ante el Juez que *“...otro chico que cree que es el mismo que fue a avisarle antes ya la había sacado del agua”*, añadiendo que *“cree que el mismo niño que le avisó fue el que sacó a la niña a la superficie. Que no está seguro pero que cree que era él. Que le avisó desde la zona, que no se acercó al declarante ni gritó. Que se lo dijo pero no se tiró al agua inmediatamente. Que de hecho el declarante no le vio lanzarse al agua directamente”*. Transcurrió un tiempo, aunque fuera breve, desde que el socorrista tuvo conocimiento de que algo anómalo podía estar ocurriendo hasta que reaccionó, lo que evidencia que no se encontraba atento a las incidencias de los bañistas como era su obligación principal. En este sentido resulta ilustrativa la Sentencia de 16 de marzo de 2002 del TSJ de Castilla-La Mancha en la que, al resolver un supuesto de responsabilidad deducido por ahogamiento en una piscina, afirma que si el socorrista, aunque fuese uno, hubiese estado *“atento a las incidencias de los bañistas, pues al fin y al cabo por pesado que fuese es su trabajo, el ahogamiento no se hubiese producido. Los socorristas no pueden evitar hechos como el del que se lanza voluntariamente en zonas de escasa profundidad y se produce lesiones irreversibles en la columna (supuesto de culpa*

*exclusiva de la víctima), pero si hay un supuesto paradigmático para el que está prevista la función que se les encomienda es el caso analizado”.*

De lo razonado hasta ahora se infiere que el accidente sufrido por la menor y su fatal consecuencia encuentra su causa directa en el funcionamiento anormal del servicio de la piscina municipal, sin perjuicio de que el Ayuntamiento, una vez hecha efectiva la indemnización que corresponda, exija de oficio al socorrista la responsabilidad en que hubiera podido incurrir, de acuerdo con lo previsto en el artículo 145.2 LPAC.

**QUINTA.- Concurrencia de culpas.**

En segundo lugar resulta obligado analizar la declaración que se contiene en la propuesta de resolución, a efectos de justificar la inexistencia de responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento, relativa a la concurrencia de culpa exclusiva del perjudicado que se concretaría en el hecho de que los padres no desplegaron las labores de vigilancia que les correspondía en relación con la menor, lo que propició que ésta accediese a la piscina sola o en compañía de otras menores.

Aunque un hecho dañoso puede ser consecuencia de una única causa productora, también puede suceder que en dicha producción hayan concurrido varias causas, ya sean anteriores, contemporáneas o posteriores al evento. En este caso surge el fenómeno denominado concausa o concurrencia de causas, que viene siendo admitido, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo atendiendo a las circunstancias de cada caso, llegando a admitir que la exclusividad del nexo causal no es un requisito imprescindible para que la Administración pueda ser declarada culpable, de modo que, pese a la interferencia de la conducta de la víctima o de un tercero, la relación de causalidad permanece [entre otras muchas, la Sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala Tercera el día 14 de octubre de 2004, en la que afirma lo siguiente: *“La jurisprudencia ciertamente ha venido refiriéndose de modo general al carácter directo, inmediato y exclusivo para particularizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe de concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas mas no queda excluido que la expresada relación causal -especialmente en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos, como hemos declarado en Sentencia de 18 de julio de 2002- pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, circunstancia que puede dar lugar o no a una moderación de la responsabilidad (Sentencias de 8 de enero de 1967, de 27 de mayo de 1984, 11 de abril de 1986, 22 de julio de 1988, 25 de enero de 1997 y 26 de abril de 1997, entre otras), y que, entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, aquéllas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél (Sentencia de 25 de enero de 1997) por lo que no son admisibles, en consecuencia, concepciones restrictivas que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (Sentencia de 5 de junio de 1997)”*].

Ahora bien, cuando se analiza el tema de la concurrencia de causas es necesario determinar si realmente nos encontramos ante un supuesto de concausación, es decir, si la condición que se une al actuar del agente, interfiere el proceso causal, pero no lo interrumpe, y por lo tanto, no excluye la responsabilidad del responsable primitivo, o si, por el contrario, estamos ante un caso de interrupción del nexo causal, generándose la exclusión de la responsabilidad del agente. En este mismo sentido son también abundantes los ejemplos que

nos ofrece la jurisprudencia del Tribunal Supremo en los que se exonera de responsabilidad patrimonial a la Administración imputada, al ser evidente un comportamiento de la víctima que constituye la causa determinante del daño producido, rompiendo todo eventual nexo causal (entre otras, Sentencias de 29 de mayo de 1999, de 15 de julio de 2000 o de 2 de abril de 2004). Y también hallamos numerosas ocasiones en las que la jurisprudencia ha llegado a declarar que la intervención de un tercero, cuando es la única determinante del daño, exime de responsabilidad a la Administración, aun cuando hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio (a modo de ejemplo, Sentencias de 24 de marzo de 1983 o 13 de marzo de 1999)

En definitiva, la relación de causalidad no ha de entenderse en sentido absoluto, es decir, como un nexo directo y exclusivo, sino en sentido relativo, de forma que la aparición de una pluralidad de causas en la generación del daño, entre ellas, en todo caso, la obligada relación con el funcionamiento del servicio público, permite apreciar una concurrencia de culpas con la consiguiente distribución equitativa de la indemnización derivada de la lesión sufrida. Ahora bien, para ello es menester que las causas concurrentes tengan un efecto condicionante del resultado dañoso, pues no procede la responsabilidad cuando la conducta de la víctima o un tercero es decisiva o determinante del hecho dañoso, en cuanto origen o causa eficiente e idónea del resultado teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Pues bien, en el presente caso de la declaración prestada ante la Guardia Civil de Archena por el padre de x. se desprende que la familia de la menor era consciente de que la misma estaba en la piscina acompañada por amigas también menores de edad y que este hecho no era excepcional, ya que también se admite que “habitualmente iba a la piscina”. Se advierte, pues, una infracción de la responsabilidad *in vigilando* que incumbe a los padres respecto de sus hijos menores. Ahora bien, el hecho de que la hija del reclamante estuviera fuera de control de sus padres en el momento de introducirse a la piscina no constituye un elemento de exoneración total de la responsabilidad de la Administración, porque también correspondía a los encargados de la piscina impedir a dicha menor el acceso a la piscina e introducirse en ella sin ir acompañada de personas mayores, tal como exige el artículo 26 del Reglamento de Régimen de las Piscinas Públicas, aprobado por Orden del Ministerio de la Gobernación de 31 de mayo de 1960, aplicable al ámbito de la Comunidad Autónoma al no contener el Decreto 58/1992 disposición alguna al respecto.

Con esta base fáctica no se puede extraer la conclusión jurídica, como hace el Ayuntamiento de Archena, de culpa exclusiva del perjudicado, pero tampoco de la existencia de relación de causalidad exclusiva entre la actuación del servicio municipal de piscinas y el daño alegado por el reclamante, ya que al óbito de x. coadyuvaron otras circunstancias ajenas a dicha actuación, consistentes en el incumplimiento del deber de custodia y vigilancia que correspondía a sus padres, intervención que se valora en un 20% a efectos de determinación de la indemnización que corresponde hacerles efectiva.

**SEXTA.- Cuantía de la indemnización.**

Resta, por último, examinar lo relativo a la indemnización que sea preciso reconocer a favor de los familiares de x., por los perjuicios derivados de su muerte, y para ello el Consejo, como en tantas otras ocasiones, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial existente al respecto, considera razonable acudir, como criterio orientativo, a lo establecido en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, (norma vigente en el momento de ocurrir los hechos) y del baremo actualizado de las indemniza-

ciones por muerte (Tablas I y II de la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 7 de febrero de 2005, ya que el óbito se produjo en dicho año), pudiendo fijarse el importe de la indemnización en la cuantía global de 85.403,03 euros para los padres (Grupo IV de la Tabla I). No corresponde indemnización alguna para los hermanos porque éstos eran mayores de edad en el momento de ocurrir los hechos. No se han considerado factores de corrección puesto que la víctima no se encontraba en edad laboral, y el reclamante no ha alegado ni probado la concurrencia de cualquier otro elemento de los contemplados en la Tabla II.

Ahora bien, la cuantía señalada ha de moderarse considerando que el daño deriva no sólo de la acción administrativa, sino también de la concurrencia de causas que se concreta en la conducta negligente de los padres de la fallecida que omitieron el deber de vigilancia y custodia que les correspondía. En este sentido se manifiesta la Doctrina del Consejo de Estado (por todos, Dictamen 50.249, de 1 de octubre de 1987), al mantener que *“siempre que el funcionamiento, normal o anormal, del servicio público sea causa determinante del daño, aunque no sea la única, la Administración debe repararlo mediante la indemnización que corresponda. Si se aprecia culpa del perjudicado (concurrente, pero no excluyente) puede reducirse la cuantía en la proporción que se estime adecuada”*.

De esta forma, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el presente caso (culpa levísima del perjudicado, en el sentido tradicionalmente empleado en el orden civil —STS de 19 de julio de 1996, que aplica el artículo 1.103 de Código Civil como precepto habilitante para la facultad de ponderación de la indemnización—), el *quantum* indemnizatorio resultante debe reducirse en un porcentaje del 20%, de tal forma que la indemnización a satisfacer al reclamante será de 68.322,42 euros, cuantía que habrá de ser actualizada en el momento de dictar resolución, conforme a lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar el Consejo Jurídico que sí concurren elementos generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración municipal, procediendo la estimación parcial de aquélla; todo ello sin perjuicio de la obligación de dicha Administración de iniciar el procedimiento previsto en el artículo 21 RRP con el fin de exigir al personal a su servicio que corresponda la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, en los términos que se indican en el artículo 145.2 LPAC.

**SEGUNDA.-** La determinación de la cuantía de la indemnización habrá de atender a lo indicado en la Consideración Sexta de este Dictamen.

No obstante, V.S. resolverá.

**DICTAMEN 100/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 26/05/08**

**Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 32/2008.*

**DICTAMEN 101/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 26/05/08**

**Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 32/2008.*

**DICTAMEN 102/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 26/05/08**

**Extracto de Doctrina**

*Sólo en el caso de que se produzca una infracción de la lex artis responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante todo el proceso del parto, permite delimitar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no sólo porque exista lesión sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría*

*una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de intervenciones en centros sanitarios públicos, que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o existiera una lesión derivada de una complicación de una asistencia realizada conforme a la lex artis.*

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 21 de marzo de 2005, los esposos x, y., actuando en nombre propio y en el de su hijo, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida durante el alumbramiento del niño.

Según los reclamantes, con fecha 18 de abril de 2004, x. acudió a urgencias del Hospital Comarcal del Noroeste por presentar molestias en hipogastrio y movimientos fetales incrementados, encontrándose en un estado de gestación de 40 semanas y 4 días. Se decide ingresar a la paciente para observación y control del bienestar fetal.

El día siguiente del ingreso, sobre las 11.30 horas, se avisó a las enfermeras por notar un incremento de dinámica uterina. A las 19 horas fue trasladada al paritorio, donde se abrió el correspondiente partograma, en cuyo apartado "*condiciones al ingreso*" se hizo constar como riesgo: HTA leve, membranas rotas, y como diagnóstico: Inducción Propess.

A las 20.00 horas se anotó RAM (rotura artificial de membranas) polo inferior de bolsa; LA (Líquido amniótico) claro y a las 20.20 horas se le administró anestesia epidural. A las 21.00 horas consta que presenta 3 cm. de dilatación y que a las 2.10 horas se inició la estimulación por oxitocina. A las 22.00 horas, según partograma, había alcanzado dilatación completa, encontrándose el feto entre II-III plano de Hodge y se procedió a retirar el Propess.

El niño nació a las 23.02 horas mediante vacuoextracción por expulsivo prolongado realizando tres tracciones. Consta que al niño se le practicó reanimación por pediatría y anestesista antes de que fuera ingresado en Neonatología.

El recién nacido ingresó en el Servicio de Pediatría, Sección de Neonatología donde permaneció hasta el alta en fecha 7 de mayo de 2004, siendo el juicio clínico:

- 1.- *SFA grave-moderado*
2. - *Intolerancia digestiva transitoria.*
- 3.- *Sd. Infeccioso.*
- 4.- *Hipocalcemia transitoria.*
- 5.- *HT Pulmonar leve 2ª a 1*
- 6.- *Muguet.*
- 7.- *Ictericia por sumación de factores.*
- 8.- *Cefalohematoma.*
- 9.- *Vacuoextracción.*
- 10.-*RNT AEG*".

Siguen los reclamantes, que, a la vista de la historia clínica, cabe deducir lo siguiente:

- 1.-*Que la gestante estaba de 40 semanas y 5 días.*
- 2.- *Tenía hipertensión arterial.*

- 3.- *Que el parto fue inducido con prostaglandinas.*
- 4.- *Que sobre las 20:00 horas se le rompió la bolsa y el líquido amniótico era claro.*
- 5.- *Que entre las 18:30 y las 22:00 horas, el líquido amniótico pasó de ser claro a ser sanguinolento para terminar siendo meconial al nacimiento.*
- 6.- *Al nacimiento se le practicaron al niño aspiraciones oro y nasofaríngeas, reanimación e intubación.*
- 7.- *Que el parto fue instrumentado precisando de 4 ventosas fallidas (tracciones).*
- 8.- *Presentó un Apgar al nacimiento de 3 al minuto y de 4 a los cinco minutos.*
- 9.- *A la hora de vida, en el primer control analítico efectuado, el recién nacido presentó una gasometría capilar con acidosis metabólica intensa (Ph de 7.191), como consta al folio 96.*
- 10.- *Que el niño presentó un EEG con signos irritativos multifocales; gran agitación con movimientos de flexopronación y rotación de ambas manos con puños cerrados, con algún espasmo muscular (...), y además gran cefalohematoma parietal izquierdo más moldeamiento craneal”.*

Así mismo, de los registros gráficos de la monitorización de x. resulta que, a las 21.00 horas, el monitor comienza a presentar deceleraciones en la frecuencia cardíaca fetal. A partir de las 21.40 horas estas deceleraciones se multiplican y agravan, existiendo incluso sobre las 22.01 una anotación en el propio monitor de DIP, finalizando la monitorización sobre las 22.00 horas “*con un registro muy patológico*”.

Concluyen los reclamantes que en las gráficas de monitorización se encuentran alteraciones compatibles con la pérdida de bienestar fetal, sobre las 21.10 y 21.40 horas, lo que junto al dato de aguas sanguinolentas, indican obligatoriamente la realización de una determinación de pH fetal para la comprobación del estado fetal y, en función del resultado, decidir si era viable la prolongación del parto o, por el contrario, era inaplazable la extracción inmediata del niño mediante cesárea, antes de las 22.00 horas, primero, y antes de aplicar la ventosa después. No se tuvo en cuenta el estado del niño a la hora de decidir.

Además, los reclamantes no creen que se dieran las condiciones idóneas para la aplicación de la ventosa, pues, según consta en el partograma, a las 22.00 horas el feto estaba entre II-III plano de Hodge, cuando la ventosa debe aplicarse entre III-IV, lo cual explica por qué necesitó de cuatro tracciones para la extracción del niño y el vacío tan agresivo que tuvo que imprimirse a la ventosa, que le causó al nasciturus un gran encefalohematoma parietal izquierdo más moldeamiento craneal.

Alegan que existe constancia documental de la existencia de un sufrimiento fetal grave, con acidosis metabólica y encefalopatía hipoxico-isquémica perinatal, todo ello constatado por el test de Apgar tan bajo que tuvo el niño al nacer, de 3 al minuto y de 4 a los cinco minutos.

Todo lo expuesto quedaría confirmado por el diagnóstico emitido el 22 de octubre de 2004 por el Servicio de Neuropediatria del Hospital Virgen de la Arrixaca, donde se encuentra:

- Encefalopatía hipóxico-isquémica neonatal.
- Epilepsia sintomática manifestada como espasmos infantiles.
- Retraso psicomotor secundario.

Consideran, en fin, que dichas lesiones, por las que reclaman, se le causaron al niño en el momento del parto, por todo lo cual solicitan una indemnización de 1.450.000 euros.

La reclamación se acompaña de copia de escritura de poder para pleitos a favor del Letrado que presenta la reclamación y de la historia clínica que documenta la atención prestada a madre e hijo.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación mediante resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, se encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente.

El órgano instructor comunica dicha admisión a los reclamantes, a la correduría de seguros, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la Dirección de los Hospitales “Virgen de la Arrixaca” y Comarcal del Noroeste, requiriendo de estos últimos la remisión de copia de la historia clínica e informe de los facultativos que atendieron a los pacientes.

**TERCERO.-** Desde el Hospital “Virgen de la Arrixaca” se remite copia de la historia clínica del niño e informe del neuropediatra que lo atendió, que es del siguiente tenor literal:

*“Se han llegado a los diagnósticos reflejados en el informe clínico de alta, fechado el 22-10-2004, y concluyendo en el de Encefalopatía hipóxico-isquémica neonatal, por ser todos los hallazgos neurológicos compatibles con ese origen, que nos ha sido ampliamente expuesto en el informe clínico que emitió el S. de Pediatría del Hospital Comarcal del Noroeste.*

*Posteriormente ha sido asistido en Consulta Externa en tres ocasiones (15-11-2004; 24-11-2004 y 20-01-2005), corroborando el diagnóstico inicial, que conlleva la asociación de una epilepsia sintomática que hace necesario el mantenimiento de tratamiento farmacológico en tal sentido, y comprobando, de momento, una evolución de la epilepsia favorable, tanto clínica como electroencefalográfica.*

*Todo ello se asocia a un retraso de los patrones de maduración psicomotriz, consecuencia implícita en el término de encefalopatía, y que exige mantener un programa terapéutico de Atención Temprana en el Centro que para tal fin tienen en su localidad de residencia”.*

**CUARTO.-** Desde el Hospital Comarcal del Noroeste se remitió copia de la historia clínica e informe colegiado de los facultativos y matronas intervinientes, que niegan las imputaciones formuladas en la reclamación, (folios 446 y siguientes). Así, manifiestan:

*“Que se falsea la realidad cuando en el folio 2º de la reclamación dice que fue trasladada a las 19.00 h a la sala de paritorio, cuando en realidad queda en dilatación desde las 13.30 h.*

*También es falso cuando dice en el folio 2 que la rotura de membranas se produjo a las 20.00 h ya que en el partograma figura que fue a las 18.30 h y de forma espontánea. A las 20.00 h lo que se rompió fue un polo de bolsa que quedaba, como también se especifica en el partograma. En ambos casos el líquido amniótico fue claro.*

*Tras administrar analgesia epidural obstétrica, a las 21.10 h se retira el Propess (no se retiró en dilatación completa como especifica el folio 2 de la reclamación) y se inicia la estimulación con Oxitocina.*

*En el folio 5 del escrito de reclamación se vuelve a falsear la realidad al decir que “el líquido amniótico pasó de ser claro a sanguinolento, terminando en meconial al nacimiento”. Dicha intervención no consta en ningún apartado de la historia clínica y mucho menos en el partograma, lugar que recoge las incidencias del parto. El líquido amniótico fue en*



*todo momento claro y en ningún momento hay sospecha de sufrimiento fetal. La incorrecta interpretación viene de la hoja de pediatría en donde figura que se aspiran abundantes secreciones sanguinolentas oro y nasofaríngeas al recién nacido, hecho muy frecuente al haber pasado el feto por el canal del parto tras haber realizado la episiotomía. En el mismo folio aparece la frase “Meconio en paritorio” eso explica simplemente que el feto ha defecado en paritorio.*

*Tras una rápida dilatación con tensiones arteriales normales, el líquido amniótico claro y un registro cardiotocográfico donde no apreciamos signos de sufrimiento fetal, la matrona decide pasar a la paciente en dilatación completa para lo que se prevenía un parto eutócico.*

*En el folio 5 del escrito de reclamación se afirma que a las 21.00, en el monitor comienzan a aparecer deceleraciones de la FCF (frecuencia cardiaca fetal), que se van multiplicando y agravando, existiendo incluso a las 22:01 horas una anotación de “DIP”, finalizando el monitor con un registro muy patológico. Respecto a esta errónea interpretación del registro tenemos que decir que éste fue considerado por el personal que le atendía como un registro reactivo y con buena variabilidad. En este caso lo que apreciamos es una bradicardia moderada-marcada, interpretada por nosotros como el encajamiento de la cabeza fetal. De hecho al cambiar de posición a la madre y ponerla en Decúbito Lateral Derecho (“DLD”), desaparece, persistiendo variabilidad en todo el trayecto. Y es que tal como documentamos, (...) una bradicardia de la línea de base asociada a una buena variabilidad no suele ser indicativo de sufrimiento fetal, incluso a frecuencias de 80-100 latidos/minuto. Se cree que este patrón refleja una respuesta parasimpática frente a una situación de compresión cefálica continua.*

*En el folio n° 5 del escrito de reclamación dice erróneamente que hay una anotación de “DIP”, cuando realmente lo que figura es “DLD”, que quiere decir que se le pide a la paciente que cambie de posición a Decúbito Lateral Derecho, con lo cual apreciamos que cede la bradicardia con una rápida recuperación de la FCF.*

*Al desaparecer la bradicardia con el cambio de posición empiezan a aparecer deceleraciones variables, todas ellas con buena variabilidad, que son interpretadas por nosotros como propias del expulsivo. Desde hace tiempo se ha reconocido una reducción de la frecuencia cardiaca fetal en el período de expulsión, tanto en presentación de vértice como de nalgas (...).*

*OCTAVO: En el folio n° 6 del escrito de reclamación indica la obligatoriedad de realizar un pH fetal por presentar el monitor sobre las 21:10 a las 21:40 horas una pérdida de bienestar fetal, junto con aguas sanguinolentas (líquido teñido). TOTALMENTE FALSO. Volvemos a reiterar que el líquido fue siempre claro y el monitor, concretamente en ese momento, muestra unos parámetros dentro de la normalidad. Como hemos expuesto anteriormente, para nosotros no hubo signos de sufrimiento fetal. La bradicardia la interpretamos como encajamiento de la cabeza fetal, y los dips variables como los propios que se presentan en el período expulsivo. La evolución del parto estaba siendo satisfactoria, las tensiones arteriales normales, el líquido claro en todo momento, y las condiciones obstétricas favorables para la realización de un parto normal, por lo que se decidió pasar a paritorio por la matrona. La matrona hizo empujar a la gestante, quedando la cabeza encajada en el III plano de Hodge. Pero no progresando ésta, el ginecólogo valoró acortar el expulsivo con una vacuoextracción, tal y como recomienda la SEGO (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia).*

*NOVENO: La ventosa se realizó por considerar que reunía las condiciones necesarias según la SEGO, además de ser para nosotros la manera más rápida de acabar el parto. Condiciones necesarias según la SEGO:*

1. *Membranas rotas.*
2. *Presentación cefálica.*
3. *Punto guía en III plano de Hodge.*
4. *Disponibilidad para la realización de una cesárea urgente (nuestro quirófano se encuentra a 15 metros del paritorio).*
5. *Dilatación cervical completa.*

*En el folio n° 6 del escrito de reclamación se indica que la aplicación de la ventosa requiere un mínimo de 20 minutos para su aplicación. Esto es falso según la SEGO.*

*Que hubo 4 tracciones fallidas. Esto es falso: hubo 3 tracciones y de una misma ventosa, con lo cual nunca hubo una ventosa fallida.*

*Que el feto estaba en II-III plano de Hodge cuando se realizaba la ventosa. Esto es falso: así estaba en dilatación a las 22:00 horas. Cuando se realiza la ventosa, la cabeza fetal estaba totalmente encajada en III plano de Hodge.*

*Que el feto presentó gran encefalohematoma. Esto es falso: El feto presentó un caput succedaneum, propio del vacío de la ventosa, como se verifica en la Ecografía transfontanelar (cerebral) y TAC craneal, realizadas tras el parto (registrados en la Historia Clínica).*

*Así, según la SEGO, se debe abandonar la realización de la ventosa:*

1. *Si no se resuelve en 15 ó 20 minutos; nosotros la hicimos en menos de 15 minutos.*
2. *Si no se logra descender el polo cefálico con 7 u 8 tracciones, nosotros realizamos 3 tracciones.*
3. *Si hubo 2 deslizamientos de la campana; nosotros no tuvimos ninguno.*

*DÉCIMO: En el folio n° 5 del escrito de reclamación, en el hecho cuarto, informa que se trata de un embarazo cronológicamente prolongado, por lo cual tendríamos que haber previsto un parto difícil y con complicaciones añadidas. Esto es falso: El Embarazo Cronológicamente Prolongado (ECP) es a partir de las 42 semanas de gestación según los protocolos de la SEGO o cualquier otra bibliografía que se consulte. La paciente estaba de 40 semanas de edad gestacional.*

*UNDÉCIMO: (...) Tras el parto, la reanimación practicada al RN según la clasificación actual, es de tipo III, esto es: necesita asistencia ventilatoria por dificultad del neonato para mantener por sí mismo la respiración, pero no se mantiene. Esto indica que, en lugar de precisar conectarlo a ventilación mecánica o artificial, por fracaso permanente de la función respiratoria, se extuba al minuto, una vez recuperado el ritmo respiratorio y se instauran las respiraciones autónomas eficaces.*

*A su ingreso, el paciente presenta dificultad respiratoria neonatal, como muestra su exploración. Según la puntuación de Silverman-Andersen, utilizado a nivel internacional, el paciente presenta una calificación de 4 de un máximo de 10 (retracciones, torácicas, quejido audible sin fonendo). Esta puntuación indica la necesidad de soporte respiratorio,*

*pero confirma que no precisa ventilación mecánica de soporte, puesto que no hay datos de fracaso respiratorio inminente.*

*En su evolución, se corrigieron al ingreso los desequilibrios del medio interno que se evidenciaron, y se practicaron pruebas complementarias para establecer el pronóstico:*

*1.- Ecografías transfontanelares seriadas cerebrales: normal. Se descartan, por tanto, las anomalías propias de los sufrimientos fetales intensos con alteración de la circulación cerebral (edema cerebral, aumento de las resistencias vasculares cerebrales, inversión del flujo en diástole).*

*2.- TC craneal: normal. No se aprecian, pues, lesiones hemorrágicas del parénquima cerebral (aunque las hubiere en el contorno externo de la caja craneal) que ensombrezcan el pronóstico. Citando textualmente el protocolo correspondiente de la SEN (Sociedad Española de Neonatología), “los neonatos con TC normal en la primera semana de vida rara vez presentan secuelas neurológicas en el seguimiento”.*

*3.- EEG: signos irritativos discretos multifocales, en área centrot temporal derecha. No se aprecian los datos sugerentes de pobre pronóstico neurológico secundario a encefalopatía hipoxia, recogidos en el protocolo de la Sociedad Española de Neonatología (SEN), como son: bajo voltaje mantenido, trazado brote-supresión o trazado isoeléctrico.*

*4.- ECOCARDIOGRAMA: Se aprecia hipertensión pulmonar leve, presente en los recién nacidos, aún normales, hasta las 48-72 horas de vida, y que no condiciona secuelas secundarias. Este es el motivo de que no se le haga seguimiento cardiológico a la situación descrita.*

*De las conclusiones referidas, debemos matizar:*

*Conclusión quinta (Doc.6): que tras la rotura de membranas (bolsa de aguas anterior) el líquido consta como claro, tras este momento, no hay método para valorar la coloración del líquido que queda tras la cabeza fetal, ni la evolución clínica del mismo. El líquido amniótico no consta como meconial en ningún momento de la historia, es el único factor de riesgo aducido en el escrito de reclamación que consta como de riesgo según los criterios de la Sociedad Española de Neonatología.*

*Conclusión sexta: A todos los niños se les realizan aspiraciones oro y nasofaríngeas independientemente de su estado al nacimiento. La intubación practicada no se siguió de nuevos intentos de reintubación debido a que el estado clínico del paciente lo permitía.*

*DUODÉCIMO: El pronóstico neurológico basado en los datos al nacimiento es difícil de establecer. El diagnóstico emitido con fecha de 22 de octubre de 2004 dista de ser definitivo, como pretende indicarse, sino que es un diagnóstico evolutivo que sustituye a diagnósticos incompatibles previos. Por tanto, debe valorarse el diagnóstico más reciente al momento de la reclamación.*

*DECIMOTERCERO: En el daño aludido no existe una clara conexión entre el hecho que ha determinado el perjuicio y el mismo. Si bien la clínica está presente desde el nacimiento, y aludiendo a la presencia de una hipoxia perinatal, el grado de la misma es desproporcionado con las consecuencias que se le atribuyen, como puede deducirse de los siguientes hechos:*

*1.- No se ha evidenciado la presencia de afectación multiorgánica en el grado proporcional al daño cerebral supuestamente desencadenado por la asistencia perinatal. Dado*

*que la circulación cerebral es prioritaria para el organismo, en caso de disminución de aporte de sangre al cerebro se produce una redistribución de sangre hacia el mismo, en detrimento de otras zonas de la anatomía, con disfunción y daño de las mismas. De ser cierta la profundidad de la lesión imputada, se debería haber evidenciado la afectación de otros órganos y sistemas en grado similar o superior, con depresión miocárdica, insuficiencia renal, necrosis intestinal o enterocolitis o depresión respiratoria profunda.*

*2.- No se han constatado, ni en el momento cercano al parto, ni en el seguimiento, lesiones típicas en las pruebas de neuroimagen que sugieran la existencia de una encefalopatía hipóxica grave, proporcionales a la intensidad del resultado imputado.*

*3.- Los hallazgos electroencefalográficos presentes en el nacimiento no implican mala evolución neurológica ni tienen mal pronóstico por sí mismos. Además la presencia de convulsiones en el momento del nacimiento, clínicas o electroencefalográficas, tienen menos valor pronóstico en sí mismas que los patrones de mal pronóstico citados.*

*4.- No quedan descartadas otras patologías que pudieran condicionar la mala evolución neurológica del paciente. Dado el historial de esterilidad primaria de larga evolución, que condicionan el uso de técnicas de asistencia a la fertilidad, existe la duda razonable de que un factor no descubierto pueda condicionar daños al feto.*

*De todo lo anterior concluimos que no existe una clara relación causal entre la asistencia perinatal y el resultado imputado”.*

**QUINTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica el 21 de junio de 2005, se emite con fecha 28 de junio de 2006. La inspectora basa su actuación en la descripción de los hechos contenida en la reclamación y en el análisis que de los mismos efectúan los facultativos intervinientes, comprobando y verificando tanto los datos y registros existentes en la historia clínica como la interpretación que de la situación clínica y de la asistencia prestada efectúa el informe facultativo, en relación con la rotura de membranas, el color del líquido amniótico, la inducción del parto, el control de la tensión arterial y de la evolución del parto, la vacuoextracción y la adecuación de todo lo realizado a los protocolos de la SEGO.

Ello le permite alcanzar la siguiente conclusión:

*“Comprobada la veracidad de la información comentada por los facultativos que asistieron a la gestante contrastándola con la historia clínica, no hay demostración de mala asistencia ni hay datos que relacionen causalmente el hecho del parto con la patología detectada en el recién nacido”.*

**SEXTO.-** Consta en el expediente que se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación, dando lugar al Procedimiento Ordinario 51/2006, que se sigue ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

**SÉPTIMO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, no hacen uso del mismo al dejar transcurrir el plazo otorgado al efecto sin presentar alegaciones ni justificación alguna.

**OCTAVO.-** Desde la instrucción se solicita informe a la SEGO, al objeto de poder determinar si la asistencia recibida por la paciente en el parto fue ajustada a las exigencias de la *lex artis ad hoc* y, en concreto, que respondiese a ocho preguntas planteadas por el Servicio Murciano de Salud.

La indicada Sociedad designa como perito al Profesor Titular de Obstetricia y Ginecología de la Universidad Autónoma de Madrid y Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario Sta. Cristina de Madrid, Dr. x., el cual no se limita a responder al interrogatorio planteado por la instrucción, sino que efectúa un detenido y completo análisis crítico de la asistencia prestada a la paciente desde que acude a urgencias hasta el momento de extraer el feto mediante la vacuoextracción, atendiendo asimismo a la situación clínica en que nace el niño y su evolución posterior. Para ello analiza paso a paso todos y cada uno de los actos médicos que se van realizando, atendiendo a su indicación, inexistencia de contradicciones y la valoración que los médicos actuantes realizan de las distintas fases que marcan el progreso del parto. Para ello atiende, además de a una abundante bibliografía que cita y a veces reproduce, a los diferentes protocolos de la SEGO, que transcribe parcialmente en lo que resulta de aplicación al supuesto analizado. Todos los actos médicos son valorados por el perito como adecuados a dichos protocolos, afirmando, además, que no existe relación causa-efecto entre la hipoxia perinatal y los daños neurológicos.

Como corolario del informe, pasa a responder a las preguntas planteadas por el Servicio Murciano de Salud en los siguientes términos:

*“1º.- ¿Una vez que la paciente ingresa en el Hospital de Caravaca de la Cruz, el 18 de abril de 2004, se llevó a cabo un adecuado control y vigilancia del parto de x., acorde con los Protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO)?*

*El control y vigilancia del parto de x. se ha realizado siguiendo los protocolos de la SEGO.*

*2º.- ¿Fue correcta la decisión de inducir el parto en la semana 40 de la gestación por hipertensión arterial leve?*

*La decisión de inducir el parto es correcta. Es una inducción terapéutica con el objetivo de alcanzar un beneficio: el de hacer desaparecer el riesgo de una hipertensión arterial posterior. Clínicamente está justificada.*

*3º.- ¿Es cierto que hasta el momento en que se lleva a cabo la extracción instrumental no existen alteraciones en el registro cardiotocográfico fetal que puedan relacionarse con una situación de hipoxia de la suficiente entidad como para originar las lesiones neurológicas posteriormente diagnosticadas?*

*En las monitorizaciones que se han realizado no aparecen alteraciones que permitan relacionarlas con lesiones neurológicas posteriores, a la luz de los conocimientos científicos actuales.*

*4º.- ¿Es cierto que los registros aportados a las actuaciones muestran patrones normales, existiendo únicamente algunas deceleraciones de tipo variable sin que puedan relacionarse con una situación de hipoxia fetal?*

*En ninguno de los trazados aparecen deceleraciones que puedan relacionarse con una situación de hipoxia fetal.*

*5º.- En el presente caso ¿concurren los criterios generalmente consensuados que permitan afirmar que estamos en presencia de una encefalopatía o parálisis cerebral secundaria a hipoxia intraparto?*

*Puede afirmarse de forma inequívoca que, a la luz de las evidencias científicas que disponemos hoy, no concurren los criterios que se aplican para afirmar que estamos ante una encefalopatía secundaria a hipoxia intraparto.*

6º.- *¿En el presente caso se daban las condiciones, de acuerdo con los protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO), para la aplicación de la ventosa obstétrica?*

*Se cumplían las condiciones necesarias para su aplicación, existía la indicación y no había ninguna contraindicación que desaconsejara su uso.*

7º.- *¿Es cierto que el cefalohematoma es una complicación posible en un parto con ventosa, pese a su correcta aplicación, que no implica, necesariamente, una lesión intracraneal concomitante, por lo que no se puede relacionar con las lesiones neurológicas diagnosticadas?*

*El cefalohematoma es una complicación posible durante el parto, tanto instrumental como espontáneo. No hay base científica que permita relacionar el cefalohematoma con lesiones neurológicas.*

8º.- *En su opinión, ¿la actuación desarrollada por los distintos profesionales que asistieron el parto de x. se ajustó a las normas de lex artis?*

*En mi opinión, las actuaciones de los profesionales que asistieron al parto de x. se ajustan a las normas de la lex artis”.*

**NOVENO.-** Conferido nuevo trámite de audiencia a los interesados, no hacen uso del mismo, procediendo la instrucción a formular propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no concurrir los requisitos exigidos por el ordenamiento para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre los daños padecidos por el niño y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 7 de noviembre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento de tramitación.

1. La legitimación activa corresponde a los padres, en su condición de representantes legales de su hijo menor de edad (artículo 162 del Código Civil), que es quien sufre en su persona los daños imputados a la atención sanitaria recibida. Todo ello a tenor de lo previsto

en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el 4.1 RRP. Del mismo modo, los padres también ostentan una legitimación directa en relación al daño moral cuya indemnización reclaman.

En cuanto a la legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en cuanto titular del centro hospitalario y del servicio público de asistencia sanitaria a cuyo funcionamiento se imputan los daños.

2. Presentada la reclamación el 21 de marzo de 2005 y habiéndose prestado la asistencia sanitaria a la que se imputan los daños durante los días 18 y 19 de abril de 2004, es evidente que aquélla ha sido interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC señala para la prescripción del derecho a reclamar.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP.

Sin embargo, conviene destacar la ausencia total de prueba de los reclamantes de algunos de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, atribuible en exclusiva a los mismos; en el presente supuesto, los informes médicos de los facultativos que la atendieron, de la Inspección Médica y del perito designado por la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia no han sido cuestionados o rebatidos por la parte reclamante a través de las correspondientes alegaciones en los dos trámites de audiencia que se les ha otorgado, sin que ni tan siquiera hayan comparecido. A este respecto la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 27 de junio de 2001, destaca *“Que corolario de lo dicho es que quien reclama debe probar la relación de causalidad antes expuesta (artículo 6.1.2º in fine Reglamento de Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial (...), y a tal efecto lo propio habría sido interesar una prueba pericial sobre la bondad de los tratamientos dispensados, prueba vital pues se está en un pleito en el que son convenientes o necesarios conocimientos científicos (...) al carecer este Tribunal de conocimientos oncológicos”*.

De otra parte, la circunstancia de que se haya interpuesto por los reclamantes ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Murcia el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta, no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (artículo 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues los reclamantes podrían desistir o solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa. En todo caso convendría que el departamento consultante actuara coordinadamente con la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad, en su condición de centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que es parte la Administración regional (artículo 4.2 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), como también sugerimos en nuestro Dictamen núm. 72/06.

Asimismo, atendido el carácter evolutivo de las lesiones neurológicas que presenta el niño, habría sido muy útil contar en el expediente con un informe acerca del estado actual del paciente.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

Para los reclamantes, la asistencia sanitaria prestada a la parturienta fue la causa de los problemas neurológicos que afectan al niño, en la medida en que los facultativos intervinientes no valoraron adecuadamente el estado del feto a la hora de decidir la técnica que llevara al nacimiento. Para los reclamantes, en la historia clínica existen signos e indicios



que apuntaban hacia un sufrimiento fetal, lo que aconsejaba la práctica de una cesárea, no dejar progresar el parto. Asimismo, consideran que la utilización de ventosas para acelerar el expulsivo fue una decisión incorrecta y no avalada por los protocolos médicos de la SEGO.

2. La antijuridicidad del daño y el nexo causal entre éste y el funcionamiento de los servicios públicos vendrían determinados por un funcionamiento anormal de los servicios sanitarios, que no prestaron una asistencia obstétrica correcta, cuestión que aparece íntimamente ligada a la *lex artis*. Ésta, como se ha dicho, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) (ello supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”*.

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante todo el proceso del parto, permite delimitar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no sólo porque exista lesión sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de intervenciones en centros sanitarios públicos, que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o existiera una lesión derivada de una complicación de una asistencia realizada conforme a la *lex artis*.

En el supuesto sometido a consulta, la imputación del daño al servicio público se objetiva como omisión de medios, pues consideran los reclamantes que de haber procedido a efectuar una adecuada valoración del estado del feto y de haber efectuado una cesárea, se habría puesto fin de forma inmediata al sufrimiento de aquél, evitando así la producción del episodio hipóxico al que vinculan las secuelas neurológicas que presenta el niño.

La determinación de si la cesárea estaba indicada en atención a las circunstancias del alumbramiento y si su aplicación hubiera evitado las patologías sufridas por el niño, se convierten en cuestiones esenciales, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico, y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación omisiva de la Administración.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su cualidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública.

En el supuesto objeto de consulta, además, la Administración ha estimado oportuno solicitar de la SEGO la designación de un perito, que ha avalado la corrección de la asistencia sanitaria prestada a la paciente y a su hijo en los períodos ante, intra y postparto.

Frente a la abundante actividad probatoria desplegada por la Administración, la reclamante ha omitido traer al procedimiento informe pericial médico alguno que sustente sus alegaciones e imputaciones y permita alcanzar un juicio contrario a las conclusiones alcanzadas por las valoraciones técnicas obrantes en el expediente, que de forma unánime y contundente avalan el ajuste a normopraxis de la atención prestada a los pacientes. Consecuencia de todo ello es que no existe, siquiera sea indiciariamente, elemento probatorio alguno que acredite una mala praxis médica, siendo insuficiente a tal efecto la constatación en el expediente de las dolencias que presenta el niño, pues si bien ello permite considerar acreditado el daño, no prueba que éste derive de la asistencia prestada antes, durante y después del parto.

En este sentido, las únicas valoraciones técnicas de dicha asistencia vienen constituidas por el informe de los facultativos intervinientes, el de la Inspección Sanitaria y el del perito designado por la SEGO. Como ha quedado suficientemente expresado en los antecedentes de este Dictamen, todos ellos coinciden en declarar el ajuste a normopraxis de la actuación del equipo médico que asistió al parto de la reclamante. Es de destacar la minuciosidad con que el primero de los citados analiza las alegaciones efectuadas por los reclamantes en su escrito inicial, poniendo de manifiesto los errores en que éstos incurrían al interpretar la documentación obrante en la historia clínica y contestando de forma particular a las imputaciones que les realizan.

Procede, en consecuencia, informar favorablemente la propuesta de resolución que no advierte, en los hechos en que se basa la reclamación, la presencia de elementos generado-

res de responsabilidad patrimonial, singularmente, el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños neurológicos que presenta el hijo de los reclamantes.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 103/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante:** Consejera de Sanidad (2004)

**Fecha:** 26/05/08

### **Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 32/2008.*

**DICTAMEN 104/08.- Resolución de contrato formalizado con la mercantil x, por los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria en el municipio de Abarán.**

**Consultante:** Alcalde del Ayuntamiento de Abarán

**Fecha:** 02/06/08

### **Extracto de Doctrina**

*(...) se ha dicho que, de acuerdo con las STS de 21-11-2000, reflejada en otras de 11-10-1983 o 10-6-1996, en el artículo 111 del TRLCAP se incide para que sea eficiente como causa relevante de la resolución un incumplimiento esencial del contrato, al referirse el precepto a las obligaciones contractuales esenciales o, sin duda de forma equiparada a éstas, a aquellas que se establezcan expresamente en el contrato, en el sentido de que*

*se establecen expresamente en el contrato como esenciales. De este modo, cuando el contrato lo define así expresamente no hay problema, pero cuando esto no es así, las dudas interpretativas del precepto se encuentran en el acotamiento de qué debe ser considerado esencial.*

*Probablemente a raíz de la problemática planteada, la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ha sustituido la prescripción hasta ahora vigente en el artículo 111, g) TRLCAP, para establecer en su artículo 206, g) como causa de resolución de los contratos administrativos el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato; inciso este último revelador de la preocupación del legislador por acotar los posibles excesos que, en este punto, podían darse en la práctica administrativa a la vista de pliegos contractuales redactados sin atenerse a las exigencias de concreción y proporcionalidad antes apuntadas. Sobre esta innovación normativa ya se ha dicho por algún autor que la exigencia de previa tipificación ahora introducida refuerza la seguridad jurídica e impone un mayor rigor en la redacción de los documentos contractuales.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante Acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de Abarán, de 16 de abril de 2003, se adjudicó a la --, S.A. el contrato de gestión (de “arrendamiento”) de los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos, limpieza viaria y limpieza de centros municipales, por un precio anual de 793.157’60 euros, I. V. A. incluido, más los ingresos que corresponderían al Ayuntamiento por el reciclado de los citados residuos y la venta de los correspondientes productos, conforme con el convenio suscrito por el mismo con la empresa --, S.A. El plazo del contrato es de 20 años, contados a partir de su formalización, que tuvo lugar el 22 de mayo de 2003.

**SEGUNDO.-** Mediante dos escritos presentados en el Ayuntamiento el 9 de enero de 2008, determinadas personas físicas que dijeron comparecer como representantes de los trabajadores de la citada UTE, manifestaron que, en la indicada fecha, dichos trabajadores aún no habían percibido la nómina del mes de diciembre anterior, y que no se hacían responsables de cumplimiento del 100% del servicio, pues faltaba personal para cubrir el mismo, solicitando al Ayuntamiento que “tome las medidas oportunas”.

**TERCERO.-** En oficio de la misma fecha, el Alcalde del Ayuntamiento de Abarán requiere a la citada empresa para que, a la mayor urgencia posible, antes de 24 horas, proceda a solucionar el problema descrito, de ser cierto o, en caso contrario, a poner en conocimiento del Ayuntamiento las justificaciones documentales pertinentes.

**CUARTO.-** Notificado por fax a la empresa dicho oficio, el 10 de enero de 2008 presenta al Ayuntamiento un escrito en el que solicita que se le dé traslado de los escritos de los representantes de los trabajadores a los que alude el oficio del Alcalde.

Asimismo, en otro escrito presentado en la misma fecha, la empresa alega lo siguiente:

*“Que el Ayuntamiento es conocedor de la precaria situación económica actual del servicio. En reiterados escritos y reuniones hemos manifestado nuestra preocupación en relación con los siguientes temas:*

— Retraso medio de 278 días (9 meses y ocho días) en hacer efectivo el pago de la facturación mensual, lo que contraviene el deber esencial para la administración de la financiación del servicio público.

— No haber realizado el pago de los intereses de demora devengados en el transcurso de esta concesión, escrito n° 2629 de fecha 23-04-07 (y las anteriores actualizaciones) y el escrito n° 139 que actualiza los intereses de demora a fecha 31-12-07.

— No haberse aprobado la 2ª, 3ª y 4ª revisión de precios y tenerse que dirimir en vía judicial, sin tener resolución firme en este sentido.

— Sufrir la concesión un desequilibrio económico financiero desde el inicio de la actividad, que tiene como consecuencia un enriquecimiento injusto para la administración, derivado del absentismo estructural de la plantilla, que igualmente se está dirimiendo en vía contencioso-administrativa.

— Existen, como hemos puesto recientemente de manifiesto, unas divergencias favorables a la empresa entre el cálculo que realiza el Ayuntamiento y el coste real, en referencia a los seguros sociales de los funcionarios, y que se descuenta mensualmente de nuestra facturación.

— La UTE ha debido solicitar en innumerables ocasiones financiación ajena, con la repercusión de costes financieros y costes indirectos que esto representa, para financiar el servicio, agotando prácticamente su capacidad de endeudamiento externo. Asimismo se ha debido de hacer cargo de las pérdidas no previstas de la concesión debidas al desequilibrio económico que afecta a la propia concesión, con aportaciones dinerarias de los propios socios de la UTE.

Por todo lo anterior se ha llegado a una situación de extrema gravedad económica en el seno de la UTE que no nos ha permitido afrontar en tiempo la nómina correspondiente al mes de diciembre de 2007. No obstante ello, se están realizando todas las gestiones oportunas y posibles, en orden a sufragar la mencionada mensualidad en el más breve plazo de tiempo. A este fin sería necesario, como en buena lógica es fácil de comprender, que esta administración además de cancelar la deuda histórica que venimos soportando, abonase las cantidades debidas por intereses de demora hasta el momento, y la pronta resolución de la cuestión suscitada por las cantidades debidas por las divergencias del coste de la seguridad social de los funcionarios.” (Esto último se refiere a determinados funcionarios —los que así lo solicitaron— afectos al servicio contratado que, conforme con lo estipulado en la Cláusula 17, m) del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares —PCAP— del contrato, la concesionaria tomaba a su cargo a efectos de abonarles sus retribuciones, junto a su propio personal, y sin perjuicio de otros funcionarios también destinados al servicio que seguían dependiendo retributivamente del Ayuntamiento, aunque bajo las directrices de la empresa).

**QUINTO.-** El 11 de enero de 2008, el Alcalde dicta un Decreto en el que, entre otros extremos, y a la vista de los anteriores escritos, expresa lo siguiente:

“Considerando.- Que constituye obligación del contratista el cumplimiento de las obligaciones tributarias, de seguridad e higiene en el trabajo, de la seguridad social y cualquier otra exigible, quedando el Ayuntamiento exonerado de toda responsabilidad por este incumplimiento, según dispone la Cláusula 15ª del Pliego de Condiciones.

*Considerando.- Que entre los derechos laborales esenciales de los trabajadores se encuentra la percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida, tal y como dispone el artículo 4.2, f) del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (...).*

*Visto.- Que el Pliego de Condiciones —Cláusula 16ª. 3, e)— califica como falta muy grave cualquier incumplimiento muy grave de las obligaciones que incumben al adjudicatario, debiendo considerarse que los hechos denunciados por los trabajadores constituyen infracciones de la máxima gravedad.*

*Considerando.- Que en el régimen de sanciones previsto en el Pliego de Condiciones se contempla como sanción para las infracciones muy graves la resolución del contrato con pérdida de la fianza prestada por el contratista.*

*Considerando.- Que el artículo 111, apartado g) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP) establece como causa de resolución del contrato el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales distintas a las que aparecen señaladas en dicho artículo, debiendo considerarse como incumplimiento de una obligación esencial la falta de pago de las nóminas de los trabajadores que prestan el servicio contratado.*

*Considerando.- Que el procedimiento que habrá de seguirse para la resolución del contrato será el previsto en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*

*Considerando.- La necesidad de adoptar, como medida cautelar urgente, con el fin de garantizar la debida continuidad en la prestación del Servicio, el abono por este Ayuntamiento de la nómina de aquellos trabajadores que han dejado de percibirla, y de continuar asumiendo dicha obligación del contratista en tanto perdure el incumplimiento que motiva la incoación del presente expediente sancionador, compensándose las cantidades abonadas por este concepto en la factura mensual que se abona al contratista como parte del precio del contrato.*

*Con el fin de hacer efectivo el pago de la nómina de aquellos trabajadores con dependencia exclusiva del contratista, éste deberá poner a disposición del Ayuntamiento toda la información que resulte precisa a tal efecto.*

*Por todo lo anteriormente expuesto, en uso de las competencias atribuidas por la legislación vigente, por la presente,*

#### **RESUELVO**

*PRIMERO.- Acordar el inicio del expediente sancionador en relación con el “Contrato administrativo para el arrendamiento de los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos y transporte hasta planta de tratamiento, limpieza viaria y limpieza de centros municipales en Abarán”, de fecha de 22 de mayo de 2003, suscrito entre el Excmo. Ayuntamiento de Abarán y la Unión Temporal de Empresas integrada por las mercantiles --, S.A. y --, S.A., motivada por el incumplimiento de la obligación de pago a los trabajadores de la nómina correspondiente al mes de diciembre, tal y como se pone de manifiesto en el escrito de fecha 9 de enero de 2008, presentado por los representantes de los trabajadores, pudiendo comportar dicho expediente sancionador la resolución del contrato.*

*SEGUNDO.- Acordar como medida provisional el abono de las nóminas dejadas de percibir y, en su caso, de las que en lo sucesivo se devenguen por los trabajadores que prestan el Servicio, en tanto se mantenga la falta de pago por parte del contratista. Con el fin de hacer efectivo el abono de las retribuciones dejadas de percibir por parte de los trabajadores con dependencia laboral exclusiva del contratista, éste deberá facilitar a este Ayuntamiento toda la información que resulte precisa a tal efecto, en el plazo improrrogable de 24 horas. Para poder llevar a cabo esta medida, se procederá por parte del Ayuntamiento a la COMPENSACIÓN de las citadas cantidades con cargo a las facturas mensuales por la prestación del servicio, tanto pendientes de abono como futuras.”*

**SEXTO.-** En escritos presentados el 16 y 17 de enero siguiente, diversos trabajadores de la empresa comunican voluntariamente al Ayuntamiento sus datos personales, una fotocopia de su nómina del mes de noviembre de 2007 y solicitan que se les ingrese a cuenta el importe de los salarios no abonados por aquella.

**SÉPTIMO.-** Mediante escritos presentados el 18 y 25 de enero siguiente, el director y el representante de la Asociación de Padres de los colegios municipales “Juan XXIII” y “San Pablo”, respectivamente, comunican al Ayuntamiento que existen deficiencias en la prestación del servicio de limpieza en los mismos, solicitando que se subsanen.

**OCTAVO.-** En oficio de 22 de enero de 2008, el Alcalde comunica a la empresa que, al haber transcurrido el plazo otorgado en su momento para que ésta procediera a abonar a los trabajadores la nómina del mes de diciembre de 2007, sin haberlo efectuado (ni haber comunicado al Ayuntamiento los datos de aquéllos), la Corporación procedió a su abono con fecha 18 de enero pasado. El oficio asimismo señala que se acompaña a la empresa el correspondiente justificante de dichos pagos.

**NOVENO.-** El 29 de enero de 2008, la central sindical “Comisiones Obreras”, presenta un escrito ante el Ayuntamiento en el que señala que la empresa concesionaria ha incurrido en diversos incumplimientos de orden laboral y que, ante la situación denunciada, se advierte de la posibilidad de emprender movilizaciones que podrían desembocar en una huelga indefinida de los trabajadores que prestan el servicio contratado.

**DÉCIMO.-** Habiendo sido notificado en su día a la empresa el Decreto de iniciación del procedimiento para la resolución contractual, mediante escrito presentado el 29 de enero de 2008 aquella presentó alegaciones en oposición a dicha pretensión municipal; dichas alegaciones pueden resumirse en lo siguiente:

— El Ayuntamiento no facilitó a la empresa los escritos presentados por los trabajadores que fundamentan el procedimiento incoado, lo que le impide conocer con exactitud los términos denunciados y le causa indefensión.

— El órgano municipal competente para iniciar el procedimiento en cuestión es el Pleno del Ayuntamiento, y no el Alcalde, por ser aquél el que adjudicó el contrato de que se trata.

— Con fecha 18 de enero de 2008, la empresa procedió al abono de la nómina de sus trabajadores correspondiente al mes de diciembre de 2007 (es decir, el mismo día en que lo hizo el Ayuntamiento), con lo que únicamente se ha producido un retraso de 13 días en el pago de tales nóminas.

— A cambio, en los cuatro años de concesión transcurridos, el Ayuntamiento ha abonado las certificaciones mensuales a que viene obligado por el contrato con un retraso

medio de 278 días, lo que ha generado unos intereses de demora, a 31 de diciembre de 2007, de 106.564,58 €, sin haberlos percibido todavía a pesar de haber sido reiteradamente reclamados. Añade que, en la actualidad, el retraso en el pago de las certificaciones es de seis meses.

De este modo, continúa, tales incumplimientos municipales han motivado que deba ser la empresa la que afronte la financiación del servicio, lo que no le corresponde, habiendo agotado su capacidad de endeudamiento, con los consiguientes problemas de liquidez, que son los que han provocado el retraso en el abono de la nómina en cuestión; por ello, no puede imputársele incumplimiento culpable que justifique la resolución del contrato. Cita en apoyo de tales afirmaciones la STS, Sala 3ª, de 27 de febrero de 2001 y diversos dictámenes de órganos consultivos autonómicos. Añade que lo esencial es la obligación de pago del Ayuntamiento, como lo demuestra que el artículo 167 TRLCAP otorgue al concesionario la facultad de resolver el contrato cuando la demora en el pago por parte de la Administración supere los seis meses.

— Al incumplimiento municipal reseñado se añade el desequilibrio económico financiero de la concesión, así como que el Ayuntamiento no ha procedido a efectuar todas las revisiones de precios pendientes, cuestiones éstas que se encuentran en sede jurisdiccional (en concreto, en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Murcia, autos 195/07), y que le han generado pérdidas por importe de 1.093.627 €.

— La tipificación como falta muy grave del retraso en el pago de la nómina vulnera lo establecido en el artículo 129.1, de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La cláusula 16ª.3.e) PCAP invocada por el Ayuntamiento, que tipifica como infracción muy grave del concesionario (determinante de la resolución del contrato) “*cualquier incumplimiento muy grave de las obligaciones que incumban al adjudicatario*”, es excesivamente genérica y carece de toda concreción, lo que resulta contrario a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia, citando al respecto varias sentencias.

— En todo caso, resulta desproporcionado tipificar como incumplimiento imputable al contratista y, además, considerarlo como infracción muy grave determinante de la resolución del contrato, un retraso que viene motivado por la falta de cumplimiento de las obligaciones de pago del Ayuntamiento.

— Considera que la denominada “*medida cautelar*” municipal, consistente en pagar directamente la nómina atrasada a los trabajadores de la empresa, carece de habilitación legal, pues la única medida de intervención municipal sobre el servicio prevista en la normativa de contratos administrativos es el secuestro de la concesión, que el Ayuntamiento no ha declarado, medida tras la cual sí podría asumir las obligaciones de pago con los referidos trabajadores.

— Por último, reitera lo expresado en el escrito que presentó al Ayuntamiento el 10 de enero de 2008 (Antecedente Cuarto).

**UNDÉCIMO.-** El 31 de enero de 2008, la empresa presenta otro escrito en el que solicita que el Ayuntamiento se abstenga de realizar descuento alguno en las certificaciones mensuales del servicio por razón de haber adelantado a sus trabajadores el pago de la nómina del mes de diciembre de 2007. Insiste en este escrito en la falta de habilitación legal del pago y que lo único previsto es el secuestro de la concesión. Añade que el fin alegado por el Ayuntamiento para justificar dicho pago es garantizar la continuidad del servicio,



cuando la empresa no ha expresado en ningún momento su intención de dejar de prestarlo, no conociendo si los trabajadores se han manifestado a favor de la suspensión de sus labores. Reitera que la empresa abonó la nómina del mes de diciembre con fecha 18 de enero de 2008 en su condición de gestor del servicio y empleador de los trabajadores, insistiendo en la improcedencia de que el Ayuntamiento descuenta de las certificaciones mensuales del servicio cantidad alguna por el indicado pago municipal, al ser nulo de pleno derecho.

**DUODÉCIMO.-** El 11 de febrero de 2008, el Director del colegio público “*Juan XXIII*” presenta un escrito en el que comunica al Ayuntamiento que la empresa concesionaria no limpia todos los días todo el centro, especialmente en el gimnasio; indica que puede que el centro necesite más horas de limpieza de las asignadas, pero también que en ocasiones se producen bajas entre el personal de dicha empresa que no son cubiertas de forma inmediata, por lo que le dedica ocho horas de media de servicio, cuando tiene asignadas doce horas.

**DECIMOTERCERO.-** Obra en el expediente una certificación del Tesorero Accidental del Ayuntamiento, de fecha 12 de febrero de 2008, en la que se hace constar que en 2007 se hicieron pagos a la concesionaria por importe de 592.110’13 € y, en 2008, de 144.941’39 €, de los que 24.179’91 corresponden al pago adelantado al personal de la empresa. Se adjunta a tal certificación determinada información contable, consistente en un listado de operaciones contables de pago relativas a diversas certificaciones mensuales del servicio, correspondientes a los años 2006 y 2007, según se deduce de su contenido.

**DECIMOCUARTO.-** Obra en el expediente un informe jurídico, suscrito por un abogado el 18 de febrero de 2008, cuyo objeto son las alegaciones presentadas por la concesionaria el 29 de enero anterior (Antecedente Décimo).

En síntesis, dicho informe expresa lo siguiente:

— Sobre la competencia del Alcalde para incoar el procedimiento de referencia, que es conforme con lo dispuesto en el artículo 21.1,a) de la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), pues al Pleno, como órgano de contratación que es, le corresponde la facultad de resolver el procedimiento, pero no necesariamente para iniciarlo, que es un acto de trámite distinto.

— El retraso en el pago de la nómina en cuestión es reconocido por la empresa y, considerando que la percepción puntual de los haberes del trabajador es un derecho laboral esencial recogido en el Estatuto de los Trabajadores y que el contratista viene obligado al cumplimiento, entre otras, de sus obligaciones laborales, según la cláusula 15ª del PCAP, se está ante un incumplimiento contractual de la máxima gravedad.

— El contratista ha vuelto a demorarse en el pago de la nómina del mes de enero de 2008, por lo que es un incumplimiento reiterado y no aislado.

— La demora del Ayuntamiento en el pago de sus obligaciones económicas con la empresa no exime a ésta de las suyas, sin perjuicio del derecho que le pueda asistir para solicitar la resolución del contrato, que no ha ejercido hasta la fecha. Además, consta que el Ayuntamiento efectuó pagos importantes al contratista durante los años 2007 y 2008, según consta en la certificación del Tesorero aportada al expediente; en concreto, en noviembre y diciembre de 2007 se le abonaron 55.425’70 y 106.265,42 €, respectivamente, por lo que no se comprenden los alegados problemas de liquidez para abonar las nóminas en cuestión.

— Por otra parte, el contratista no ha acreditado que la adopción de una medida tan drástica y traumática como es el impago de las nóminas a los trabajadores resulte ser una

medida irremediable y absolutamente determinada por su situación financiera y las demoras del Ayuntamiento en sus obligaciones de pago, única circunstancia que, según una STSJ de Andalucía que cita, justificaría la conducta de la empresa a los efectos contractuales de que aquí se trata.

— Por último, señala que el pago directo del Ayuntamiento a los trabajadores de la nómina de diciembre de 2007 tenía la finalidad de prevenir una posible interrupción en el servicio, ante las manifestaciones de los representantes de los trabajadores por la situación creada, lo que resultaba una medida más proporcionada y adecuada a la situación que la más drástica del secuestro de la concesión. Y ello porque se estima que el impago de la referida nómina era un intento de la empresa de abocar a los trabajadores a la huelga (para así presionar al Ayuntamiento y conseguir sus reivindicaciones, se deduce).

**DECIMOQUINTO.-** El 25 de febrero de 2008 dos representantes de los trabajadores presentan un escrito al Ayuntamiento en el que vuelven a reiterar los incumplimientos de la empresa con éstos, así como la deficiente prestación del servicio que ello conlleva y las consiguientes quejas de los usuarios, solicitando de la Corporación que tome medidas directas para cubrir las necesidades de los empleados y las actuaciones que procedan respecto de la empresa.

**DECIMOSEXTO.-** Mediante escrito presentado el 29 de febrero de 2008, la empresa manifiesta lo siguiente:

*“PRIMERA.-En este sentido, hemos de expresar que, en más de cuatro años de concesión, hemos recibido los pagos correspondientes a nuestras facturas mensuales con un atraso medio de 278 días. Debido a lo cual, esta Administración nos adeuda, en concepto de intereses de demora a fecha 28 de Febrero de 2008, la cantidad de 114.044,90 Euros. Y a pesar de reiterar esta circunstancia en más de 17 escritos presentados ante esta Administración (el penúltimo escrito de 23 de abril de 2007, número de entrada 2629, y el último de 10 de enero de 2008, número de entrada 139), no hemos percibido un solo Euro por dicho concepto de intereses de demora hasta el presente momento.*

*En la actualidad, percibimos el pago mensual de nuestras facturas con seis meses de atraso.*

*SEGUNDA.- Que debido a la reiteración de las causas expresadas en este y otros escritos, y que se deben dilucidar en vía judicial, hemos de abonar la nómina de enero en el periodo comprendido de fecha 29/02/08 a fecha 05/03/08, cuestión a la que procederemos, y por ello lo ponemos a conocimiento del Ayuntamiento a los oportunos efectos.*

*TERCERA.- Reiterar la petición a este ayuntamiento en el sentido de que financie el servicio, conforme a lo acordado en el contrato que nos une, y según imperativo legal. Que debe de igual forma realizarse el pago por parte del Ayuntamiento de los intereses de demora que nos son debidos (114.044,90 Euros) a fecha 29/02/08.*

Por ello, solicita el abono de los indicados intereses de demora y el pago de las certificaciones atrasadas que les son debidas.

**DECIMOSÉPTIMO.-** El 3 de marzo de 2008, el Alcalde formula propuesta de resolución para acordar la resolución del contrato por incumplimiento del contratista de su obligación esencial de abonar puntualmente a los trabajadores afectos al servicio, de cargo de éste, las nóminas correspondientes a los meses de diciembre de 2007 y de enero y febrero

de 2008, y para acordar asimismo la incautación de la garantía prestada por la empresa, sin perjuicio de su obligación de indemnizar los daños y perjuicios que hubiese causado, lo que se determinaría en el momento de la liquidación del contrato. Todo ello con base en las consideraciones expuestas en el informe jurídico de 18 de febrero anterior (Antecedente Decimotercero).

**DECIMOCTAVO.-** En sesión del 7 de marzo de 2008, el Pleno del Ayuntamiento acordó aprobar la referida propuesta, sin voluntad de que ello constituyese la resolución del procedimiento, por cuanto la última parte dispositiva del acuerdo es solicitar el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia sobre dicha propuesta.

**DECIMONOVENO.-** Mediante oficio registrado el 28 de marzo de 2008, el Alcalde del Ayuntamiento de Abarán solicita de este Consejo Jurídico la emisión de su preceptivo Dictamen, acompañando el expediente y un índice de sus documentos.

A la vista de los referidos antecedentes, procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, el versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento tramitado por el Ayuntamiento de Abarán para declarar resuelto un contrato administrativo, habiéndose formulado oposición a ello por el contratista, concurriendo así el supuesto previsto en los artículos 59.3.a) TRLCAP y 12.7 de la Ley 2/97, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

No es objeto de este Dictamen la cuestión relativa al pago realizado por el Ayuntamiento a determinados trabajadores de la contratista de sus retribuciones correspondientes al mes de diciembre de 2007, al tratarse de una cuestión distinta a la de la resolución contractual pretendida y no haber solicitado sobre ella el Ayuntamiento la emisión de Dictamen.

#### **SEGUNDA.- Competencia y procedimiento.**

I. Frente a lo alegado por el contratista, no existe reparo que oponer a la iniciación del procedimiento de referencia por parte del Alcalde. El TRLCAP únicamente establece que ha de ser el órgano de contratación (aquí, el Pleno del Ayuntamiento) el que debe, en su caso, “*acordar la resolución*” de los contratos administrativos (artículo 58.1); en lo demás, operan las normas de distribución competencial orgánica aplicables a la Administración de que se trate. En la Administración local, en caso de que no exista atribución específica a un determinado órgano municipal de la facultad de iniciar un procedimiento como el que nos ocupa, lo que no consta, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 21.1.a) LBRL, que atribuye al Alcalde las competencias que no estén asignadas a otros órganos municipales.

Por otra parte, resultaba innecesario e improcedente el sometimiento de la propuesta de resolución a su aprobación por el Pleno en el sentido con que ello se hizo, es decir, para que ratificara tal acto de trámite sin voluntad de resolver el procedimiento y con la determinación de someter dicha propuesta al Dictamen de este Consejo Jurídico. Una vez que el Alcalde formuló la propuesta de resolución, lo procedente hubiese sido recabar directamente el referido Dictamen para, después de su emisión, someter la propuesta final a la consideración del Pleno, si se pretendiese la resolución contractual.

II. En lo que atañe al procedimiento, no han de formularse reparos esenciales al mismo. Se advierte, no obstante, que en la propuesta de resolución objeto de Dictamen se incluye un hecho nuevo, utilizado para fundamentar la pretensión resolutoria municipal, que no ha sido puesto en conocimiento de la interesada a través de un nuevo trámite de audiencia y alegaciones, y que se refiere al retraso en el pago de la nómina de los trabajadores correspondiente al mes de febrero de 2008. (Tampoco se le comunicó a estos efectos el retraso en el pago de la nómina del mes de enero de ese año, pero sobre este hecho no era necesario dicho trámite porque fue reconocido anticipadamente por la empresa en el último escrito que presentó). Sin embargo, lo anterior no determina la retroacción de actuaciones para practicar un nuevo trámite de audiencia, pues el Ayuntamiento no acredita el retraso relativo a dicha nómina de febrero de 2008 (se limita a afirmar tal extremo en el informe jurídico que sirve de base a la propuesta de resolución), lo que obliga a no tenerlo por probado y, en consecuencia, a descartarlo como justificativo de la resolución contractual pretendida.

**TERCERO.- La resolución del contrato.**

I. La potestad resolutoria conferida a la Administración en relación a los contratos sometidos al Derecho Administrativo se enmarca dentro del ámbito de las denominadas prerrogativas, previstas en el artículo 59 TRLCAP y concebidas por la doctrina como facultades exorbitantes, cuyo ejercicio no se produce, con carácter general, de una manera automática, sino cuando lo exija el interés público implícito en cada relación contractual, fundándose así en el servicio objetivo a los intereses generales que el artículo 103 de la Constitución proclama de la actuación administrativa.

La existencia de estas prerrogativas no es incompatible con la noción de contrato configurada en el ámbito civil, al contemplar el propio Código Civil en su artículo 1.258 que la buena fe, el uso o la ley pueden imponer a las partes contratantes obligaciones que, aun no estando expresamente pactadas, deriven de la naturaleza de su contenido.

En este sentido, es necesario recordar algunos pronunciamientos de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que conforman una jurisprudencia que ha de tomarse en cuenta para dar respuesta a la cuestión planteada.

Así, la STS, Sala 3ª, de 6 de abril de 1987, recordaba que *“si bien el artículo 65 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales faculta a éstas para declarar la resolución del contrato cuando el contratista incumple las obligaciones que le incumben, la Jurisprudencia ha tenido que armonizar en ocasiones dicha facultad con el principio de buena fe y la equidad, evitando las situaciones de abuso del derecho o privilegio de la Administración, ponderando a efectos de esa facultad resolutoria el grado de infracción de las condiciones estipuladas y la intención del administrado contratista —Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1983, 4 de Mayo de 1981— e incluso exigiendo a efectos resolutorios una actitud del infractor deliberadamente rebelde al incumplimiento de la obligación, para la que habrán de hacerse los oportunos requerimientos y mediar el cumplimiento por la Administración de las obligaciones a su cargo —Sentencia del mismo Tribunal de 11 de Noviembre de 1981”*.

En la misma línea, y más recientemente, la STS, Sala 3ª, de 16 de mayo de 1997, señala lo siguiente:

*“En cualquier tipo de contratación —artículo 1225 del Código Civil— y específicamente en la contratación administrativa —artículos 3 de la Ley de Contratos del Estado y 4 de su Reglamento—, los contratos han de cumplirse con sujeción a lo pactado, siempre bajo*

*la cobertura jurídica de los principios de buena fe, equidad y mantenimiento del equilibrio económico entre las prestaciones, lo que obliga a una ponderación idónea a las circunstancias concurrentes en cada caso, en función de las desviaciones que se produjeran respecto a lo estrictamente convenido, ponderación que debe tener su máxima expresión cuando tales desviaciones devienen reales incumplimientos, generadores de una acción resolutoria contractual, habiéndose de precisar al efecto, que —Sentencia del Tribunal Supremo de 25 noviembre 1985— para el éxito de dicha acción es preciso que la parte que la ejercite haya cumplido las obligaciones que le incumbían. (...)*

*Tal como tiene declarado la jurisprudencia de este Tribunal —Sentencias de 23 de febrero 1979, 16 octubre 1984, 11 de marzo 1985, etc.— el principio de conservación de los contratos válidamente celebrados restringe su posible resolución a los supuestos en que se potencie una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento o se produzca un hecho obstativo que lo impida de forma definitiva, siendo, en todo caso, el incumplimiento capaz de justificar la resolución contractual únicamente el que afecta a las obligaciones principales y no el que sólo incide en las accesorias o complementarias”.*

La STS, Sala 3ª, de 1999, en la misma línea, establece lo siguiente:

*1) La lectura de los arts. 65 del RCCL y 75 de la LCE pone de manifiesto que la facultad de resolución contractual se hace depender sin más del incumplimiento. Con lo cual el problema se desplaza a determinar las características o el alcance que habrá de tener para que pueda justificar la decisión resolutoria.*

*Y sobre ello procede ya declarar que, a los efectos de apreciar un incumplimiento bastante para la resolución, lo determinante debe ser: que afecte a la prestación principal del contrato, y que se exteriorice a través de una inobservancia total o esencial de dicha prestación. (...)*

*3) En cuanto a los temas de si es exigible una especial rebeldía en la conducta de incumplimiento, y de si podría evitar la resolución contractual la mediación que en dicho incumplimiento hubiera podido tener un tercero, ligado al contratista pero ajeno a la Administración, es de aplicar la jurisprudencia sentada por la Sala Primera de este Tribunal Supremo sobre resolución contractual por incumplimiento.*

*En ella se resalta el abandono del matiz subjetivista, y la suficiencia, para aceptar tal incumplimiento, de que se haya producido un hecho obstaculizador al fin normal del contrato, frustrante de las legítimas expectativas de alcanzar el fin perseguido con el vínculo contractual. Y se resalta que no es preciso una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento en los términos que se pactó”.*

Esta doctrina debe conjugarse con la asimismo reiterada jurisprudencia que establece que “*el fin del contrato privilegia a quien, en principio, protege el fin público que con la obra pretende conseguirse, de tal modo que el incumplimiento de las cláusulas contractuales por la Administración no habilita al contratista para incumplir, él, sus obligaciones*” (STS, Sala 3ª, de 2-11-83); y, en análogo sentido, la STS, Sala 3ª, de 19-6-84, señala que “*la demora en el pago de las certificaciones por la Administración no autoriza al contratista (...) a retrasar o paralizar la ejecución de las obras, ni tampoco legitima o justifica la invocación por aquél de la exceptio non adimpleti contractu en oposición a la facultad resolutoria de la Administración...*”.

De todo ello ha de extraerse la conclusión de que, si bien el incumplimiento de la Administración de sus obligaciones de pago no legitima al contratista para incumplir las suyas, tampoco es admisible que cualquier incumplimiento de éste pueda ser considerado suficiente para que la Administración resuelva, por tal causa, el vínculo contractual de que se trate; habrá de estarse a las circunstancias del caso concreto para ponderar el carácter principal o accesorio de las obligaciones incumplidas por el contratista y el alcance obstructivo o no de tales incumplimientos en relación con el objeto y fines del contrato. Y todo ello con respeto al principio de buena fe contractual y la necesidad de que el ejercicio de la potestad resolutoria guarde la debida proporcionalidad entre la tutela del interés público y los derechos de los particulares.

II.- Partiendo de lo anterior, es necesario, en primer lugar, delimitar con precisión los incumplimientos que sirven de base a la pretensión resolutoria municipal:

1º. Los hechos por los que se pretende resolver el contrato de referencia se limitan, según la propuesta dictaminada, al retraso del contratista en el pago a sus trabajadores de las nóminas correspondientes a los meses de diciembre de 2007 y de enero y febrero de 2008. En este punto, y como se dijo en la precedente Consideración, debe descartarse el extremo relativo a la última nómina mencionada, pues sobre su retraso nada se prueba en el expediente.

2º. No se invoca, por tanto, el posible incumplimiento derivado de las denunciadas deficiencias en la prestación del servicio en algunos centros municipales (colegios públicos). En la hipótesis de que el Ayuntamiento pretendiese hacer valer tales hechos a los efectos que interesan, ello requeriría una instrucción adicional, pues resultaría imprescindible que los servicios municipales encargados de la inspección y el control del cumplimiento del contrato elaboraran un detallado informe al respecto, en el que se comprobase y evaluase la magnitud de tales deficiencias, puestas en relación con la globalidad de las prestaciones objeto del contrato.

3º. Asimismo, tampoco se funda la propuesta en los incumplimientos laborales alegados por los representantes de los trabajadores distintos del referido retraso en el pago de las nóminas, y ello es lógico, pues, más allá de la relevancia que tales hechos pudieran tener a los efectos pretendidos, nada se ha acreditado al respecto.

III.- Delimitados así los hechos que deben ser objeto de análisis para determinar si, como pretende la propuesta dictaminada, son constitutivos de un incumplimiento contractual del concesionario susceptible de justificar la resolución del contrato por causa imputable al mismo, con incautación de la fianza prestada y la obligación de indemnizar al Ayuntamiento por los mayores daños y perjuicios eventualmente ocasionados, la respuesta a tal cuestión ha de ser negativa a la pretensión municipal, conforme con los criterios jurisprudenciales expuestos con anterioridad.

Así, debe tenerse en cuenta que la obligación de cuyo incumplimiento se trata no puede considerarse propiamente como una de las prestaciones que, en virtud del contrato, debe realizar el contratista en favor del Ayuntamiento; conforme con la Cláusula 1ª PCAP, éstas consisten en la realización de los servicios de recogida de residuos sólidos urbanos y su transporte hasta la planta de tratamiento, la limpieza viaria pública municipal y la de los centros municipales. La obligación de cuyo incumplimiento se trata es una que tiene el contratista con sujetos distintos del Ayuntamiento; obligación, sin duda, de gran relevancia para que el contratista pueda cumplir con el objeto contractual (el impago de los salarios

al personal que presta tales servicios puede desembocar, bien en su deficiente prestación, bien, en último extremo, en su total incumplimiento), pero, en rigor, no constituye un incumplimiento del objeto contractual.

Ello no quiere decir que en el clausulado del contrato no se puedan establecer obligaciones accesorias a las que conforman el objeto del mismo, y que se puedan calificar como esenciales a efectos de una eventual resolución del contrato, si son incumplidas por el contratista. Pero ello requiere, por evidentes razones de seguridad jurídica para este último, que así se establezca con la necesaria concreción y, además, que el efecto resolutorio previsto guarde la debida proporcionalidad entre la gravedad del incumplimiento que se tipifique y el fin público que con la resolución se pretenda conseguir.

Estas exigencias de concreción y proporcionalidad en la determinación de las obligaciones esenciales, cuyo incumplimiento puede acarrear la resolución de los contratos administrativos, no tienen su fundamento jurídico, como parece entender la empresa, en los límites constitucionales y legales de la potestad sancionadora de la Administración, pues en el ámbito contractual no se está ejerciendo propiamente tal potestad, motivo por el que éste se excluye del régimen jurídico del Título IX LPAC (artículo 127.3). Tales exigencias son, más bien, como ha señalado la jurisprudencia, una obligada consecuencia de la aplicación del principio de buena fe que ha de presidir el establecimiento y cumplimiento de las relaciones contractuales, y que en el ámbito administrativo también venían siendo reconocidas por la doctrina. Ésta, por otra parte, ya apuntaba el problema interpretativo que podía suscitarse en la aplicación de los apartados g) y h) del artículo 111 TRLCAP, el primero de los cuales, es decir, el relativo al incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato, es el invocado por la propuesta de resolución a los fines pretendidos.

En este sentido, se ha dicho que, de acuerdo con las STS de 21-11-2000, reflejada en otras de 11-10-1983 o 10-6-1996, en el artículo 111 del TRLCAP se incide para que sea eficiente como causa relevante de la resolución un incumplimiento esencial del contrato, al referirse el precepto a las *“obligaciones contractuales esenciales”* o, sin duda de forma equiparada a éstas, a *“aquellas que se establezcan expresamente en el contrato”*, en el sentido de que se establecen expresamente en el contrato como esenciales. De este modo, cuando el contrato lo define así expresamente no hay problema, pero cuando esto no es así, las dudas interpretativas del precepto se encuentran en el acotamiento de qué debe ser considerado esencial.

Probablemente a raíz de la problemática planteada, la nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ha sustituido la prescripción hasta ahora vigente en el artículo 111, g) TRLCAP, para establecer en su artículo 206, g) como causa de resolución de los contratos administrativos *“el incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales, calificadas como tales en los pliegos o en el contrato”*; inciso este último revelador de la preocupación del legislador por acotar los posibles excesos que, en este punto, podían darse en la práctica administrativa a la vista de pliegos contractuales redactados sin atenerse a las exigencias de concreción y proporcionalidad antes apuntadas. Sobre esta innovación normativa ya se ha dicho por algún autor que la exigencia de previa tipificación ahora introducida refuerza la seguridad jurídica e impone un mayor rigor en la redacción de los documentos contractuales.

Buena muestra de las deficiencias que, con frecuencia, padecen los pliegos contractuales en estos extremos es, precisamente, el PCAP que rige el contrato que nos ocupa. Así, en su Cláusula 16ª, 2, c) establece como infracción grave, susceptible de dar lugar a la re-

solución del contrato, “*cualquier irregularidad del adjudicatario frente a los compromisos contractuales y contraídos*”. Sin embargo, a los concretos efectos de fundar una eventual resolución del contrato, y conforme con lo anteriormente razonado, es evidente que dichas irregularidades sólo pueden consistir en incumplimientos relevantes de las obligaciones esenciales del contrato que resulten obstativos para la realización del objeto contractual.

Este es el sentido, por lo demás, que ha de darse a la cláusula 16ª, 3, e) PCAP, así mismo invocada por la referida propuesta, que considera infracción muy grave “*cualquier incumplimiento muy grave de las obligaciones que incumban al adjudicatario*”. En este caso, además, se advierte que el pliego señala que, de concurrir tal clase de infracciones muy graves, procederá “*en todo caso*” la resolución contractual, lo que resulta contrario al artículo 112.2, segundo párrafo, TRLCAP, que establece que, salvo en los supuestos de declaración de insolvencia del contratista y de concurso de acreedores con apertura de la fase de liquidación, en el resto de causas de resolución contractual del artículo 111 TRLCAP (incluidas, pues, las relativas al incumplimiento de obligaciones contractuales), el ejercicio de la acción resolutoria es de carácter potestativo y no obligatorio para la parte legitimada para ello.

De lo expuesto ha de extraerse una conclusión esencial a los efectos que aquí interesan y es que, como ya se apuntó al comienzo de este epígrafe, el ejercicio de la potestad administrativa de resolución de un contrato administrativo ha de sujetarse a unos límites derivados del respeto de la legalidad y del principio de buena fe contractual, tal y como viene siendo entendido por la jurisprudencia cuando se trata de extinguir un vínculo de esta clase. Ello puede suponer, en algunos casos, la proscripción de una interpretación literal de determinadas cláusulas del contrato y la necesaria limitación de su alcance, en el sentido apuntado de requerirse que el incumplimiento se refiera a una obligación esencial del contrato y sea obstativo para la realización de las prestaciones en que consista su objeto.

De este modo, y por lo que concierne específicamente al contrato que nos ocupa, el mero hecho de que el contratista se haya demorado en el pago a sus empleados de las nóminas correspondientes a dos meses no puede ser considerado como un incumplimiento muy grave de sus obligaciones a efectos de facultar a la Administración a resolver dicho contrato, pues no se refiere a una obligación esencial del mismo en el sentido exigido por la jurisprudencia antes señalada, es decir, que el incumplimiento se refiera a los compromisos que conforman la prestación debida al Ayuntamiento o, habría que añadir, que se trate de una obligación calificada en el PCAP como esencial a los precisos efectos de una eventual resolución del mismo, calificación que sería necesaria para tener la necesaria seguridad jurídica en esta trascendental cuestión.

No se excluye, pues, que en un contrato como el que nos ocupa la Administración pueda considerar que determinados incumplimientos de orden laboral del contratista con sus empleados tengan relevancia a los efectos de una eventual resolución del contrato, pues es posible que tales incumplimientos puedan poner en serio peligro la continuidad o la adecuada prestación del servicio. Lo que se quiere decir es que, a efectos resolutorios del contrato, y tratándose en principio las obligaciones laborales de unas relaciones jurídicas internas del concesionario con su personal, el incumplimiento al que se refiere la propuesta de resolución no puede considerarse como una causa que permita a la Administración declarar resuelta la concesión cuando ello no se estableció en el PCAP como obligación esencial a estos efectos resolutorios, sino como una obligación general más (cláusula 15ª).



IV.- A lo anterior ha de añadirse la persistente conducta incumplidora del Ayuntamiento en lo que atañe el pago de las certificaciones mensuales a que está obligado conforme con el contrato. En este sentido, resulta significativo que no niegue los retrasos en el pago de las cantidades a que se refiere el contratista en sus escritos de alegaciones. Aun cuando, como señala el Ayuntamiento, no existe una cumplida justificación de que la demora del contratista en el abono de las nóminas de referencia se deba necesariamente a problemas de liquidez derivados del retraso del Ayuntamiento en el pago de las certificaciones mensuales, no puede negarse que este continuado incumplimiento municipal, unido al de la falta de abono de los intereses de demora que dichos retrasos generan, ocasiona al contratista unos evidentes problemas para la financiación del servicio, introduciendo en la dinámica del contrato una importante alteración de sus presupuestos económicos, pues aun siendo usual en la Administración local la existencia de esta clase de retrasos, si no se compensan con el mecanismo previsto en la ley, es decir, con el abono de los intereses de demora correspondientes, el equilibrio económico de la concesión resulta difícilmente sostenible, y de ello es responsable, siquiera parcialmente, el mismo Ayuntamiento que pretende la resolución contractual imputando un incumplimiento, también de orden exclusivamente económico, a la empresa concesionaria.

En este sentido debe destacarse que, de la relación de certificaciones tramitadas para el pago en 2007 que se adjuntan a la certificación del Tesorero municipal reseñada en el Antecedente Duodécimo, se desprende que las certificaciones correspondientes a los meses de julio a diciembre de 2006 sufrieron una demora en el pago que oscila entre los cuatro y los ocho meses, aproximadamente, y las correspondientes a los meses de febrero, mayo, junio, julio y agosto de 2007 tuvieron una demora oscilante entre un mes y medio y cuatro meses y medio, aproximadamente, no constando la tramitación del pago de las certificaciones correspondientes a los meses de marzo, abril, septiembre, octubre y noviembre, todas ellas también incursas en mora en la fecha de expedición de dicho certificado (12 de febrero de 2008).

Aun cuando en este momento no proceda pronunciarse sobre la virtualidad resolutoria de estos y otros eventuales retrasos, en tanto no se dispusiere de un detallado informe municipal sobre las vicisitudes del pago de las correspondientes certificaciones, estas circunstancias permiten plantearse la eventual existencia de la causa de resolución del contrato prevista en el artículo 167, a) TRLCAP, que faculta al contratista para resolver el contrato en caso de que la Administración incurra en demora superior a seis meses en la entrega a aquél de la contraprestación a que se obligó según el contrato. Ciertamente, la empresa no ha hecho uso de tal derecho, como alega el Ayuntamiento, pero ello no excluye que lo pueda ejercer si, concurriendo la citada causa resolutoria, se viera abocado a ello por pretender el Ayuntamiento resolver el contrato por causa imputable a la misma o por no poder continuar con normalidad la ejecución del contrato; ejecución que es, al menos según afirma en sus escritos de alegaciones, su pretensión principal.

Quiere decirse con todo ello, en fin, que, sin perjuicio de lo dictaminado en este momento sobre la improcedencia de la resolución contractual por las causas expresadas en la propuesta objeto de análisis, el Ayuntamiento deberá en todo caso ponderar cuidadosamente el ejercicio de sus potestades de resolución del contrato frente a otras alternativas como, en hipótesis, la imposición de penalidades a la empresa, si ello fuera procedente, y sin perjuicio de tener que atender puntualmente sus obligaciones de pago con la misma.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** No procede acordar la resolución del contrato de referencia por causa de la demora del contratista en el pago a sus empleados afectos al servicio contratado de las nóminas correspondientes a los meses de diciembre de 2007 y enero y febrero de 2008, por las razones expresadas en las consideraciones Segunda y Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** Por lo anterior, la propuesta de resolución objeto del presente Dictamen se informa desfavorablemente.

No obstante, V.S. resolverá.

### **DICTAMEN 105/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 02/06/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*La carga de probar los datos relevantes sobre la situación fáctica puede alterarse cuando tal prueba resulte más fácil para la Administración y de difícil acreditación para el particular que reclama (por todas, STS Sala 3ª, Sección 6ª, de 28 de marzo de 2006). Y en este caso la Administración no ha desplegado con suficiente eficacia su actividad probatoria, ya que ni tan siquiera se ha incorporado al expediente informe del ATS que aplicó el inyectable, y cuando la Inspección Médica, tras reconocer el nexo causal, sostiene el carácter correcto de la asistencia prestada lo hace sin que consten razones que avalen su opinión médica en relación con el caso que nos ocupa.*

*Por otro lado, cabe añadir, en la línea que se recoge en nuestros Dictámenes 173/2007 y 81/2008, que parece una conclusión evidente que el resultado lesivo producido es desproporcionado al hecho que lo desencadena y no constituye un riesgo frecuente de la intervención prestada (sólo un 1,36% de las inyecciones intramusculares producen reacción adversa en el punto de inyección —folio 51—), lo que nos llevaría a aceptar la concurrencia del daño desproporcionado en el que, según el Tribunal Supremo (entre otras, en su Sentencia de 30 de enero de 2003), el profesional médico debe responder si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media conducta negligente, “a no ser que se pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de actuación”.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 6 de septiembre de 2005, x. presenta escrito por el que reclama una indemnización que no cuantifica, por los daños físicos, económicos y morales que dice haber sufrido como consecuencia de la deficiente asistencia prestada por los servicios sanitarios regionales. Según la x. los hechos ocurrieron del siguiente modo:

- El día 12 de julio de 2005 acudió al Centro de Salud del Barrio del Carmen, sito en la calle Madre Elisea Oliver, por padecer una reacción alérgica, por lo que se le administró una inyección de Urbasón mezclado con Polaramine, como consecuencia de la cual se le produjo un absceso cutáneo en el glúteo derecho.
- Transcurrida una semana de la administración de la inyección tuvo que acudir al Servicio de Urgencias del Infante aquejada de inflamación y dolor en la zona, siendo tratada con hielo y gelocatil.
- Al día siguiente, al presentar fiebre alta, acudió a su médico de cabecera en el Centro de Salud del Barrio del Carmen, que le prescribió augmentine plus y nolotil para bajar la fiebre. Tras ingerir el nolotil presentó una reacción alérgica, por lo que el fármaco le fue sustituido por efferalgan.
- Como el absceso no remitía el día 17 de agosto de 2005 volvió a consultar a su médico de familia, quien tras diagnosticar *“absceso cutáneo a nivel glúteo derecho tras inyección intramuscular; está madurando, empieza a fluctuar en tratamiento antibiótico y antiinflamatorio”*, la remite a consulta del cirujano de zona para el siguiente día 1 de septiembre.
- El día 21 de agosto el absceso comienza a supurar, por lo que acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA), donde le drenan el absceso, le pautan tratamiento y le prescriben curas diarias de la herida, con las que aun continuaba en la fecha en la que interpuso la reclamación.

Adjunta fotocopia de diversos documentos (algunos relativos a la asistencia sanitaria recibida y otros correspondientes a facturas de servicios de taxi).

Finaliza su escrito afirmando que la administración de una simple inyección no puede tener como consecuencia normal los daños físicos, económicos y morales que ha sufrido durante más de dos meses, tiempo en el que no ha podido desempeñar una vida normal, habiendo perdido, incluso, la posibilidad de prestar un trabajo que tenía previsto para el verano, y, por todo ello, solicita ser indemnizada.

**SEGUNDO.-** Con fecha 26 de septiembre de 2005, la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta Resolución mediante la que se declara admitida a trámite la reclamación patrimonial interpuesta por x., lo que se notifica a la interesada con esa misma fecha.

**TERCERO.-** Asimismo se notificó la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Compañía de Seguros, a la Gerencia de Atención Primaria y al HUVA, a estos últimos solicitando la historia clínica de la paciente y los informes de los facultativos que la atendieron.

**CUARTO.-** La Gerencia de Atención Primaria envía la historia clínica de la paciente obrante en el Centro de Salud del Barrio del Carmen, así como informe de la Dra. x., en el que dicha facultativa indica lo siguiente:

*“Haber realizado reconocimiento físico a x. en el Servicio de Urgencias de Atención Primaria Infante, presentando a la exploración signos inflamatorios en la zona en la que, según la paciente, le había sido aplicada una dosis de Urbasón vía intramuscular hacía una semana, recomendando por mi parte tratamiento con Gelocatil y frío local y remitiéndola para seguimiento y control del proceso a su médico de cabecera”.*

**QUINTO.-** El HUVA, a través de su Director Gerente, envía informe del Servicio de Urgencias del citado Hospital correspondiente a la asistencia prestada a la recurrente el día 21 de agosto de 2005, en el que se indica que se llevó a cabo drenaje del absceso con anestesia local y se recoge la medicación que se pautó,

**SEXTO.-** La Inspección Médica emite informe el 12 de junio de 2007, en el que se señalan las siguientes consideraciones y conclusiones:

*“CONSIDERACIONES:*

*La vía intramuscular es una de las cuatro vías parenterales que existen para la administración de medicamentos. A la hora de administrar una medicación se debe actuar sistemáticamente cumpliendo una serie de pasos:*

- Preparar el material necesario.*
- Preparar el medicamento.*
- Elegir el lugar de la inyección.*
- Administrar el medicamento.*

*Los pasos a seguir a la hora de ejecutar la inyección intramuscular son los siguientes:*

*Antes de inyectar el medicamento desinfectaremos la piel. Para ello aplicamos una torunda impregnada de antiséptico en el centro de la zona elegida. Posteriormente y con un movimiento que dibuje una espiral hacia fuera abarcaremos un diámetro de unos 5 cm. Con ello “barremos” hacia el exterior los gérmenes de esa zona de la piel, cosa que no conseguiremos si el movimiento que le imprimimos a la torunda es de derecha a izquierda o de arriba abajo.*

*Según la bibliografía, la aguja se puede insertar tanto mediante el sistema cerrado (jeringa y aguja conectadas) como mediante el sistema abierto (jeringa y aguja separadas), no poniéndose de acuerdo las fuentes si un procedimiento es mejor que otro y cuándo debe de aplicarse cada uno de ellos. En lo que si hay coincidencia es que la aguja se debe de introducir formando un ángulo de 90° (por lo que es indiferente hacia dónde mire el bisel) con movimiento firme y seguro, en un solo acto.*

*Antes de introducir el medicamento siempre se debe de aspirar para ver si hemos conectado con un vaso. En caso afirmativo, debemos extraer la aguja y pinchar nuevamente en otro lugar.*

*El medicamento se debe inyectar lentamente ya que aparte de ser menos doloroso, iremos dando tiempo a que se vaya distribuyendo por el músculo. Como media emplearemos un minuto y nunca menos de treinta segundos en introducir 5 mml. de sustancia.*

*Una vez hayamos administrado todo el medicamento, esperaremos unos diez segundos antes de retirar la aguja, pues así evitaremos cualquier pérdida de medicación. A continuación colocaremos la torunda con el antiséptico justo sobre el punto de la inyección y retiraremos la aguja con suavidad y rapidez. Posteriormente haremos una suave presión mientras friccionamos ligeramente la zona para evitar que el medicamento se acumule así favorecer su absorción.*

*Las complicaciones que puede presentar una inyección intramuscular son:*

- Hematoma por punción de un vaso sanguíneo.*

- *Lesión del nervio ciático.*
- *Absceso purulento por infección.*

*En el caso que nos ocupa se produce un absceso en glúteo derecho, que aunque no es frecuente, es posible que, a pesar de una aplicación correcta de la medicación que se produzca un absceso bien por sobreinfección hematoma, bien por quedar enquistado el medicamento.*

*La aplicación de un medicamento por vía intramuscular es una técnica invasiva y por tanto no exenta de complicaciones o de efectos adversos.*

### **CONCLUSIONES**

- 1. Existe un nexo causal entre la administración intramuscular en glúteo derecho y la aparición de un absceso cutáneo.*
- 2. El tratamiento administrado en el Servicio de Urgencias para la reacción urticarial con Urbason y Polaramine vía intramuscular es correcto.*
- 3. No existe constancia de que la aplicación de la inyección no se realizara con la técnica correcta, pero a pesar de ello puede infectarse.*
- 4. No se aportan informes clínicos de las secuelas físicas que han quedado a la paciente”.*

Consta acreditado en el expediente que la reclamante se personó en el Servicio Jurídico del SMS, solicitando copia del informe de la Inspección Médica, que le fue entregada.

**SÉPTIMO.-** Por su parte la aseguradora del SMS aporta dictamen médico realizado colegiadamente por cuatro facultativos especialistas en cirugía general y digestivo, en el que, tras las consideraciones médicas que estiman oportunas, concluyen del siguiente modo:

- “1. La paciente acudió a su CDS por un problema alérgico urgente, prescribiéndose un tratamiento correcto.*
- 2. El tratamiento instaurado por vía IM inmediato es correcto.*
- 3. Tras la colocación del inyectable presentó un absceso glúteo mes y medio más tarde que fue tratado de manera correcta.*
- 4. Los abscesos tras inyecciones IM, están descritos en toda la literatura médica, siendo una complicación típica aunque muy poco frecuente.*
- 5. Solamente el 1.36% de las inyecciones IM producen reacción adversa en el punto de inyección.*
- 6. Las causas son múltiples, sin que sea achacable a una mala praxis.*
- 7. De acuerdo con la documentación examinada se puede concluir en que todos los profesionales que atendieron a la paciente lo hicieron de manera correcta, de acuerdo con la lex artis”.*

**OCTAVO.-** El 28 de septiembre de 2007 se notifica a las partes (reclamante y aseguradora) la apertura del trámite de audiencia al objeto de que puedan examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimen pertinentes, sin que ninguna de ellas haya hecho uso de este derecho.

**NOVENO.-** El 26 de noviembre de 2007 la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria, al considerar que no existe nexo de causalidad entre la actuación de los servicios sanitarios regionales, al no haber acreditado la reclamante la existencia de una mala praxis en la asistencia que se le prestó.

**DÉCIMO.-** Con fecha 5 de diciembre de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

La reclamante, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en la atención sanitaria recibida del sistema público de salud, ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en cuanto titular del servicio sanitario a cuyo defectuoso funcionamiento se imputa el daño.

La reclamación interpuesta el día 6 de septiembre de 2005 ha de entenderse deducida dentro del plazo de un año de producido el hecho lesivo que el artículo 142.5 LPAC fija para la prescripción del derecho a reclamar.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

#### **TERCERA.- Análisis sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.**

Son requisitos exigidos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración la concurrencia de un hecho, acción u omisión que resulte imputable al funcionamiento de los servicios públicos; la producción de un daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado, que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar; y la existencia de una relación de causalidad directa e inmediata entre aquel hecho, acción u omisión y el mencionado daño o perjuicio, sin que concurra fuerza mayor ni otros elementos que determinen la ruptura de dicha relación de causalidad. Tales exigencias están contenidas en los artículos 139 y siguientes LPAC, y han sido precisadas por constante jurisprudencia del Tribunal Supremo y reiterada doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico.

En el presente caso, queda acreditada la relación causal entre el hecho imputado a la Administración (inyección intramuscular de Urbasón más Polaramine) y el resultado lesivo alegado por la reclamante (absceso cutáneo en glúteo), tal como admiten los distintos facultativos que atienden a la paciente a lo largo del proceso asistencial y, de modo contundente, lo señala la Inspección Médica en la conclusión primera de su informe, al indicar que “*existe un nexo causal entre la administración intramuscular en glúteo derecho y la aparición de un absceso cutáneo*” (folio 43). La cuestión se centra, pues, en determinar si se ha acreditado infracción de la *lex artis* en la prestación sanitaria, porque en materia de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria, el criterio básico utilizado por la jurisprudencia para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la *lex artis*, en el sentido de que el deber del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo. Por lo tanto, el criterio de la *lex artis* es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone a aquéllos la obligación de actuar con arreglo a la diligencia debida.

Sentado lo anterior el problema deviene en una cuestión de prueba sobre el cumplimiento de los deberes profesionales que incumbían al ATS que inyectó a la reclamante, carga que, con carácter general, recae sobre aquél que sostiene el hecho “*onus probandi incumbit ei qui agit*” (artículo 217 LEC), pero ello sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse, alterarse o, incluso, invertirse, según los casos. Pues bien, una vez admitida la existencia de nexo causal entre el hecho imputable y el resultado lesivo, y teniendo en cuenta que el resultado no es típico en relación al hecho asistencial que lo origina, resulta razonable considerar que la carga de la prueba se desplace hacia la Administración sanitaria, sin que su defensa pueda consistir en la pasividad de quien considera que es al interesado a quien le incumbe probar todos los extremos de su reclamación. Conviene aquí recordar que la jurisprudencia ha atemperado el sentido de la carga de la prueba mediante el principio de la buena fe procesal, acuñando el criterio de la “*facilidad*”, mediante el cual la carga de probar los datos relevantes sobre la situación fáctica puede alterarse cuando tal prueba resulte más fácil para la Administración y de difícil acreditación para el particular que reclama (por todas, STS Sala 3ª, Sección 6ª, de 28 de marzo de 2006). Y en este caso la Administración no ha desplegado con suficiente eficacia su actividad probatoria, ya que ni tan siquiera se ha incorporado al expediente informe del ATS que aplicó el inyectable, y cuando la Inspección Médica, tras reconocer el nexo causal, sostiene el carácter correcto de la asistencia prestada lo hace sin que consten razones que avalen su opinión médica en relación con el caso que nos ocupa.

Por otro lado, cabe añadir, en la línea que se recoge en nuestros Dictámenes 173/2007 y 81/2008, que parece una conclusión evidente que el resultado lesivo producido es desproporcionado al hecho que lo desencadena y no constituye un riesgo frecuente de la intervención prestada (sólo un 1,36% de las inyecciones intramusculares producen reacción adversa en el punto de inyección —folio 51—), lo que nos llevaría a aceptar la concurrencia del daño desproporcionado en el que, según el Tribunal Supremo (entre otras, en su Sentencia de 30 de enero de 2003), el profesional médico debe responder si se produce un resultado dañoso que normalmente no se da más que cuando media conducta negligente, “a no ser que se pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de actuación”.

En conclusión, tanto por la cronología de la aparición del absceso, como por el hecho de que no ha quedado demostrado que existieran otros factores que pudieran constituir su origen, cabe afirmar que existe una vinculación causa a efecto entre la aplicación del inyectable por vía intramuscular y las lesiones sufridas por la reclamante; lesiones que no tenía

la obligación jurídica de soportar y de las que debe responder, por tanto, la Administración sanitaria regional.

**CUARTA.- Indemnización.**

La reclamante se limita a alegar de modo genérico que ha sufrido una serie de daños materiales, físicos y morales, así como un hipotético lucro cesante derivado de la imposibilidad de llevar a cabo una actividad laboral que tenía prevista para la fecha en la que sufrió el absceso; sin embargo, en ningún momento concreta —ni la instructora la requiere para ello— la cuantía pecuniaria desglosada por conceptos, en la que cifra la indemnización solicitada.

La pobreza de la actividad probatoria desplegada en este sentido por la reclamante lleva al Consejo a determinar el *quantum* indemnizatorio atendiendo al único concepto que consta debidamente acreditado en el expediente, es decir, el de la duración de las lesiones; e incluso para éste resulta dudoso el día de inicio que habría que hacer coincidir con aquel en el que la paciente, ante la inflamación y dolor que sentía, acudió al Servicio de Urgencias del Infante (circunstancia que aparece documentada al folio 12, con copia del correspondiente parte médico, pero en el que se ha omitido la fecha en la que se prestó la asistencia), por lo que hay que estar a lo que se indica en la reclamación que sitúa cronológicamente esta visita una semana después de administrada la inyección, esto es, el día 19 de mayo de 2005. En cuanto al momento de curación quedaría determinado por la fecha en la que, según la historia clínica, la herida cerró, o sea, el día 19 de septiembre de 2005 (folio 29). Según lo anterior la reclamante tardó en curar de sus lesiones 63 días, de los cuales 33 (hasta el día 21 de agosto, fecha en la que se drenó el absceso) han de considerarse como no improductivos, en tanto que los 30 restantes han de reputarse como improductivos.

Para cuantificar la indemnización el Consejo, como en tantas otras ocasiones, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial existente al respecto, considera razonable acudir, como criterio orientativo, a lo establecido en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre (norma vigente en el momento de ocurrir los hechos), y al baremo actualizado de las indemnizaciones por incapacidad temporal (Tabla V de la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 7 de febrero de 2005, ya que el daño se produjo en dicho año), pudiendo fijarse el importe de la indemnización en la cuantía global de 2.258,58 euros (840,18 euros por los días no improductivos, a razón de 25,46 euros por día y 1.418,40 euros por los días improductivos, a razón de 47,28 euros por día). Cuantía que habrá de ser actualizada en el momento de dictar resolución conforme a lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

**CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar el Consejo Jurídico que sí concurren elementos generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria regional.

**SEGUNDA.-** La determinación de la cuantía de la indemnización habrá de atender a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 106/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante:** Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)

**Fecha:** 02/06/08

**Extracto de Doctrina**

*NOTA: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 18/2008.*

**DICTAMEN 107/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante:** Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)

**Fecha:** 02/06/08

**Extracto de Doctrina**

*La prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación, no implica que dicha Administración se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, ya que de lo contrario el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 5 de enero de 2005 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por x., como consecuencia de los daños y perjuicios sufridos en un vehículo, debido al mal estado de la calzada.

Según el reclamante, los hechos tienen lugar el 18 de diciembre de 2004 a las 19:15, al pisar un profundo bache en la carretera B-33, dirección a Lorquí, al aproximarse al cruce de la Noria.

Reclama la cantidad de 249 euros, en concepto de coste del cambio del neumático y de la nueva llanta. Aporta factura por ese importe.

Asimismo, adjunta a la reclamación comparecencia ante la Policía Local de Lorquí.

**SEGUNDO.-** Con fecha 8 de febrero de 2005, la instructora solicita el preceptivo informe de la Dirección General de Carreteras y requiere al interesado para que subsane y mejore

la solicitud aportando diversa documentación debidamente compulsada, comunicándole la suspensión del plazo para resolver la reclamación como consecuencia del indicado informe y el requerimiento de subsanación, a tenor del artículo 42.5, a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

**TERCERO.-** Con fecha 17 de marzo de 2005, se recibe informe de la Dirección General de Carreteras, en el cual se manifiesta lo siguiente:

*“La realidad y certeza del evento lesivo no podemos confirmarla con elementos detectados por nuestro servicio pues del siniestro referido no tenemos constancia alguna ni nos ha sido remitido por las autoridades competentes en la materia, Guardia Civil o Policía Local, no obstante se pone de manifiesto la competencia de este Servicio para atender estas contingencias y evitar en la medida de lo posible la producción de esos incidentes.*

*Estimo que no existe acreditación suficiente que demuestre que el bache profundo al que alude sea la causa de los daños producidos.*

*Hemos intentado localizar la existencia del bache profundo que alega el peticionario, pero como no se nos dan detalles del mismo ni tampoco se ha podido identificar un bache de tal naturaleza en el cruce de carreteras que se nos refiere y que podía servir de elementos de averiguación en la responsabilidad del siniestro, pero no ha sido posible.*

(...)

*No estimamos, a la vista de la información suministrada, ninguna responsabilidad derivada del incorrecto funcionamiento de los servicios, ya que el bache profundo al que alude el peticionario no ha sido determinado y, por otro lado, no podemos evaluar la relación causa efecto ya que desconocemos la naturaleza del bache al que alude el demandante en su reclamación patrimonial.*

*Lamentamos los hechos ocurridos y los daños producidos pero no podemos establecer una relación causa efecto entre el funcionamiento de los servicios y la subsiguiente reparación material de los gastos ocasionados de una incidencia que no ha sido acreditada fehacientemente”.*

**CUARTO.-** El 18 de marzo de 2005 el interesado presenta la siguiente documentación:

— Fotocopias compulsadas del DNI, permiso de circulación del vehículo, carné de conducir, certificado de características técnicas del vehículo y documentación bancaria acreditativa del abono de la prima correspondiente a la póliza del seguro.

— Fotocopias compulsadas de la comparecencia ante la Policía Local, y de la entrada de la reclamación en el Registro General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

— Declaración de no haber recibido indemnización alguna ni de existir otras reclamaciones en trámite por los mismos hechos.

— Factura acreditativa del coste de reparación de los desperfectos.

— Certificación bancaria de la cuenta código cliente donde realizar el abono de la indemnización.

**QUINTO.-** Con fecha 18 de abril de 2005 se solicita por el órgano instructor al reclamante la acreditación de la legitimación con que reclama.

**SEXTO.-** El 4 de mayo de 2005 se otorga representación *apud acta* de x., administrador único de la empresa “--, S.L.”, a favor de x.

Se acompaña la Escritura otorgada por la mercantil “--, S.L.”, de elevación a público del acuerdo social por el que se nombra administrador único de la sociedad a x.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 4 de mayo de 2005, el órgano instructor comunica al reclamante la apertura del periodo de prueba, solicitándole la aportación de determinada documentación.

**OCTAVO.-** Con la misma fecha, el órgano instructor solicita del Ayuntamiento de Lorquí que informe sobre si existe atestado de la Policía Local y si se desplazó algún agente al lugar de los hechos. El requerimiento se reiterará el 7 de septiembre de 2006 y el 15 de enero de 2007, sin obtener contestación de la indicada Corporación local.

**NOVENO.-** El 15 de enero de 2007 se vuelve a solicitar al reclamante determinada documentación a efectos de continuar la instrucción del procedimiento.

**DÉCIMO.-** El 22 de mayo se confiere trámite de audiencia al interesado, quien no hace uso del mismo, pues no consta que presentara nuevas justificaciones o alegaciones diferentes de las ya aportadas al procedimiento.

**UNDÉCIMO.-** El 17 de diciembre se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al no constar acreditada la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 139 LPAC, singularmente la relación de causalidad entre el hecho acaecido y su pretendido efecto lesivo, y el funcionamiento del servicio publico de carreteras.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extractos de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 20 de diciembre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. El reclamante está legitimado para deducir la pretensión indemnizatoria de conformidad con el artículo 139.1, en relación con el 31.1, ambos de la LPAC. En este caso, aunque no es el titular del vehículo siniestrado, se le ha otorgado representación por parte del administrador único de la empresa propietaria del vehículo.

La legitimación pasiva de la Administración regional deriva de la titularidad que ostenta sobre la vía en la que se produjo el accidente.

2. La solicitud fue presentada dentro del plazo de un año desde la producción del evento dañoso, establecido en el artículo 142.5 LPAC.

3. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, lo establecido en la LPAC y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial (RRP), sin perjuicio del excesivo tiempo invertido en su tramitación, que ha superado con creces los 6 meses que como plazo máximo para su resolución y notificación establece el artículo 13.3 RRP.

No obstante, el expresado ajuste del procedimiento tramitado a las normas que lo regulan no puede hacerse extensivo a la actuación del órgano instructor que, al amparo del artículo 71 LPAC, requiere al interesado para que subsane y mejore la solicitud mediante la aportación de diversa documentación acreditativa de los presupuestos fácticos y circunstancias de la reclamación, con advertencia de tenerle por desistido de su pretensión.

Y es que, aunque la actuación instructora es correcta, ya que el requerimiento de esos documentos tiene como función primordial la de aportar información sobre las circunstancias concurrentes en el supuesto, ha de puntualizarse que los documentos requeridos no son preceptivos, por lo que su omisión no puede equipararse a un defecto de la solicitud que impidiera continuar su tramitación ni, por supuesto, se trata de una mejora de los términos de aquélla (art. 71.3 LPAC). Antes bien, el fundamento legal del requerimiento de aportación de documentación habría de buscarse en el artículo 76 de la misma Ley que, como único efecto anudado a la desatención de aquél, prevé la pérdida del derecho al trámite y no el más drástico del desistimiento.

**TERCERA.- Los elementos generadores de responsabilidad patrimonial. El nexo causal.**

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. En similares términos se expresa el artículo 139 LPAC, configurando una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio indemnizada.

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, Sentencia de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación, no implica que dicha Administración se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, ya que de lo contrario el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

En suma, de acuerdo con lo establecido por los artículos 139 y 141 LPAC y por una consolidada jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1980; 15

y 18 de diciembre de 1986, 19 de enero de 1987 y 15 de julio de 1988), son requisitos para que se reconozca la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, los siguientes:

- a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.
- c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La determinación de si en el supuesto sometido a consulta concurren o no los citados requisitos aconseja anticipar a cualquier otra consideración la fijación de si los hechos relatados por el interesado, en los que se basa su imputación del daño al funcionamiento de los servicios públicos regionales, pueden ser considerados como acreditados.

De los documentos aportados por el reclamante no se aprecia elemento alguno que permita considerar probados los hechos por él relatados, ni siquiera de forma indiciaria. No constan en el expediente declaración de testigos, ni fotografías que acrediten el supuesto estado deficiente de la calzada en el momento de ocurrir los hechos, ni atestado de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. En relación con este último, la actuación de la Policía Local de Lorquí se limita a dejar constancia de la comparecencia del interesado, en la que pone de manifiesto los hechos acaecidos, sin que conste el desplazamiento de los agentes municipales al lugar del percance, lo que hubiera permitido, al menos, acreditar la existencia del bache al que se imputan los daños. Adviértase que ni siquiera la realidad de tal irregularidad del firme ha sido probada, pues la Dirección General de Carreteras informa que en el tramo de la vía a que alude el interesado en su reclamación, no ha podido identificar bache alguno que reuniera las características del descrito. En consecuencia, no existe prueba alguna de que los hechos sucedieran en la fecha y circunstancias indicadas en la reclamación.

Ello a su vez impide establecer una relación de causalidad entre el funcionamiento normal o anormal del servicio regional de carreteras y los daños padecidos por el vehículo.

En consecuencia, procede desestimar la reclamación, pues el interesado, a quien incumbe la carga de la prueba, no ha acreditado ni la realidad del accidente ni sus circunstancias, sin que exista en el expediente algún dato (testigos, fotografías adveradas, etc.) que permita corroborar las meras manifestaciones de parte por él realizadas. Todo ello conduce a concluir en la imposibilidad de imputar los daños alegados a la Administración regional.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Con la matización efectuada en la Consideración Segunda de este Dictamen, se informa favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación, al no apreciar en ella la concurrencia de los requisitos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, singularmente el nexa causal entre el funcionamiento del servicio de carreteras y el daño padecido por el reclamante.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 108/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 11/06/08**

**Extracto de Doctrina**

*La realización de una intervención de vasectomía, cuyo fin y efecto es la eliminación de una función esencial de la persona como es la capacidad reproductora, constituye no sólo un daño físico, sino también moral, cuando el resultado de la esterilización no es buscado de forma voluntaria por el paciente. Y es que la intervención priva al sujeto de su facultad de autodeterminación personal respecto a la paternidad, con los efectos que ello conlleva no sólo sobre el sujeto operado, sino también sobre su entorno familiar. En palabras de la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 2000, supondría “la frustración de la decisión sobre la propia paternidad o maternidad y, con ello ha comportado una restricción de la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad, al que pertenecen también ciertas decisiones personalísimas en cuanto no afecten al minimum ético constitucionalmente establecido como no puede ser menos en un ordenamiento inspirado en el principio de libertad ideológica”.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 28 de junio de 1.999, x. presentó reclamación ante la Dirección Territorial del Instituto Nacional de la Salud, de Murcia, sobre la base de los siguientes hechos:

En fecha 30 de diciembre de 1.998, fue intervenido quirúrgicamente en el Hospital Rafael Méndez de Lorca. En un principio se le iba a practicar una operación de fimosis y, tras la intervención, se le informó que, por error, se le había efectuado una vasectomía. A los pocos días, le llamó a su domicilio la facultativa que le intervino, para comunicarle el error cometido.

Considera que se ha producido una negligencia médica y reclama por los daños personales y morales sufridos, al no habersele pedido autorización para dicha intervención, por lo que solicita una indemnización de ocho millones de pesetas (48.080,97 euros).

Adjunta al escrito de reclamación un informe pericial médico sobre valoración de las secuelas, que asimila el resultado de la vasectomía con la pérdida funcional propia de una atrofia testicular bilateral o pérdida de los dos testículos, secuelas previstas expresamente en el sistema de valoración de lesiones producidas a las personas en accidentes de circulación.

**SEGUNDO.-** Iniciado el procedimiento de responsabilidad patrimonial, durante su instrucción se aportan al expediente los siguientes informes:

a) El de la Dirección Médica del hospital, según el cual:

*“X. fue incluido en lista de espera quirúrgica con fecha 1 de junio de 1.998, y diagnóstico de prepucio redundante y fimosis en base a una solicitud de inclusión en listado de cirugía programada de fecha 29 de mayo de 1.998, firmada por la Dra. x.*

*El Servicio de Admisión emitió un listado para efectuar cirugía local en el quirófano de urgencias el día 30 de noviembre de 1.998, en el que se incluía seis personas y seis procesos; dos para realización de fimosis y cuatro para realización de vasectomías. En dicho listado no aparecía el nombre de x.*

*El día 30 de noviembre de 1.998, una de las personas de la lista no acudió a realizarse el proceso de vasectomía y sin embargo acudió x. El motivo por el que acudió no está claro, al parecer alguien le comentó que acudiera ese día ya que su operación había sido suspendida en alguna sesión quirúrgica anterior.*

*Se procedió a efectuar la fimosis a dos jóvenes a los que se preguntó previamente si venían a realizarse fimosis, a lo que respondieron afirmativamente.*

*Posteriormente se procedió a la realización de las vasectomías a los varones de mayor edad, preguntándoles previamente si venían a realizarse una vasectomía y explicándoles las medidas profilácticas que debían seguir. Todos respondieron afirmativamente.*

*Acabada la sesión quirúrgica, el Servicio de Atención al Usuario informó que x. había acudido a dicho Servicio manifestando que había venido a operarse de fimosis y le habían practicado una vasectomía por error.*

*Posteriormente se contactó con el paciente para ofertarle la posibilidad de realización de la fimosis y sobre la posibilidad de recanalización, no habiendo obtenido contestación hasta el momento”.*

b) Por el Servicio de Urología del Hospital se emitió informe, en el mismo sentido que el anterior, y se aportó el protocolo seguido en las intervenciones practicadas a pacientes sometidos a cirugía local urológica, que se incorporó al expediente; en él se indica lo siguiente:

*“1. Los pacientes son remitidos desde su médico de cabecera con un posible diagnóstico.*

*2. Son evaluados por el especialista correspondiente en consulta, dándoles una hoja de inclusión en lista de espera que deben entregar en el Servicio de Admisión, igualmente firman el consentimiento informado y se les solicita analítica preoperatorio.*

*3. El Servicio de Admisión es quien cita día y hora a los pacientes que van a ser intervenidos y controla la asistencia o no de los mismos.*

*4. Si existen complicaciones, el paciente acude al Hospital para ser revisado por el Servicio”.*

c) Desde el Servicio de Admisión, se emitió informe sobre el contenido de la reclamación, en los siguientes términos:

*“En LEQ (lista de espera quirúrgica) histórica de este Centro figura inscrito en la especialidad de Urología, x., con fecha de nacimiento 8 de mayo de 1948, con domicilio en .... Consta con fecha de inclusión de 1 de junio de 1.998 y diagnóstico de prepucio redundante y fimosis, para procedimiento quirúrgico de circuncisión.*

*Esta Unidad de Admisión habitualmente emite listados de pacientes citados para intervención que remite al Servicio implicado y S. de enfermería.*

*En ocasiones, debido a los cambios de programación de última hora, los listados emitidos con días de antelación pueden variar los nombres de los pacientes citados; nunca el*

*diagnóstico de inclusión y el procedimiento quirúrgico a realizar. En estos casos, Admisión realiza un listado definitivo cuando hay tiempo para su distribución. Otras veces es la enfermería de quirófanos o el Servicio responsable el que lo solicita”.*

El informe se acompaña de fotocopia de la solicitud de inclusión en LEQ, firmada por la doctora que intervino al reclamante.

d) La Inspección Médica emite informe que concluye como sigue:

*“Del análisis de la documentación obrante en el expediente y la información incorporada se pueden inferir los siguientes hechos: el reclamante fue intervenido quirúrgicamente el día 30 de noviembre de 1.998, sin estar incluido en la programación prevista ese día del Hospital Rafael Méndez; su inclusión en lista de espera lo fue al día 1 de junio de 1.998, con el diagnóstico de prepucio redundante y fimosis. Por causas desconocidas y sin que exista documentación clínica, al paciente se le intervino el día 30 de noviembre de 1.998, sin estar programado y de un proceso quirúrgico diferente al demandado, vasectomía. A pesar de que los profesionales intervinientes aducen haber explicado verbalmente el tipo de intervención y alcance de la misma y que el paciente aceptó tales explicaciones sin reparos, esta aseveración no puede servir de eximente al error producido en el tipo de intervención efectuada, achacable a una falta de organización interna. Hecho éste agravado por la inexistencia de registros clínicos que documenten las actividades asistenciales y la falta consiguiente del consentimiento informado, documento imprescindible en este tipo de operaciones quirúrgicas”.*

La Inspección Médica propone estimar la reclamación.

**TERCERO.-** Con fecha 4 de agosto de 1999, se procedió a la apertura de Diligencias Previas en el Juzgado de Instrucción nº 3 de Lorca, tras denuncia interpuesta por el reclamante contra la facultativa que practicó la intervención, que concluyó por sentencia nº 496/04 del juzgado de lo penal de dicha ciudad (PA 46/00), notificada en fecha 5 de noviembre de 2004, en la que se condenó a la citada doctora, como autora responsable de una falta de imprudencia leve profesional, a la pena de multa de quince días, a razón de dos euros, cuota día, con reserva de las acciones civiles, según se declara en el fundamento cuarto de la misma.

Figuran como hechos probados los siguientes:

*“Que el día 29 de mayo de 1998, el urólogo de atención primaria de Lorca, recomendó a x., que fuese intervenido con carácter ordinario de para-fimosis en el Hospital del Insalud Rafael Méndez de Lorca, y ese mismo día, el Hospital le incluyó en lista de cirugía programada con el diagnóstico de fimosis. Posteriormente el mismo urólogo de atención primaria, con fecha 6 de julio de 1998, recomendó fuese intervenido con carácter preferente de fimosis, siendo reconocido el día 30 de noviembre de 1998, por la médico especialista en urología, quién le prescribió una medicación y análisis previos y finalmente x. fue avisado para que el 30 de diciembre de 1998, se personara en el centro médico para ser intervenido, sin necesidad de hospitalización previa, ya que tras la operación podría irse a su domicilio, realizándose ese día por la acusada seis operaciones, dos de fimosis y cuatro de vasectomía, teniendo cada paciente su lista de cirugía programada, donde constaba la operación a realizar y precisando para la vasectomía consentimiento escrito que x. no había prestado, practicándole la acusada una vasectomía en lugar de la fimosis, propiciando dicha operación quirúrgica errónea una defectuosa confección del listado de personas que debían ser intervenidas ese día”.*



**CUARTO.-** Posteriormente, en fecha 20 de octubre y 10 de noviembre de 2.005, x. y Otros, en su condición de herederos de x., presentaron escrito ante el Servicio Murciano de Salud, en el que comunicaban que habiéndose dictado en fecha 3 de noviembre de 2.004, por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Lorca, sentencia en la que se declaraba punible la intervención quirúrgica realizada a x., se instaba la continuación del procedimiento administrativo iniciado en su día por esa parte, a cuyos efectos se adjuntaba con ese escrito copia de la sentencia dictada y de la reclamación en su día interpuesta.

**QUINTO.-** Otorgado trámite de audiencia a las partes en el procedimiento, se comunicó a los reclamantes en dicho acto la necesidad de que acreditaran su legitimación y representación en el mismo, a cuyo efecto aportan copia de acta notarial de declaración de herederos abintestato, de fecha 5 de diciembre de 2000, donde son declarados como herederos de x., sus hijos x, y, z., sin perjuicio de la cuota correspondiente al cónyuge viudo, x.

**SEXTO.-** Solicitado informe pericial sobre valoración del daño a la correduría de seguros del Servicio Murciano de Salud, se cuantifica el daño en 1.066,63 euros, teniendo en cuenta, entre otros elementos, que los efectos de la vasectomía se limitan al aspecto reproductivo (sin afectar al hormonal), la edad del paciente en el momento de la operación y su escasa supervivencia.

**SÉPTIMO.-** Conferido nuevo trámite de audiencia, los interesados no hacen uso del mismo, procediendo el órgano instructor a formular propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación, reconociendo una indemnización de valor coincidente con el señalado por el informe de la correduría de seguros.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 23 de noviembre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento de tramitación.

1. La legitimación activa corresponde al paciente, en tanto que es quien sufre en su persona los daños derivados de la involuntaria pérdida de la capacidad procreadora, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC), en relación con el 31 de la misma Ley y con el 4.1 (RRP).

La muerte del reclamante durante la tramitación del procedimiento y la posterior subrogación de sus herederos, no altera la conclusión alcanzada acerca de la existencia de legitimación activa para reclamar. De hecho, la actuación de estos interesados en el procedimiento se limita a asumir la posición procesal del fallecido, sin alterar la causa de pedir ni la pretensión indemnizatoria. Y es que, conforme sostiene el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 1089/2003, de 17 de octubre, *“en el caso analizado existió un daño personal a la fallecida, (...). Tal derecho era resarcible a la propia perjudicada, la fallecida, la cual había solicitado el reconocimiento del derecho de forma personal, habiendo fallecido antes de que la Administración dictara resolución al respecto. Es obvio que de haberse reconocido por la Administración la existencia del derecho de indemnización el mismo hubiera sido transmisible, hereditariamente, a los ahora actores, (...), pues el derecho al resarcimiento puede existir, aun no reconocido en la vía administrativa. Tal derecho existe o no, más el devengo del mismo ya se habría generado una vez que se ha producido el supuesto de hecho que genera el mismo, no teniendo carácter constitutivo la resolución administrativa que pueda reconocer tal derecho al resarcimiento”*.

En cuanto a la legitimación pasiva y al procedimiento para la tramitación de la reclamación, tras el traspaso de funciones y servicios en materia de asistencia sanitaria de la Administración del Estado a la Administración regional, cabe dar por reproducidas las consideraciones efectuadas por este Consejo en su dictamen 65/02.

2. La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) establece para la prescripción del derecho a reclamar, pues, efectuada la vasectomía el 30 de noviembre de 1998, la acción resarcitoria se ejercita el 29 de junio de 1999. En relación con esta fecha, si bien no consta en la copia del documento de reclamación obrante en el expediente cuándo fue presentada en un registro administrativo, existen actuaciones en el expediente tramitado por el Instituto Nacional de la Salud que, siendo posteriores a dicha fecha, son previas al 30 de noviembre de 1999, fecha en la que finalizaría el plazo para reclamar.

3. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ya ha excedido el de seis meses establecido por el artículo 13 RRP, debido, en parte, a la actuaciones penales.

### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce *“el derecho a la protección de la salud”*, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Procede determinar si en el supuesto sometido a consulta se dan todos y cada uno de los elementos indicados, toda vez que la ausencia de cualquiera de ellos impide el reconocimiento del derecho a ser indemnizado.

#### 1. El daño.

En su escrito de solicitud inicial, el x. se refiere de forma genérica a los daños tanto personales como morales que sufren tanto él como su familia.

Si bien tan inespecífica descripción no ayuda a concretar el daño, ello no es óbice para convenir en que la realización de una intervención de vasectomía, cuyo fin y efecto es la eliminación de una función esencial de la persona como es la capacidad reproductora, constituye no sólo un daño físico, sino también moral, cuando el resultado de la esterilización no es buscado de forma voluntaria por el paciente. Y es que la intervención priva al sujeto de su facultad de autodeterminación personal respecto a la paternidad, con los efectos que ello conlleva no sólo sobre el sujeto operado, sino también sobre su entorno familiar. En palabras de la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 3 de octubre de 2000, supondría *“la frustración de la decisión sobre la propia paternidad o maternidad y, con ello ha comportado una restricción de la facultad de autodeterminación derivada del libre desarrollo de la personalidad, al que pertenecen también ciertas decisiones personalísimas en cuanto no afecten al minimum ético constitucionalmente establecido como no puede ser menos en un ordenamiento inspirado en el principio de libertad ideológica”*.

En cuanto a la valoración económica del daño y la correspondiente cuantificación de la indemnización, habrá de estarse a lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

#### 2. El nexo causal.

Para establecer la relación causa-efecto entre la operación de vasectomía y el daño alegado (esterilidad permanente), al margen de acudir a las máximas de la experiencia, basta con acudir a los informes obrantes en el expediente, que no dejan lugar a dudas acerca de la vinculación entre la pérdida de la capacidad reproductora y la intervención que, precisamente, persigue dicho fin, constituyendo una técnica anticonceptiva muy fiable (estadísticamente se le reconoce una fiabilidad del 99,5%).

### 3. La antijuridicidad del daño.

Resulta de todo punto evidente la existencia de un daño antijurídico en la medida en que el paciente no viene obligado a soportar la pérdida de una de sus funciones vitales como consecuencia del anormal funcionamiento del servicio público sanitario, que le cita para la realización de una determinada intervención, como queda claramente establecida en la documentación relativa a la inclusión del paciente en la lista de espera quirúrgica, y es sometido a una operación diferente por error del servicio sanitario, bien sea de la facultativa, bien del servicio de admisión, y que la Inspección Médica imputa a una falta de organización interna.

A ello se une el hecho de la omisión del deber de recabar el consentimiento informado del paciente. Deber especialmente reforzado en operaciones como la que se le realizó, integrada en lo que se ha dado en llamar medicina satisfactiva, atendida la finalidad perseguida con la actuación médica, que no es tanto curativa como de satisfacción de una opción personal del paciente, por lo que debe ser amplia y rigurosamente informado de los riesgos, alternativas y efectos de la intervención a la que se somete. No consta acreditado en el expediente que esta información se ofreciera, más allá de las meras manifestaciones de la médico interviniente, según la cual, en los momentos inmediatamente anteriores a la intervención quirúrgica, preguntó a los pacientes si acudían a realizarse una vasectomía, a lo que todos respondieron afirmativamente, y les comunicó las medidas profilácticas a adoptar tras la operación para evitar una concepción. En cualquier caso, no consta que el paciente diera su consentimiento a la intervención ni existe documentación clínica alguna relativa a la intervención realizada que permitiera suplir la omisión del consentimiento expreso por la constancia en la misma de la información trasladada y su aceptación sin reservas por el paciente.

Tampoco existe constancia documental en el expediente del ofrecimiento que la facultativa dice haber efectuado al interesado para realizarle una recanalización de los conductos deferentes seccionados en la vasectomía, que le permitiera recuperar la función reproductora perdida. En cualquier caso, de haberse efectuado aquél y ser rechazado por el interesado, ello no conllevaría que éste se viera obligado a asumir el carácter permanente de la esterilidad derivada de la vasectomía, poniendo fin a la antijuridicidad del daño, toda vez que ello forzaría al interesado a someterse a una nueva intervención quirúrgica, de resultado incierto (sólo el 60-65% de los pacientes reintervenidos consiguen una concepción) y con los riesgos inherentes a cualquier operación.

Procede, en consecuencia, declarar, con la propuesta de resolución, que concurren en el supuesto sometido a consulta todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, debiendo declarar el derecho de los interesados a ser indemnizados.

#### **CUARTA.- Cuantía de la indemnización.**

La doctrina de este Consejo Jurídico viene recogiendo de forma constante los siguientes criterios legales y jurisprudenciales, como pautas principales a seguir en la cuantificación de la indemnización:

a) La extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de reparación integral, es decir, se extiende a todos los daños alegados y probados por el perjudicado incluyendo el daño moral o, con carácter más general, el denominado *pretium doloris*, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el

daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (SAN, Sección 4ª, de 27 de noviembre de 2002 y STS, Sala 3ª, de 3 de abril de 2002).

b) La legislación sobre indemnización en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo (STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998), debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del mismo en relación con el funcionamiento de la Administración que ha ocasionado el daño.

c) Incumbe a la parte reclamante la carga de probar cuantos elementos de cuantificación de los daños en virtud de los cuales reclama, como recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, las Sentencias de la Sala 3ª, de 3 de febrero de 1989 y 19 de febrero de 1992.

d) La cuantía de indemnización ha de calcularse con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo (artículo 141.3 LPAC).

En el supuesto sometido a consulta, el reclamante acude a la sanidad pública para someterse a una sencilla intervención de cirugía menor ambulatoria y resulta con una merma física sustancial, que el informe pericial por él mismo aportado cuantifica en un 40%, siguiendo el criterio de equiparar el daño derivado de la pérdida funcional (capacidad reproductora) con aquella lesión anatómica que produce ese mismo efecto: la atrofia o pérdida testicular bilateral.

Este criterio es matizado por el perito de la correduría de seguros, quien utiliza diversos criterios de valoración, prestando especial atención al sistema para la cuantificación de las lesiones producidas a las personas en accidentes de circulación. Según dicho informe, en el baremo hoy vigente (contenido en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre) se contempla la secuela “pérdida traumática de los dos testículos”, valorada en 40 puntos, lo que vendría a coincidir en esencia con ese menoscabo del 40% a que aludía el perito de la parte actora. Sin embargo, esta secuela contempla la pérdida completa del órgano, que conlleva tanto la privación de la función reproductora como también la hormonal (endocrina), con afectación de la líbido y, en consecuencia, de la vida sexual futura del lesionado. Sin embargo, con la vasectomía sólo se pierde la capacidad de concebir un hijo, pero persiste “*la posibilidad completa de practicar una vida sexual satisfactoria y la de mantener todos los caracteres masculinos primarios y secundarios, sin ningún tipo de discapacidad al respecto*”.

Ahora bien, si se opta por acudir a un baremo como referencia objetiva que oriente a la Administración en la cuantificación del daño, aun cuando sea por asimilación o analogía de las secuelas producidas con las contempladas en dicho sistema, habría de acudirse al baremo vigente en el momento de producirse la lesión, y ello tanto porque el artículo 141.3 LPAC refiere el cálculo de la cuantía indemnizatoria “al día en que la lesión efectivamente se produjo”, como por coherencia interna del propio sistema de valoración, que toma como referencia para la aplicación del baremo el de la fecha de ocurrencia del accidente.

El baremo vigente en 1998, que era el introducido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor por la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Priva-

dos, contemplaba la secuela de atrofia testicular bilateral, valorada en 30-35 puntos. Esta secuela, al igual que ocurre con la pérdida traumática de los testículos, también contempla la afectación de la función hormonal, con trascendentales consecuencias sobre la libido y la imagen del afectado, por lo que, siguiendo en este punto el informe aportado por la correduría de seguros, la valoración asignada por el baremo debería reducirse a 15-20 puntos.

A la vista de los pareceres médicos sobre valoración del daño, reflejados en los informes obrantes en el expediente, considera el Consejo Jurídico que el aportado por la correduría de seguros aparece mucho más matizado y razonado que el que se acompaña a la reclamación. De conformidad con dicho informe, puede concluirse que la aplicación del baremo de referencia mediante asimilación de la esterilidad masculina permanente con las secuelas en él previstas, determinaría una horquilla de valoración comprendida entre los 15 y los 20 puntos.

En consecuencia, la secuela debe valorarse en 18 puntos, lo que arrojaría un resultado de 1.982.016 pesetas (11.912,16 euros), atendido el valor de cada punto (110.112 pesetas), establecido por la Resolución de 24 de febrero de 1998, de la Dirección General de Seguros, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal, que resultan de aplicar durante 1998 el sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Además, y comoquiera que el lesionado se encontraba en edad laboral, procede incrementar dicha cantidad en un 10%, por lo que la suma asciende a 13.103,38 euros.

No se acredita en el expediente que el paciente quedara en situación de incapacidad temporal tras la intervención, por lo que ninguna cantidad ha de incorporarse a la indemnización en este concepto.

Hasta aquí la fijación de la cuantía indemnizatoria se ha basado en el informe de la correduría de seguros; sin embargo, no se acepta el criterio allí sostenido acerca de la minoración del montante indemnizatorio en base a la escasa supervivencia (28 meses) del lesionado respecto del momento de la intervención. Considera el Consejo Jurídico que, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el artículo 141.3 LPAC obliga a calcular la indemnización por referencia al momento en que la lesión efectivamente se produjo, siendo indiferente el tiempo en que la víctima conviva con la secuela. Adviértase que en el supuesto sometido a consulta se trata de valorar una lesión permanente, pues acompaña al sujeto hasta el momento de su muerte. De no ser así, es decir, si la secuela hubiera desaparecido en vida del interesado, ya no estaríamos en presencia de una lesión permanente y ello obligaría a cambiar las reglas de cómputo de la indemnización.

Obsérvese, además, que, de haber sido resuelta en plazo la reclamación, la resolución no habría podido tomar en consideración la muerte del paciente, porque ésta aún no se habría producido (ocurrió meses después del momento en que la Administración debió resolver el procedimiento).

En consecuencia, procede indemnizar a los herederos del x. en la cantidad de 13.103,38 euros, más la correspondiente actualización, conforme a lo establecido en el artículo 141.1 LPAC, e incoar el procedimiento al que se refiere el artículo 145.2 LPAC.

Previamente al abono de la indemnización habrán de cumplimentarse los trámites exigidos por las normas presupuestarias, singularmente, en materia de ejercicio de la función interventora.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA**.- Se informa favorablemente la propuesta de resolución parcialmente estimatoria de la reclamación, en la medida en que reconoce el derecho de los interesados a ser indemnizados, al apreciar la concurrencia de todos los elementos que hacen nacer la responsabilidad patrimonial de la Administración.

**SEGUNDA**.- La cuantía de la indemnización debe ajustarse a los criterios y cantidades señaladas en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 109/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 11/06/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 94/2008.*

**DICTAMEN 110/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una plantación de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 11/06/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*(...)si bien incumbe a la Administración el deber de mantener las carreteras de su titularidad abiertas a la circulación en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen quede normalmente garantizada, y ello se lleva a cabo, entre otras, a través de la limpieza de las cunetas de matorrales, esta actuación ha de realizarse sin afectar a las propiedades colindantes o, al menos, si se producen daños colaterales deben ser resarcidos a través del instituto de la responsabilidad patrimonial.*

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 28 de junio de 2004, --, Sociedad Cooperativa, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración regional, por los daños ocasionados a su plantación de pimientos en una finca colindante a la Carretera F-37 (junto a x.), con motivo de las labores de fumigación y limpieza de las cunetas efectuadas por la Dirección General de Carreteras. Solicita la siguiente cuantía indemnizatoria:

- a) 15.300 matas de pimientos por 0,09 euros: 1.337 euros.
- b) Gastos de plantación, mantenimiento, plásticos, abonos, etc.: 2.360 euros.

**SEGUNDO.-** Con fecha de 8 de julio de 2004, se solicita por la instructora la subsanación y mejora de la reclamación presentada con los documentos que se relacionan en los folios 5 y 6.

**TERCERO.-** El 4 de agosto de 2004 se recibe la siguiente documentación presentada por la Sociedad Cooperativa, cumpliendo el requerimiento efectuado por el órgano instructor:

- Copia de la escritura de constitución de la Sociedad Cooperativa, en la que figura como Presidente x., así como los estatutos de dicha sociedad (folios 38 y ss.).
- Copia de la escritura de determinación de resto y compraventa de la finca por x.
- Informe de peritación de los daños producidos en la plantación de pimiento lamuyo, por fumigación de los márgenes de la carretera F-37, acompañada de planos, en la que se graña la zona afectada (folio 10), que se extiende a una superficie de 5.170 m<sup>2</sup>, si bien con distinta intensidad de afectación. Concluye en que el valor total de la peritación de la parcela afectada asciende a la cantidad de 3.697 euros, coincidente con la reclamada inicialmente.
- Fotocopia del DNI del Presidente de la Sociedad Cooperativa, así como el NIF de esta última.
- Declaración del Presidente de la Sociedad Cooperativa, en la que manifiesta que no se ha ejercitado ningún otro tipo de reclamación.

**CUARTO.-** El 3 de octubre de 2005, la instructora solicita del Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario (IMIDA en lo sucesivo) un informe sobre:

- a) Realidad y certeza del evento lesivo.
- b) Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos (tratamiento de herbicidas) y el daño que alega la reclamante.
- c) Volumen de plantación afectada.
- d) Análisis del informe pericial aportado por la cooperativa, elaborado por un ingeniero agrónomo.
- e) Evaluación de los daños y valoración de los mismos.
- f) Cualquier otra cuestión de interés.

**QUINTO.-** El IMIDA, a través del técnico responsable de investigación, emite informe el 24 de octubre de 2005, en el que manifiesta lo siguiente:

*“El día 21 de octubre de 2005 el técnico responsable se personó en la parcela en la que supuestamente se habían producido los daños para recabar información. Al haberse*



*producido el cultivo durante el año 2004, no sólo no quedaban restos del cultivo, sino que la tierra había sido removida y allanada y se estaba procediendo a la instalación de una urbanización “—”.*

*La única información recibida por parte de los vecinos de dicha parcela es que efectivamente se habían cultivado pimientos.*

*Así pues no pude valorar:*

- A) Ni la realidad y certeza del evento lesivo.*
- B) Ni la relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos (tratamiento de herbicidas) y el daño que alegan los reclamantes.*
- C) Ni el volumen de la plantación afectada.*
- D) En lo que concierne al análisis del informe técnico aportado, elaborado por el Ingeniero Agrónomo x., realizo las siguientes consideraciones:*
  - 1. No se puede valorar la superficie afectada.*
  - 2. El rendimiento medio por hectárea que la variedad Perla RZ puede producir es difícil de determinar, pues depende de muchas variables. tales como fertilidad del terreno, abonado, riego, presencia de ataques de patógenos (especialmente virosis), etc., considerando que posiblemente en la zona se puedan alcanzar de 50.000 a 60.000 kg./ha (5 a 6 kg/m<sup>2</sup>).*
  - 3. Se pueden aceptar los cálculos de rendimientos y costes para el cálculo de las presentes pérdidas ocasionadas.*

*Como resumen del informe técnico se concluye que, al no disponer de ningún dato en el que basarme para valorar los daños producidos, no se puede realizar dicha valoración. A su entender se debería haber procedido a tomar muestras de las plantas para saber si el daño producido era debido a una deriva del herbicida utilizado o cualquier otra causa y saber la extensión real del terreno afectado.”*

**SEXTO.-** Solicitado el informe de la Dirección General de Carreteras, es finalmente evacuado el 23 de noviembre de 2005, en el siguiente sentido:

*“La carretera a la que se refiere la reclamante es competencia de esta Dirección General.*

- A) Es cierto y real el evento lesivo.*
- B) Las labores de limpieza consistieron en la fumigación de la hierba y maleza existente en la cuneta. La fecha en la que se realizaron estas labores fue la semana del 10 al 14 de mayo de 2004. Para evitar que las plantaciones colindantes se vean afectadas por el producto empleado en la fumigación, se procura no fumigar cuando hay viento que pueda desplazar el producto de fumigar y por otra parte se baja lo máximo posible la barra de fumigar a nivel del terreno natural.*
- C) No se puede determinar la existencia de fuerza mayor o la actuación inadecuada del perjudicado o de un tercero.*
- D) No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.*

- E) *Se desconoce si el siniestro se puede imputar a otras administraciones, contratistas o agentes.*
- F) *No existen aspectos técnicos para determinar la producción del daño.*
- G) *En el terreno colindante a la carretera donde se produjeron los daños por la fumigación, existe un pequeño talud que obliga a levantar la barra de fumigar por lo que es de suponer que, al levantarla, la brisa desplazara el producto de fumigar a la propiedad colindante de forma vaporizada”.*

**SÉPTIMO.-** Acordada la apertura de un periodo de prueba, la instructora solicita a la parte reclamante que aporte copia compulsada de una serie de documentos ya acompañados, siendo cumplimentado el 4 de mayo de 2006 (folios 282 y ss.), solicitando el representante de la Sociedad Cooperativa que se resuelva cuanto antes el procedimiento, al haber transcurrido, en aquel momento, casi dos años desde que sucedió el evento lesivo.

**OCTAVO.-** El 8 de junio de 2006 se otorga un plazo de audiencia a la Sociedad Cooperativa para que formule alegaciones, sin que conste que las presentara, tras lo cual se acuerda la apertura de un periodo extraordinario de prueba para aclarar el sujeto que reclama, si x., en su condición de propietario de la finca, o la Sociedad Cooperativa; también para que se aporte certificación catastral de la parcela afectada, en la que se constate que el número de identificación catastral es el mismo que figura en la escritura de compraventa y en el informe del perito de parte.

**NOVENO.-** Con fecha de 22 de febrero de 2007, la Sociedad Cooperativa presenta un escrito con la finalidad de aclarar los siguientes extremos:

- Que la titularidad de la finca pertenece a x., lo que se acredita con la certificación catastral que se acompaña.
- Que la plantación pertenece a la Sociedad Cooperativa por lo que la reclamación ha sido presentada por ésta, ostentando x. la condición de Presidente de la misma, que acredita con la copia de la escritura de cese y nombramiento de cargos, y modificación de estatutos.

**DÉCIMO.-** El 28 de mayo de 2007 se otorga un nuevo trámite de audiencia a la reclamante, sin que conste la presentación de alegaciones, tras lo cual, el 24 de marzo de 2008, se emite propuesta de resolución estimatoria por la cuantía reclamada.

**UNDÉCIMO.-** El 18 de abril de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación y plazo.**

La legitimación activa corresponde, cuando de daños materiales se trata, a quien haya sufrido el perjuicio ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos, conforme a lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC); en el presente caso se ha acreditado en el expediente que la parcela afectada pertenece a x., según consta en la certificación catastral emitida en fecha 21 de febrero de 2007 (polígono 124, parcela 75, “—“, Cartagena), quien, a su vez, ostenta la condición de Presidente de --, Sociedad Cooperativa, si bien aquél ha manifestado que la acción se ha ejercitado por dicha cooperativa (así se constata en el escrito de reclamación), por ser propietaria de la plantación.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, en cuanto titular de las carreteras F-37, según el artículo 3 y Anexo de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia, habiendo reconocido el informe del centro directivo competente, de 23 de noviembre de 2005, que en la semana del 10 al 14 de mayo de 2004 se realizaron labores de fumigación de la hierba y maleza existente en la cuneta de dicha carretera.

Por último, la acción se ha ejercitado dentro del plazo de un año desde que se manifestaron los daños, de conformidad con lo previsto en el artículo 142.5 LPAC.

**TERCERA.- Procedimiento.**

Si bien cabe afirmar que el procedimiento de responsabilidad patrimonial ha seguido los trámites establecidos por sus normas reguladoras (artículos 6 y ss. RRP), sin que se adviertan omisiones esenciales, sin embargo sí cabe poner de manifiesto ciertas observaciones que deben ser objeto de consideración por la Consejería consultante:

1ª) La excesiva tardanza en tramitar y resolver la reclamación, como ha puesto de manifiesto la parte reclamante, habiéndose superado ampliamente la duración máxima que para el mismo fija el artículo 13.3 RRP, teniendo en cuenta que cuando se ha solicitado nuestro Dictamen habían transcurrido más de tres años y medio desde que se inició el procedimiento, en contra de los principios de impulso de oficio, celeridad, agilidad, eficacia y eficiencia que han de inspirar —incluso por mandato constitucional en el caso de los dos enunciados en último lugar— el proceder de la Administración y de sus agentes.

2ª) En este tipo de expedientes de responsabilidad patrimonial en los que se alegan daños a explotaciones agrarias colindantes a las carreteras, resulta imprescindible, como se indicó en nuestro Dictamen 133/2007, la inmediatez de la actuación por parte de los técnicos responsables, una vez ejercitada la acción de reclamación por el perjudicado, si no se ha actuado de oficio, con la finalidad de comprobar el ámbito y el grado de afectación de la cosecha, y si es consecuencia del funcionamiento del servicio público, como recomienda el técnico del IMIDA, al sugerir que se debería haber procedido a tomar muestras de las plantas (Antecedente Quinto).

A este respecto el transcurso del plazo, con la recogida de la cosecha, sitúa a la Administración en una posición de inferioridad, carente de pruebas para cuestionar los datos aportados por la pericial de la parte reclamante; así se reconoce por el citado técnico del IMIDA, cuando se persona el 21 de octubre de 2005, al señalar que en la finca en cuestión no quedaban restos de cultivo, sin que se pudiera valorar la superficie afectada, ni el vo-

lumen de la plantación. Adviértase que la reclamación se presentó el 28 de junio de 2004 (las labores de fumigación se realizaron durante el mes anterior), y el informe del perito de la parte data de 21 de junio citado, lo que evidencia inmediatez respecto a la actuación de la parte reclamante, frente a la de la Administración, cuyo técnico se persona en octubre de 2005 (casi un año y medio después), a petición de la instructora, cuando ya no quedaban restos del cultivo.

**CUARTA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.**

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. En similares términos se expresa el artículo 139 LPAC, configurando una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio indemnizada.

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, Sentencia de la Sala 3ª, de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de ésta de la infraestructura material para su prestación, no implica que dicha Administración se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, ya que de lo contrario el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

En suma, de acuerdo con lo establecido por los artículos 139 y 141 LPAC, son requisitos para que se reconozca la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración los siguientes:

- a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.
- c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Específicamente en materia de carreteras, corresponde al titular de la vía la responsabilidad del mantenimiento de la misma en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación, según establece el artículo 57 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por RD. Legislativo 339/1990, de 2 de marzo. En este sentido, el artículo 20.1 de la Ley regional 9/1990, ya citada, establece que la explotación de las carreteras regionales comprende: las operaciones de conservación y mantenimiento, las actuaciones encaminadas a la defensa de la vía y a su mejor uso, incluyendo las referentes a la señalización, ordenación de accesos y uso de las zonas de dominio público y protección.

Veamos la aplicación de los requisitos citados al supuesto que motiva la presente reclamación de responsabilidad patrimonial:

1) En cuanto al primero de ellos, la efectividad del daño, la Sociedad Cooperativa ha acreditado la realidad de un daño en la finca “—”, sita en La Aparecida, término municipal de Cartagena (polígono 124, parcela 75), cultivada de pimientos tipo lamuyo, variedad Perla RZ, mediante la aportación de un informe pericial realizado el 21 de junio de 2004. De otro lado, como recoge la propuesta de resolución, el informe de la Dirección de Carreteras (Antecedente Sexto) no ha negado dicho daño, pues reconoce que “es cierto y real el evento lesivo”.

A mayor abundamiento, el técnico del IMIDA que, a instancias de la instructora visita la finca al año siguiente (en octubre del 2005), recoge en su informe que, efectivamente, se habían cultivado pimientos en dicha parcela, según la información suministrada por los vecinos (folio 108).

2) La Sociedad Cooperativa, a través del informe pericial que acompaña, sostiene que también concurre el segundo de los requisitos precitados, la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, al considerar que los daños en la plantación de pimientos tipo lamuyo fueron ocasionados por la fumigación de los arcones de la carretera F-37, por parte del personal de mantenimiento de la Dirección General de Carreteras. Este centro directivo mantiene una posición de cierta contradicción, en tanto se afirma inicialmente (Antecedente Sexto), que no existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras, sin embargo, en otro apartado de su informe, manifiesta que:

*“En el terreno colindante a la carretera donde se produjeron los daños por la fumigación, existe un pequeño talud que obliga a levantar la barra de fumigar por lo que es de suponer que, al levantarla, la brisa desplazara el producto de fumigar a la propiedad colindante de forma vaporizada”.*

Este reconocimiento de la concreta actuación en las labores de fumigación en la zona afectada, que pudo motivar la extensión del producto a la finca colindante, sin que correlativamente se cuestione el informe pericial aportado por la parte reclamante, conducen razonablemente a que la instructora estime la concurrencia del nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público, a lo que cabría añadir, que resulta indiferente para ello que las labores de fumigación se hubieran realizado correctamente, a lo que parece hacer referencia implícita el informe del centro directivo.

En consecuencia, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que la Sociedad Cooperativa ha probado la existencia de nexo causal entre los trabajos realizados y los daños acaecidos.

3º) Además, concurre el tercero de los requisitos citados, la antijuridicidad de los daños, que la afectada no está obligada a soportar de acuerdo con la ley (artículo 141.1 LPAC), ya que, si bien incumbe a la Administración el deber de mantener las carreteras de su titularidad abiertas a la circulación en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen quede normalmente garantizada, y ello se lleva a cabo, entre otras, a través de la limpieza de las cunetas de matorrales, esta actuación ha de realizarse sin afectar a las propiedades colindantes o, al menos, si se producen daños colaterales deben ser resarcidos a través del instituto de la responsabilidad patrimonial.

Por último, cabe poner de manifiesto que el Consejo Jurídico ha dictaminado en el mismo sentido en otros supuestos similares (Dictámenes 18/2005 y 133/2007), en los que ha apreciado la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

**QUINTA.- Cuantía indemnizatoria.**

La Sociedad Cooperativa reclama una cuantía indemnizatoria de 3.697 euros por la cosecha perdida, sobre la base de los siguientes cálculos aportados por el perito de la parte reclamante:

- 1) Zona afectada, coincidente con una franja de terrenos de este a oeste por la parte norte de la finca, paralela a la carretera regional: 5.170 m<sup>2</sup>. Dicha zona se divide en dos subzonas, a su vez, según el grado de afectación: 1ª) 3.825 m<sup>2</sup>, donde los daños son muy acusados y las plantas están muertas, según el perito, cuya cosecha no tiene las garantías para ser comercializable; 2ª) 1.345 m<sup>2</sup>, donde las afecciones son menores y las plantas sufrirán un retraso vegetativo y de recolección.
- 2) El precio medio de la campañas anteriores es de 0,60 euros/kg., y el rendimiento medio estimado por hectárea de 60.000 kg./ha.
- 3) El valor de la plantación de pimientos afectada en la subzona 1 es de 13.770 euros, aplicando un coeficiente de pérdida de comercialidad del 100%, mientras que la en la subzona 2 es de 1.452,60 euros, aplicando un coeficiente del 30%. La suma de los ingresos de la plantación afectada sería de 15.222,60 euros.
- 4) Los costes de producción necesarios para obtener los ingresos anteriores son de 11.526 euros, resultando la cantidad reclamada de la diferencia entre los ingresos y los costes citados (3.697 euros).

La instructora acepta como valoración objetiva los cálculos del informe pericial, si bien el Consejo Jurídico considera que debería haberse producido un mayor esfuerzo por parte de la instrucción para que la Sociedad Cooperativa hubiera acreditado documentalmente *a posteriori* los ingresos recibidos en la subzona 2ª, afectada parcialmente, que justificaran los datos estimados, al igual que los gastos. Por ejemplo, la instructora podía haber solicitado las facturas correspondientes o las declaraciones fiscales relativas al año 2004.

No obstante, en la medida que no han sido discutidos por la instructora, ni por la Dirección General de Carreteras, y que el técnico del IMIDA sostiene que se pueden aceptar los cálculos de rendimiento y costes para la determinación de las pérdidas ocasionadas, el Consejo Jurídico nada ha de objetar a la cuantía reclamada.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

**CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se informa favorablemente la propuesta de resolución, en cuanto procede a estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial, al concurrir los elementos determinantes de la misma.

**SEGUNDA.-** También se dictamina favorablemente la cuantía indemnizatoria reclamada por las razones indicadas en la Consideración Quinta.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 111/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por la rotura de unas gafas en el recinto de la Universidad Politécnica de Cartagena.**

**Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)**

**Fecha: 11/06/08**

**Extracto de Doctrina**

*Nos encontramos ante un daño directamente imputable al servicio público por responsabilidad objetiva.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 16 de julio de 2007 (registro de entrada), x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Universidad Politécnica de Cartagena, por la pérdida de una lente de sus gafas personales el 30 de junio anterior, mientras permanecía en el edificio de la Escuela Técnica Superior de Ingeniería de Telecomunicaciones de la citada Universidad.

Describe lo ocurrido del siguiente modo: *“estando en el patio, junto al guardia de seguridad y conserje de turno de mañana de tal día, se cayó una lente de mis gafas, esos cristales son inorgánicos, por lo cual no se rompen. El motivo de la reclamación es que el cristal cayó entre las losas que conforman el solado del patio, cuya separación entre las mismas permite que la caída accidental de objetos, a través de las mismas, impidan su recuperación. La recuperación de la lente se imposibilita por las características del suelo, utilizando un sistema de losas superpuestas de gran tamaño, con separación de 2 0 3 cms. entre ellas, dado que a su vez este suelo es usado como desagüe de las aguas caídas en el patio”.*

Finalmente reclama que le sean abonados los daños materiales ocasionados por la pérdida de la lente, que ascienden a 74 euros, según factura que acompaña.

**SEGUNDO.-** Con fecha de 17 de septiembre de 2007, se acuerda la iniciación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, y se notifica al reclamante, según consta en el expediente (folio 2).

**TERCERO.-** Citado por la instructora, el 25 de septiembre de 2007 comparece x. en las dependencias administrativas con la finalidad de ser sometido a las siguientes preguntas:

*“Primera: Por parte de la instructora se le informa de la posibilidad de recuperar el cristal de las gafas de su propiedad.*

*Respuesta: Que repuso inmediatamente por serle necesario y urgente su uso, en el momento en que el conserje y el guardia de seguridad le comunicaron que no se podía recuperar la lente de forma inmediata, ya que era necesario la intervención de los albañiles.*

*Segunda: ¿Qué patología tiene en los ojos?*

*Respuesta: Astigmatismo y miopía.*

*Tercera: Si estaba manipulando las gafas cuando perdió el cristal.*

*Respuesta: No, las tenía puestas”.*

**CUARTO.-** A la vista de las actuaciones, la instructora, de oficio, suspende el procedimiento general e inicia el abreviado por acuerdo de 8 de enero de 2008, que es notificado al interesado el 10 siguiente, otorgándole un plazo de cinco días para formular alegaciones, sin que conste que las haya formulado.

**QUINTO.-** La propuesta de resolución, de 30 de enero de 2008, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al considerar que existe una inequívoca relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público.

**SEXTO.-** Con fecha de registro de entrada de 26 de febrero de 2008, el Consejero de Educación, Ciencia e Investigación solicita al Consejo Jurídico de la Región de Murcia la emisión del preceptivo Dictamen sobre el expediente de responsabilidad patrimonial tramitado por la Universidad Politécnica de Cartagena.

**SÉPTIMO.-** Por Acuerdo núm. 5/2008, de 10 de marzo, el Consejo Jurídico de la Región de Murcia requiere al órgano consultante que complete el expediente con la copia del escrito de reclamación y la factura acreditativa del importe de los daños.

**OCTAVO.-** El 23 de abril de 2008, se ha remitido por el titular de la Consejería consultante la documentación complementaria solicitada para que se proceda a la emisión de correspondiente Dictamen sobre la cuestión de fondo planteada.

A la vista de los referidos Antecedentes, procede a realizar las siguientes:

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones, que en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración Regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico, en relación con el artículo 12 del Real Decreto 429/ 1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el procedimiento de la Administraciones Publicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

II. El procedimiento se ha iniciado a instancia de parte interesada conforme a lo previsto en el artículo 4.1 RRP, en relación con lo dispuesto en el artículo 31.1.a) de la Ley 30/1992 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

También se ha acreditado que la pérdida de la lente se ha producido en las instalaciones pertenecientes a la Universidad Politécnica de Cartagena, concretamente, en el patio de la Escuela Técnica Superior de Telecomunicaciones, imputándose el daño a los elementos materiales en donde se presta dicho servicio, por lo que conviene recordar que cuando el elemento real en el que se produce el daño está dedicado o afecto a un servicio público, no cabe considerar dicho elemento ajeno al servicio. Pues, como indicamos en nuestro Dictamen núm. 153/2004, *“lo que distingue la actividad administrativa en el sentido de*



*los servicios públicos a los que se refiere la ley cuando disciplina la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no es que sus elementos instrumentales sean diferentes o estén modificados en función de una actividad prestacional o de otra índole de la Administración, sino el fin a que en su conjunto la actividad administrativa se dirige (satisfacción de los intereses generales), el carácter con que lo hace (de modo continuo o regular), los límites a que está sujeta (los fijados por la atribución de potestades por el ordenamiento jurídico) y las prerrogativas inherentes a la específica regulación del ejercicio de las potestades en el marco del derecho público. Los elementos personales o reales que se integran en la actividad administrativa no deben ser diferentes de los necesarios para el desarrollo de cualquier actividad humana útil o productiva, pues su característica radica en la afección teleológica o instrumental al servicio.”. Desde este punto de vista el patio donde se produjo la caída de la lente integra funcionalmente dicho servicio público.*

III. La reclamación ha sido presentada dentro del plazo de un año, que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar, puesto que el percance se produjo el 30 de junio de 2007 y la acción se ha ejercitado el 16 de julio de 2007 (registro de entrada).

**TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley (artículo 141.1 LPAC). De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico ha destacado en anteriores Dictámenes (por todos, el núm. 93/2008), que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999). Por tanto, para que proceda reconocer la existencia de responsabilidad patrimonial deberán darse los requisitos que la caracterizan legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC.

En el supuesto que es objeto de dictamen, en una primera aproximación, cabe sostener que la caída de la lente no es imputable a la Administración y, por tanto, al funcionamiento del servicio público, que es ajeno a la producción del daño.

Sin embargo, para la instructora del procedimiento resulta inequívoca la relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público, pero no por la caída de la lente en sí, sino por la imposibilidad inmediata de su recuperación, pese a que es inorgánica y, por tanto, en principio recuperable, debido a las características constructivas del suelo del patio de la Escuela Técnica Superior de Telecomunicaciones de la Universidad Politécnica

de Cartagena. En tal sentido justifica que *“es fácil que la lente se introduzca en la rendija (distancia de 2 o 3 cms. entre losas), siendo muy dificultosa y costosa su recuperación, toda vez que es necesario la intervención de personal cualificado, pues debería levantarse parte del suelo de dicho patio”*.

En consecuencia, acreditada la caída de la lente (el interesado estaba junto al guardia de seguridad y conserje del turno de mañana), la imposibilidad de su recuperación inmediata por las razones descritas, y la necesidad de su utilización por el interesado (el mismo día adquiere otra lente en una óptica), la propuesta de resolución sostiene un funcionamiento anormal del servicio público, no apreciado por el Consejo Jurídico puesto que nos encontramos ante un daño directamente imputable al servicio público por responsabilidad objetiva, debiendo adaptarse la resolución en este mismo sentido.

Asimismo se ha acreditado la efectividad del daño, que asciende a la cuantía reclamada (74 euros), por la pérdida de la lente de las gafas.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente:

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que estima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al haberse acreditado los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Universidad Politécnica de Cartagena, en la cuantía reclamada, si bien aquélla debe ser corregida en el sentido expresado en la Consideración Tercera.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 112/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 16/06/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 52/2008.*

**DICTAMEN 113/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x como consecuencia de los daños sufridos por una caída en el aparcamiento del H.G.U. Virgen de la Arrixaca.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 16/06/08**

**Extracto de Doctrina**

*Este Consejo Jurídico ya ha tenido ocasión de manifestar en repetidas ocasiones (entre otros, Dictámenes números 9 y 20 del año 2002) que la interpretación sistemática del artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (actualmente, artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), en el que se establece la obligación del contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones de ejecución del contrato, nos lleva a concluir que, ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta debe resolver la misma respondiendo directamente de los daños causados por el concesionario o contratista, sin perjuicio de la acción de regreso que debe ejercitar contra éstos si de los hechos se desprendiese su responsabilidad. En este sentido se han pronunciado tanto el Tribunal Supremo en varias sentencias, entre las que cabe destacar la de 23 de febrero de 1995, como el Consejo de Estado en sus Dictámenes de 18 de junio de 1970, 21 de julio de 1994 y 28 de enero de 1999. Es decir, la Administración debe responder directamente por los daños causados por un concesionario o un contratista de obra pública, sin perjuicio de la acción de regreso que pueda ejercitar contra aquéllos.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 19 de agosto de 2005, x. presenta en la Oficina de Correos de Alhama de Murcia escrito dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS), mediante el que formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos el día 11 de marzo de 2004, cuando se cayó en la zona de aparcamiento del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA). Según la reclamante la caída tuvo lugar en la zona de aparcamiento del citado Hospital que, en aquellos momentos, se encontraba en obras y en la que se habían construido unos adoquines de una altura aproximada de medio metro por cuatro o cinco metros de largo, y que habían sido colocados de forma discontinua. Los citados adoquines, según versión de la x., no se encontraban señalizados de forma alguna, ni se habían colocado vallas u otros elementos que pudieran advertir de su existencia; circunstancias éstas que resultaban agravadas por el hecho de que la iluminación de la zona era escasa, lo que hacía harto difícil la visualización de los adoquines.

Como consecuencia de la caída la reclamante aduce haber sufrido lesiones en hombro y antebrazo, de las que fue asistida en el Servicio de Urgencias del HUVA. Tras el oportuno tratamiento médico y rehabilitador, fue dada de alta el día 1 de septiembre de 2004, con el siguiente juicio clínico: “*fractura de troquiter, capsulitis reactiva con limitación residual para las rotaciones. Rizartrosis*”.

Sostiene la reclamante que el accidente tuvo como único motivo el mal estado en el que se encontraba la zona de aparcamiento del Hospital, y achaca a la Administración un incumplimiento de sus obligaciones de mantener las instalaciones y lugares públicos de forma adecuada para su buen uso; por todo lo cual solicita una indemnización de 24.848,28 euros (13.188,28 por los 518 días de incapacidad y 11.660 por las secuelas que padece).

Adjunta informe médico de la asistencia prestada en el Servicio de Urgencia del HUVA, así como del informe clínico emitido una vez finalizado el tratamiento rehabilitador al que se sometió.

Finaliza proponiendo como medios de prueba la documental, consistente, por un lado, en dar por reproducidos los documentos que une a su reclamación y, por otro, en que se incorpore la historia clínica de la reclamante que obra en el HUVA; y la testifical, consistente en la declaración de x., que acompañaba a la interesada en el momento de ocurrir los hechos, con el fin de que conteste al interrogatorio de preguntas que recoge en su escrito.

**SEGUNDO.-** Con fecha 20 de septiembre de 2005 se incorpora al expediente la historia clínica de la reclamante.

Seguidamente, por el Servicio Jurídico del SMS se solicita al Director Gerente del HUVA que, por el Jefe de mantenimiento o personal que corresponda, se emita informe sobre los hechos que se relatan en la reclamación.

El requerimiento fue cumplimentado mediante la aportación de un informe del Coordinador de Ingeniería del HUVA, fechado el 13 de diciembre del 2005, en el que se hace constar los tres tipos de aparcamientos existentes en el Hospital, el uso y el estado de los mismos, indicando, además, la necesidad de que la reclamante concretara el lugar exacto en el que se produjo la caída.

Requerida dicha información a la reclamante, ésta, mediante escrito de 2 de noviembre de 2006, indica que el accidente ocurrió en el aparcamiento denominado de superficie, aportando una fotografía aérea con su ubicación exacta.

**TERCERO.-** Con fecha 19 de enero de 2007 se dictó Resolución del Director Gerente del SMS admitiendo a trámite la reclamación, lo que se notificó a la interesada.

Seguidamente la instructora dirige escrito a la empresa x., concesionaria de las obras que se estaban ejecutando en los apartamientos del HUVA, al que acompaña copia de la reclamación a efectos de que se haga cargo de la reclamación o, en su defecto, formule las alegaciones que considere pertinentes sobre los hechos por los que se reclama.

El requerimiento fue cumplimentado por la mercantil mediante escrito en el que afirma que las obras que ejecutadas en el HUVA han cumplido con todas las prescripciones exigidas por la normativa vigente en materia de seguridad e higiene en el trabajo, que no han tenido constancia de accidente alguno, ni tampoco han recibido inspección en relación con los hechos alegados por la x.

**CUARTO.-** Seguidamente la instructora notifica a los interesados (reclamante y contratista) la apertura del período de prueba, practicándose la testifical propuesta por la reclamante consistente en declaración de x., con el siguiente resultado:

*“Pregunta.- El día 4 de marzo de 2004, sobre las 21:15 horas ¿usted se encontraba en la zona de aparcamiento del Hospital Virgen de la Arrixaca cuando x. sufrió una caída?”*

*Respuesta.- Sí, íbamos a visitar a su biznieto.*

*Pregunta.- ¿Es cierto que usted ayudó a la x. a incorporarse del suelo tras la caída?*

*Respuesta.- Sí, íbamos juntas y al tropezar ella la ayude a levantarse.*

*Pregunta.- ¿La x. tropezó en uno de los adoquines que se estaban construyendo en la zona? ¿Sabe si estaban realizándose obras en la zona?*

*Respuesta.- Parecía que sí, porque estaba todo desorganizado y no había por donde pasar, pero yo no vi ningún cartel.*

*Pregunta.- ¿Existía algún tipo de señalización para las obras?*

*Respuesta.- No*

*Pregunta.- ¿Qué tipo de iluminación había en la zona?*

*Respuesta.- Era muy pobre y muy poco iluminada.*

Seguidamente reformulan preguntas el representante de x. y la instructora, con el siguiente resultado:

A las planteadas por la mercantil:

*Pregunta.- ¿Dónde se produjo exactamente la caída?*

*Respuesta.- En el aparcamiento de la parte de delante del Hospital, en el de superficie.*

*Pregunta.- ¿En la parte de delante o saliendo del Hospital a la derecha?*

*Respuesta.- En el aparcamiento que siempre se ha conocido para el público.*

*Pregunta.- De toda la zona del Helipuerto delimitada por los bordillos, que es cuadrado con un pasillo de acceso, ¿dónde se produjo la caída? (Dibujan en este acto un croquis).*

*Respuesta.- En el pasillo de acceso (señala con una cruz el sitio), aunque no se distinguía la delimitación de ese pasillo hecha con los bordillos, por la gran cantidad de vehículos que había en esa zona y que no estaban señalizados ni pintados.*

*Pregunta.- ¿Le atendieron inmediatamente?*

*Respuesta.- Sí, fuimos a Urgencias directamente.*

A las preguntas formuladas por la instructora:

*Pregunta.- La causa de la caída ¿ha sido por chocar con posibles restos de obra o con el bordillo?*

*Respuesta.- Íbamos caminando por las filas de coches sin pensar que pudiera haber ningún obstáculo, hasta que al tropezar con el bordillo nos dimos cuenta de su existencia.*

Aparece incorporado un croquis (folio 72) en el que la testigo ha señalado con una cruz el lugar en el que ocurrió la caída.

**QUINTO.-** Con fecha de registro de entrada de 3 de abril de 2007, se presenta escrito del legal representante de x., UET, mediante el que formula las siguientes alegaciones:

1ª. Niega la realidad de los hechos sobre los que se sustenta la reclamación, al estimar que no han quedado acreditados.

2ª. En cualquier caso, dice, no existe negligencia alguna en la realización de las obras, que estaban perfectamente delimitadas por pivotes, cadenas y adoquines pintados, con el fin de evitar el tránsito por ellas de personal no autorizado.

3ª. Lo anterior permite, a su juicio, colegir que si la reclamante sufrió la caída que alega fue única y exclusivamente por haber accedido a una zona restringida, no habilitada para el paso de peatones.

**SEXTO.-** Copia del anterior escrito es enviado por la instructora al Director Gerente del HUVA, al objeto de que, a la vista de su contenido, se emita informe por el Servicio de Mantenimiento.

El requerimiento fue atendido mediante la remisión de un informe del Coordinador de Ingeniería del citado Hospital, en el que se indica que *“para la construcción del nuevo parking subterráneo, obra tramitada, gestionada y cuyo seguimiento fue a cargo de los servicios centrales del Servicio Murciano de Salud, fue necesaria una ubicación temporal de la Heliosuperficie, la cual fue ejecutada por la empresa adjudicataria de las obras en el indicado parking de superficie, cuyo perímetro y acceso, fue delimitado con pivotes, cadenas, adoquines, etc., para impedir la invasión de dicha área por vehículos, personas, etc., y que dicha superficie fuera operativa”*.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 27 de agosto de 2007 la instructora procede a notificar la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la Compañía de Seguros. Esta última, a la vista de la reclamación, presenta escrito en el que señala que el accidente del que trae causa el expediente, no goza de cobertura en la póliza que tiene suscrita el SMS al haberse producido en unas obras realizadas por una empresa subcontratada.

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia a la interesada y a la empresa constructora, ambas comparecen, la primera, ratificándose en su pretensión, en tanto que, la segunda, manifiesta, en síntesis, lo siguiente:

1º. Tal como se desprende del informe del Servicio de Mantenimiento del HUVA, la heliosuperficie se encontraba perfectamente delimitada por cadenas, pivotes, adoquines pintados, etc.

2º. Según se desprende de la prueba testifical practicada, la reclamante no tropezó con los adoquines (que, hay que recordar, median 50 cms. de alto) sino con el bordillo.

3º. Debido a las dimensiones de los adoquines resulta prácticamente imposible que no fueran avistados por la reclamante, lo que evidencia que no circulaba por la zona que aquéllos acotaban, sino entre los automóviles estacionados, lo que evidencia una actuación imprudente por su parte.

4º. Tanto la interesada como la persona que la acompañaba (testigo) manifiestan ser conscientes de que se estaban realizando unas obras, por lo que debían haber extremado las precauciones al desplazarse por el aparcamiento.

**NOVENO.-** Por la instructora se formula, con fecha 15 de abril de 2008, propuesta de resolución desestimatoria de la solicitud por considerar que no concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

En tal estado de tramitación, V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 29 de abril de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.**

La reclamante ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 del Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, al ser el Hospital donde se produce el accidente de titularidad regional. El hecho de que las obras en el aparcamiento se llevaran a cabo por una empresa contratada a tal fin, no exonera de responsabilidad a la Administración, teniendo en cuenta que dicha responsabilidad es, en todo caso, directa, sin perjuicio de que, en última instancia, se determine que el sujeto que ha de soportar la onerosidad de la indemnización deba ser el contratista.

En efecto, este Consejo Jurídico ya ha tenido ocasión de manifestar en repetidas ocasiones (entre otros, Dictámenes números 9 y 20 del año 2002) que la interpretación sistemática del artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (actualmente, artículo 198 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), en el que se establece la obligación del contratista de indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones de ejecución del contrato, nos lleva a concluir que, ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta debe resolver la misma respondiendo directamente de los daños causados por el concesionario o contratista, sin perjuicio de la acción de regreso que debe ejercitar contra éstos si de los hechos se desprendiese su responsabilidad. En este sentido se han pronunciado tanto el Tribunal Supremo en varias sentencias, entre las que cabe destacar la de 23 de febrero de 1995, como el Consejo de Estado en sus Dictámenes de 18 de junio de 1970, 21 de julio de 1994 y 28 de enero de 1999. Es decir, la Administración debe responder directamente por los daños causados por un concesionario o un contratista de obra pública, sin perjuicio de la acción de regreso que pueda ejercitar contra aquéllos.

Finalmente, la reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP, ya que, si bien es cierto que los hechos se produjeron el 11 de marzo de 2004, la interesada no fue dada de alta médica hasta el día 1 de septiembre de ese mismo año, por lo tanto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 *in fine* LPAC, el plazo finalizaría el día

1 de septiembre de 2005, por lo que la acción, formulada el día 17 de agosto de 2005, ha de entenderse deducida en plazo.

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC (Título X, Capítulo I) y del RRP. No obstante, se advierte que, en contra de lo que es habitual en los expedientes tramitados en materia de responsabilidad patrimonial por la Consejería consultante, la resolución por la que se admite la reclamación y designa instructor —actuación que, a tenor de lo prevenido en el artículo 6.2 RRP, se ha de anteponer a cualquier otro acto o trámite— no se dicta hasta bien avanzada la tramitación del expediente.

**TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa,
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

Veamos la aplicación de estos principios al supuesto cuyo análisis nos ocupa:

En lo que se refiere a la existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, este Órgano Consultivo considera que ha quedado acreditado que la reclamante sufrió el día 11 de marzo de 2004 “una fractura con arrancamiento troquiter derecho no desplazada”. Sin embargo, de la realidad de tal hecho no puede colegirse automáticamente que la lesión traiga causa directa de un funcionamiento, normal o anormal, imputable a la Administración.

En efecto, aunque consolidada doctrina jurisprudencial viene manteniendo que no son admisibles concepciones restrictivas del nexo causal que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, ello no significa que la reclamante no deba aportar prueba suficiente que permita afirmar que el daño sufrido es imputable a una actuación administrativa. En este sentido el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de junio de 1988, señala que “...*toda reclamación de daños y consiguiente indemnización de perjuicios que se pudiera causar por aquellos daños, requiere como elemento indispensable y necesario, el acreditar la realidad de ambos y la necesaria relación de causa a efecto entre el acto o actividad de que se trate y el resultado dañoso, incumbiendo la prueba de todo ello al que reclama*”. Añadiendo en su sentencia de 11 de septiembre de 1995 que “*esa responsabilidad se configura por la efectividad de un daño evaluado económicamente e individualizado, la relación directa, inmediata y exclusiva de causalidad entre el daño y el funcionamiento,*



*normal o anormal, de los servicios públicos, y la inexistencia de fuerza mayor. La prueba de las dos primeras condiciones corresponde al actor, mientras que la de la última, excluyente de esa responsabilidad, corresponde a la Administración”.*

Abunda en esta línea el Consejo de Estado, cuya doctrina en relación con las reclamaciones por responsabilidad patrimonial pone de manifiesto que *“la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante de acuerdo con los viejos aforismos “necessitas probandi incumbit ei qui agit” y “onus probandi incumbit actori” y con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”* (entre otros muchos se pueden citar los Dictámenes números 908/2001, 87/2002 y 98/2002). También este Consejo Jurídico ha venido destacando la carga probatoria que incumbe a los reclamantes en la acreditación de estas circunstancias (entre otros, Dictámenes números 107/2003 y 28/2004).

En el supuesto que nos ocupa, la interesada en su escrito de reclamación manifiesta que la caída tuvo como motivo único el mal estado en el que se encontraba la zona de aparcamiento del HUVVA, pues los adoquines colocados sin señalización, unido a la escasa iluminación de la zona, constituyeron la causa por la que se produjo la caída. Sin embargo, esta circunstancia no ha quedado indubitadamente acreditada en el expediente, pues la única prueba desplegada al efecto ha sido la declaración de la persona que acompañaba a la reclamante, quien mantiene dos extremos que contradicen las afirmaciones de la reclamante. Así, ante la concreta pregunta de si su acompañante había tropezado con restos de la obra o con el bordillo, contesta que lo hizo con el bordillo; y al requerirla para que indicara sobre el croquis el lugar en el que se produjo la caída, lo ubica fuera del espacio acotado para el paso de peatones. De lo anterior se desprende que la reclamante y su acompañante iban andando entre los coches, en vez de hacerlo por los pasillos específicamente habilitados para el tránsito de personas, lo cual supone una conducta como mínimo poco diligente, que resulta agravada por el hecho de que fuera de noche y de que la reclamante, en el momento de producirse el accidente, tuviese 65 años, lo que les obligaba a extremar las precauciones debidas para desplazarse por una zona que estaba en obras (circunstancia que admiten haber percibido aunque niegan la existencia de señalización). En cualquier caso, aun aceptando que la caída y las consecuentes lesiones se hayan producido en el recinto hospitalario, no puede olvidarse que para que el instituto de la responsabilidad patrimonial despliegue sus efectos, resulta imprescindible la existencia de un nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, ya que, tal como ha señalado el Tribunal Supremo, entre otras en su sentencia de 5 de junio de 1998, *“la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales, no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento por el mero hecho de que se produzca dentro de sus instalaciones cuando ni éstas constituyen un riesgo en sí mismas ni sus características arquitectónicas implican la creación de tal situación de riesgo”.*

En este orden de cosas resulta altamente relevante el informe técnico del Jefe de Servicio de Mantenimiento del centro sanitario, al afirmar que en la fecha en que se produjo el accidente se estaban realizando obras en el aparcamiento de superficie del HUVVA, por lo que se había acondicionado temporalmente una heliosuperficie, cuyo perímetro se delimitó con pivotes, cadenas y adoquines de medio metro de alto, para impedir el acceso de personas no autorizadas. Las condiciones de acotamiento de la zona permite presumir que con un normal o incluso mínimo nivel de atención no se había producido el accidente, como lo demuestra el hecho de que no se tenga constancia de que, a pesar del alto índice de utilización del aparcamiento, no se registrara ningún otro percance.

Cabe, finalmente, señalar que las afirmaciones técnicas que se contienen tanto en el informe del Servicio de Mantenimiento del HUVVA como en las alegaciones de la empresa contratista, no han sido enervadas por la reclamante con prueba eficiente para ello, ya que el contenido de sus manifestaciones no se halla refrendado por informe técnico alguno y, por tanto, sólo cabe darles el carácter de meras declaraciones de parte provistas de un matiz subjetivista o presuntivo, careciendo, por lo tanto, de la rigurosidad y objetividad que han de acompañar a cualquier medio de prueba.

Ante la falta de acreditación de relación de causalidad entre los daños alegados y el funcionamiento del servicio público sanitario, este Consejo comparte las argumentaciones de la propuesta de resolución, considerando, en consecuencia, improcedente acceder a lo solicitado por la reclamante.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 114/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 16/06/08**

### **Extracto de Doctrina**

*(...) ha de recordarse que en supuestos similares, en que los daños se producen como consecuencia de actuaciones de otros alumnos tales como zancadillas o empujones, en un contexto de actividades lúdicas o libres como el recreo o durante el desarrollo de las clases de educación física, en los que el ánimo de los niños no es dañar ni agredir, y en el que los daños, en ocasiones graves para la integridad física de los menores, son una consecuencia involuntaria y fortuita, es doctrina asentada tanto por el Consejo de Estado como por este Consejo Jurídico que no existe el necesario nexo causal entre los daños y el funcionamiento de los servicios públicos docentes. En este sentido se expresan, entre otros, los Dictámenes 2432/2000, 3860/2000, 1581/2001, 2573/2001 y 1302/2003 del Consejo de Estado y, entre otros muchos que la Consejería consultante ya conoce, el 147/2002 de este Consejo Jurídico.*

## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El Consejo Jurídico ya emitió Dictamen número 6/2008, con ocasión de la consulta efectuada en el curso de este procedimiento de responsabilidad patrimonial, concluyendo en aquella ocasión que procedía completar la instrucción del expediente.

Cabe dar por reproducidos los antecedentes del indicado Dictamen, bastando ahora con recordar que los hechos de los que trae causa la reclamación consisten en el accidente escolar ocurrido el 18 de diciembre de 2006, en el Instituto de Educación Secundaria (IES) “J. Ibáñez Martín” de Lorca, durante el desarrollo de una clase de educación física, cuando el alumno de 1º de Secundaria x. chocó con su compañero x. Como consecuencia del encontronazo, el primero sufrió una herida sangrante en la frente, así como la rotura de dos incisivos, uno superior y otro inferior. El accidente fue presenciado por el profesor y los compañeros de clase.

La madre del alumno accidentado interpone reclamación de responsabilidad patrimonial en impreso normalizado, indicando que el 18 de diciembre de 2006, en clase de educación física, a su hijo *“le empujaron y le pusieron el calzo y cayó hacia delante dañándose los dientes en la parte superior e inferior, y hematoma en la región frontal de la cabeza”*.

Valora los daños en 282,5 euros, cantidad a que asciende su pretensión indemnizatoria.

**SEGUNDO.-** Como ya se ha indicado, el Consejo Jurídico emitió Dictamen 6/2008, según el cual procedía completar la instrucción del procedimiento, requiriendo al profesor de educación física para que describiera el ejercicio en el que se produjo el accidente.

**TERCERO.-** Solicitado informe al indicado profesor, éste expone que:

*“1. Los hechos ocurrieron durante el desarrollo de la sesión de educación física. En ese momento, los alumnos-as se dirigían desde las pistas polideportivas del centro hacia el aula, donde se iban a completar los contenidos de la sesión, incluida ésta dentro de la programación escolar de la asignatura.*

*2. En el traslado de los alumnos acompañados del profesor y aún en el patio del centro, los alumnos caminaban, algunos junto a mí y otros detrás. Entre estos últimos, fuera de mi campo visual y a corta distancia, se encontraban los alumnos implicados en el incidente, que junto con otros compañeros hablaban y reían mientras me acompañaban.*

*3. A mi espalda, escuché un pequeño alboroto, x., de este grupo que me seguía, había caído al suelo. Tras interesarme por él y atenderlo, comprobé que había sufrido un golpe en la boca del que sangraba. Les pedí al resto de alumnos que me esperasen un instante en el lugar, mientras dedicaba más atención al alumno herido. Ya dentro del aseo del vestuario, muy cercano al lugar de los hechos, insté al alumno a que se lavase para comprobar con más detalle el alcance de la lesión.*

*4. Me relató que un compañero le había trabado una pierna con la suya haciéndole perder así el equilibrio con el desenlace ya comentado. Mostraba hinchazón en los labios, hematoma en la cara y se apreciaba una rotura parcial de algunos dientes.*

*5. La versión del alumno afectado fue que su compañero x., sin mediar ninguna provocación previa, le había zancadilleado, haciéndole perder el equilibrio y cayendo hacia delante con las consecuencias ya relatadas. Tratando de aclarar los hechos, una vez aten-*

*dido, pregunté al otro implicado, que relató que todo había ocurrido fortuitamente, fruto de un juego y sin ninguna intención de provocarle daño”.*

**CUARTO.-** No consta que se diera traslado del referido informe a la interesada.

**QUINTO.-** Con fecha 9 de febrero de 2008, la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no concurren los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño sufrido.

**SEXTO.-** Por Acuerdo 8/2008, de 1 de abril, el Consejo Jurídico insta al órgano instructor a completar el expediente confiriendo el preceptivo trámite de audiencia a la interesada respecto del informe emitido por el profesor de educación física. Este requerimiento conlleva la interrupción del plazo para emitir Dictamen, de conformidad con el artículo 47.2 del Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 17 de abril de 2008 se notifica a la interesada la apertura del nuevo trámite de audiencia, sin que conste en el expediente que aquélla haya hecho uso del mismo.

**OCTAVO.-** El 6 de mayo la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no existe el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio educativo y los daños padecidos por el menor.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, V. E. remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el pasado 21 de febrero de 2008. Tras la interrupción del plazo para la emisión de Dictamen anudada al Acuerdo 8/2008, comienza a computarse de nuevo a partir del momento en que V. E. comunica, con fecha 14 de mayo de 2008, al Consejo Jurídico la cumplimentación de lo allí requerido.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Plazo, legitimación y procedimiento.

1. A tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que la reclamación se interpuso antes de que transcurriera un año desde la fecha en que ocurrieron los hechos.

2. Ha sido formulada por persona que ostenta y acredita la representación legal del menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la entonces Consejería de Educación, Ciencia e Investigación competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro donde ocurrieron los hechos.

3. El procedimiento, una vez completadas las actuaciones cuya omisión dio lugar a las oportunas consideraciones de este Consejo Jurídico, cabe estimar que se ajusta, en líneas generales, al establecido por sus normas reguladoras.

En cualquier caso, este Órgano Consultivo no puede dejar de insistir en la necesidad de extremar el rigor en la aplicación de las normas de procedimiento, en atención a su doble condición de garantía esencial del ciudadano frente a la Administración y de cauce formal de la actividad de ésta que persigue asegurar el acierto de su actuación, mediante la incorporación de todos los elementos de juicio necesarios para decidir.

**TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial: el nexa causal.**

1) Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstos no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el sólo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999, y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de febrero de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que *“deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”*.

También es abundante la doctrina sentada por otros órganos consultivos autonómicos que propugna la ausencia de la relación de causalidad cuando los hechos se producen fortuitamente dentro del riesgo que supone la actividad escolar, y no por falta de la vigilancia exigida al profesorado (Dictamen núm. 38/2000, de 6 de junio, del Consejo Consultivo de

Castilla-La Mancha, y Dictamen núm. 483/2000, de 28 de diciembre, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana).

Así pues, para que resulte viable la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, es preciso que concurra el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño irrogado al particular; en el supuesto que nos ocupa, de los documentos que obran en el expediente objeto de Dictamen y, especialmente, del informe del profesor de educación física, se infiere que los hechos se producen en un contexto de juego entre dos alumnos de la misma o similar edad (12 años), durante el desarrollo de una clase de educación física, pero no en la realización de una actividad o ejercicio programado, sino mientras los alumnos, acompañados de su profesor, se dirigían de unas instalaciones a otras dentro del centro escolar. Del referido informe se extrae, además, el dato de que no existía ánimo de dañar por parte de quien traba la pierna del alumno accidentado, sino que su intención era meramente lúdica, de gastar una broma al compañero.

Por otra parte, el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de febrero de 1998, indicó que *“durante el desarrollo de las actividades escolares, extraescolares y complementarias el profesorado tiene el deber de observar la diligencia propia de los padres de familia”*. En el supuesto examinado puede afirmarse que ese grado de diligencia no demandaba mayores medidas de prevención y protección que las adoptadas, ya que el evento se produjo durante el desarrollo de una actividad que, además de no ser en sí misma generadora de situaciones de riesgo, sus protagonistas son niños de 12 años, cuyo elevado nivel de autonomía personal no demanda un especial cuidado por parte del personal docente, sin que tampoco consten en el expediente antecedentes o características personales de los menores implicados que aconsejaran una elevación del estándar de vigilancia aplicado.

A tal efecto, ha de recordarse que en supuestos similares, en que los daños se producen como consecuencia de actuaciones de otros alumnos tales como zancadillas o empujones, en un contexto de actividades lúdicas o libres como el recreo o durante el desarrollo de las clases de educación física, en los que el ánimo de los niños no es dañar ni agredir, y en el que los daños, en ocasiones graves para la integridad física de los menores, son una consecuencia involuntaria y fortuita, es doctrina asentada tanto por el Consejo de Estado como por este Consejo Jurídico que no existe el necesario nexo causal entre los daños y el funcionamiento de los servicios públicos docentes. En este sentido se expresan, entre otros, los Dictámenes 2432/2000, 3860/2000, 1581/2001, 2573/2001 y 1302/2003 del Consejo de Estado y, entre otros muchos que la Consejería consultante ya conoce, el 147/2002 de este Consejo Jurídico.

Lo anterior permite afirmar que si bien es cierto que el daño existe y se acredita y, además, se produce con ocasión de la prestación del servicio público educativo, no lo fue como consecuencia de su funcionamiento y, por tanto, la falta de antijuridicidad y la inexistencia de nexo causal entre el daño y el funcionamiento del centro educativo, impiden que los hechos aquí examinados desencadenen la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

2) La anterior consideración, que coincide con la propuesta de resolución dictaminada, ha de entenderse sin perjuicio de lo manifestado por este Consejo Jurídico en reiterados Dictámenes y en la Memoria correspondiente al año 2006 (páginas 42 a 44), sobre la conveniencia de que la Administración arbitre medidas de aseguramiento y protección social que puedan cubrir los riesgos específicos de la actividad educativa, que no pueden imputársele,

como se dice, a título de la responsabilidad patrimonial regulada en los artículos 139 y siguientes LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** No aprecia el Consejo Jurídico relación causal entre el funcionamiento del servicio público educativo y los daños alegados por la interesada, por lo que se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 115/08.- Proyecto de Decreto por el que se crea el registro de empresas oficialmente reconocidas para la realización de inspecciones técnicas de medios de aplicación fitosanitaria (ITMAF) y, los requisitos técnicos que deben cumplir tales empresas para realizar esa actividad.**

**Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)**

**Fecha: 23/06/08**

### **Extracto de Doctrina**

*La sanidad vegetal ha sido incardinada por la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia de agricultura. En efecto, la STC 80/1985, dirá que debe encuadrarse en las previsiones constitucionales y estatutarias sobre la agricultura. En primer lugar, porque las medidas de protección y prevención de la sanidad vegetal y, muy en concreto, la lucha contra las plagas vegetales tienen como fin primordial, cuando no exclusivo, la defensa y fomento de la producción agrícola. A ello se suma el resultado de una interpretación de la norma en conflicto de acuerdo con su contexto y con los antecedentes legislativos. Entre éstos, el Real Decreto 3536/1981, de 29 diciembre, por el que se traspasan al Ente Preautonómico Consejo Regional de Murcia las funciones y servicios en materia de agricultura y ganadería, incluye las relativas a la sanidad vegetal.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 10 de enero de 2007, la Dirección General de Modernización de Explotaciones y Capacitación Agraria elabora una memoria justificativa de la iniciación del procedimiento de elaboración de un anteproyecto de “Decreto por el que se crea el registro de empresas oficialmente reconocidas para la realización de inspecciones técnicas de maquinaria fitosanitaria (ITMF) y los requisitos técnicos que deben cumplir tales empresas para realizar esa actividad”.

El fundamento legal del futuro desarrollo reglamentario se busca en la Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de Sanidad Vegetal. A lo largo de su articulado establece condiciones para el uso de productos fitosanitarios y otros medios de defensa fitosanitaria, entre las cuales destaca la de someter la maquinaria utilizada para su aplicación a inspecciones y revisiones periódicas, que serán realizadas por los centros de inspección técnica oficiales u oficialmente reconocidos que designen las Administraciones Públicas competentes.

También exigen dichas revisiones periódicas las normas técnicas que regulan sistemas de producción integrada de diversos cultivos, así como programas y normas de calidad y garantía auspiciadas por organizaciones del comercio, empresas y otras entidades. Asimismo, incide en los aspectos de control y revisión de la maquinaria utilizada para la aplicación de los productos fitosanitarios, la Directiva comunitaria sobre uso sostenible de aquellos que, de conformidad con la memoria del futuro Decreto, se encontraría en preparación.

La referida memoria expone los extremos más relevantes del contenido del Proyecto, destacando la opción normativa de crear un registro mediante el que se autoriza a las empresas oficialmente reconocidas por la Administración que cumplan los requisitos (generales, técnicos y de calidad) establecidos en la norma, para realizar las inspecciones. Establece, además, un sistema de incompatibilidades de determinadas empresas y personal con la actividad de inspección que se pretende regular y se fijan limitaciones en cuanto a las tarifas a aplicar por la empresas.

Esta memoria es elevada por el Director General de Modernización de Explotaciones y Capacitación Agraria al Consejero de Agricultura y Agua como propuesta de elaboración normativa, siendo aceptada por el titular del Departamento que autoriza la tramitación del anteproyecto.

La propuesta se acompaña de un “estudio económico”, que se limita a destacar la ausencia de coste o necesidad de financiación adicional por la Administración regional, y de un primer borrador de Decreto.

**SEGUNDO.-** Con fecha 31 de enero de 2007, el borrador es remitido a la Dirección General de Industria, Energía y Minas, para su conocimiento y formulación de observaciones, que serán remitidas el 19 de febrero, contenidas en un informe del Servicio de Industria.

**TERCERO.-** Consta en el expediente un segundo borrador, que es el sometido a trámite de audiencia de las siguientes organizaciones:

- Unión de Pequeños Agricultores (UPA).
- Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos (COAG-IR).
- Federación de Cooperativas Agrarias de la Región de Murcia (FECOAM).
- Asociación Regional de Empresas Agrícolas y Ganaderas de la Comunidad Autónoma de Murcia-Asociación Agraria Jóvenes Agricultores (ADEA-ASAJA).
- Federación de Sociedades Cooperativas Agrarias de la Región de Murcia (FECA-MUR).

Asimismo, se ha dado traslado del borrador a las Direcciones Generales de Industria, Energía y Minas, y de Salud Pública

**CUARTO.-** Según informa el Servicio de Sanidad Vegetal, ninguno de los órganos y entidades consultadas presentó alegación u observación alguna, si bien indica que durante



el procedimiento de elaboración del texto, se realizaron diversas reuniones de trabajo en las que aquél fue matizado.

El mismo Servicio elabora un “informe” sobre impacto por razón de género que manifiesta que el futuro Decreto no contiene ninguna disposición susceptible de alterar las condiciones jurídicas, sociales y económicas de relación entre hombres y mujeres, por lo que carece de impacto por razón de género.

**QUINTO.-** Con fecha 20 de julio de 2007, el Servicio Jurídico de la Consejería de Agricultura y Agua emite informe, formulando diversas observaciones relativas tanto al texto como al procedimiento de elaboración reglamentaria.

Como consecuencia de dichas observaciones, se elabora un tercer borrador y se emite el preceptivo informe de la Vicesecretaría.

**SEXTO.-** Solicitado el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se evacua con fecha 18 de octubre de 2007. En él se formulan observaciones relativas al procedimiento (ausencia de motivación técnica de las opciones normativas plasmadas en el Proyecto, estudio económico, acreditación de la recepción de las notificaciones del trámite de audiencia) y al contenido. Entre estas últimas destacan las que versan sobre la delimitación del objeto, la coordinación del reconocimiento oficial con la inscripción en el registro, la composición de la Comisión Mixta, la renovación del reconocimiento oficial, y los informes y certificados de inspección.

**SÉPTIMO.-** El 1 de febrero de 2008 el Servicio de Sanidad Vegetal elabora un informe de valoración de las observaciones efectuadas por la Dirección de los Servicios Jurídicos. En él ofrece una justificación técnica de algunas de las prescripciones normativas que contendrá el futuro Decreto, afirma que su objeto debe circunscribirse a la inspección técnica de los medios de aplicación fitosanitaria e incorpora buena parte de las sugerencias apuntadas en el informe jurídico.

Asimismo, se incorpora determinada documentación cuya omisión había sido puesta de manifiesto por la Dirección de los Servicios Jurídicos.

**OCTAVO.-** Por diligencia de 22 de febrero de 2008, el Secretario General de la Consejería de Agricultura y Agua califica como copia autorizada del Proyecto de Decreto el texto que consta a los folios 128 a 144 del expediente.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 4 de marzo de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

Debe recordarse que, como ya se indicaba en la Memoria de este Órgano Consultivo del año 2000, la inclusión de los proyectos de reglamentos en el citado artículo viene condicionada, esencialmente, a que vayan dirigidos a desarrollar una Ley de la Asamblea Regional o la legislación básica del Estado, situándonos así en la categoría de los reglamentos ejecutivos, o de desarrollo o aplicación de ley. El Tribunal Supremo ha indicado respecto de estos reglamentos que son complemento indispensable de la norma que desarrollan, caracterizándose por el hecho de que la posibilidad de ejercer la potestad reglamentaria de la Administración viene concedida por la ley formal, dirigiéndose la intervención del órgano consultivo a velar por la observancia del principio de legalidad y del ordenamiento jurídico, revistiendo por tanto un carácter esencial que aconseja tender a una interpretación no restrictiva del término ejecución de ley, máxime cuando la omisión de la consulta, caso de ser preceptiva, determina la nulidad de pleno derecho de la disposición.

En el Proyecto sometido a consulta concurren las notas que lo caracterizan como reglamento ejecutivo de la legislación básica estatal, dado que el objeto de la norma proyectada es establecer los requisitos que deben reunir las empresas que se dediquen a la realización de inspecciones técnicas de los medios de aplicación fitosanitaria, para poder ser reconocidas oficialmente e inscritas en el Registro que igualmente se crea. Con ello se persigue establecer el basamento normativo que permita a la Administración regional cumplir con la exigencia contenida en el artículo 47.3 de la Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de Sanidad Vegetal (LSV), en cuya virtud debe designar centros de inspección técnica, oficiales u oficialmente reconocidos, que sean apropiados para efectuar revisiones de los medios de aplicación fitosanitaria. Tales centros se califican como instrumentos de apoyo a la realización de los controles que deben efectuar las Administraciones Públicas, a los que el artículo 47.1 LSV denomina “controles oficiales para garantizar el cumplimiento de lo establecido en la presente Ley”.

Del mismo modo, el Real Decreto 1201/2002, de 20 de noviembre, por el que se regula la producción integrada de productos agrícolas (RPI), establece en su anexo I las prácticas agrícolas que deben cumplir los operadores que pretendan acogerse al sistema. En su apartado VII, denominado “control integrado”, subapartado A, letra j), como práctica obligatoria se establece la siguiente: *“la maquinaria utilizada en los tratamientos fitosanitarios se someterá a revisión y calibrado periódico. La revisión se efectuará de conformidad con las disposiciones vigentes en la materia, al menos una vez cada cuatro años en un centro oficial o reconocido y todos los años por el productor”*. De conformidad con la Disposición final primera del Real Decreto, lo dispuesto en sus anexos tendrá carácter de normativa básica al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.13ª de la Constitución, que reserva al Estado la competencia en materia de bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

De conformidad con la normativa estatal citada y aunque, en rigor, no exista una habilitación reglamentaria expresa, lo cierto es que la ejecución de determinadas previsiones legales básicas depende del desarrollo que las Comunidades Autónomas, en ejercicio de sus competencias estatutarias, realicen de ellas, complementándolas mediante el dictado de normas (Dictamen núm. 137/2007).

El Proyecto, por tanto, constituye un desarrollo tanto de la LSV como del RPI, posibilitando el cumplimiento de una de sus prescripciones, lo que permite concluir la preceptividad del presente Dictamen, atendido el carácter básico de los preceptos desarrollados, de conformidad con la Disposición final primera de ambas normas estatales.

**SEGUNDA.- Procedimiento de elaboración.**

1. El artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, (en adelante Ley 6/2004) establece los trámites a seguir para el ejercicio de la potestad reglamentaria. De acuerdo con dicha regulación, se advierten en el expediente las siguientes deficiencias:

a) No existe una verdadera memoria justificativa de la oportunidad del Proyecto normativo, que incluya la motivación técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas. No obstante, el informe del Servicio de Sanidad Vegetal, incorporado al expediente tras el de la Dirección de los Servicios Jurídicos, ofrece ya una cierta motivación técnica de algunas de las opciones normativas recogidas en el Proyecto.

b) Se ha omitido la relación de disposiciones cuya vigencia resulte afectada por la futura norma. La omisión de este requisito es coherente, no obstante, con la ausencia de disposición derogatoria, toda vez que, de conformidad con el expediente, el futuro Decreto regulará una materia que no había sido objeto de atención normativa hasta ahora.

c) La Consejería consultante es conocedora de la doctrina de este Consejo Jurídico, plasmada en diversos Dictámenes emitidos a solicitud suya, que rechaza la técnica de reducir el estudio económico de la norma, con referencia al coste y financiación de los nuevos servicios, si los hubiere, a una mera declaración de ausencia de gasto con incidencia presupuestaria, insuficiente para entender cumplido el requisito legalmente exigido de incorporar al expediente de elaboración normativa un estudio económico de la disposición.

Como reiteradamente ha puesto de manifiesto este Órgano Consultivo, dicho estudio no debe limitarse a analizar si existe un mayor gasto derivado de la implantación y financiación de nuevos servicios. Antes al contrario, ha de extenderse más allá, pues su finalidad es ilustrar sobre las consecuencias económicas de la norma, permitiendo deducir el alcance del Proyecto con relación al principio de eficacia que informa con carácter esencial toda la actuación administrativa (art. 103.3 CE), además de ser pauta de referencia para contrastar la eficiente asignación del gasto público que el artículo 31 CE demanda.

d) Tampoco puede entenderse cumplido el trámite de informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan en el nuevo Decreto, trámite que resulta preceptivo en los procedimientos de elaboración de las disposiciones de carácter general de ámbito regional tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Hombres y Mujeres y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia, que modificó, en dicho sentido, el artículo 53.1 de la Ley 6/2004.

En el expediente consta un informe que se limita a manifestar que la norma proyectada no contiene ninguna disposición susceptible de alterar las condiciones jurídicas, sociales y económicas de relación entre hombres y mujeres, por lo que carece de impacto en función del género. El trámite sólo puede entenderse cumplimentando desde un punto de vista formal y, por ende, resulta insuficiente en orden a cumplir la finalidad exigida por la Ley 6/2004 de ilustrar al órgano que ha de aprobar la norma acerca de imprevistas o indeseadas consecuencias sexistas de medidas o decisiones que, en principio, no deberían producirlas, evitando efectos negativos no intencionales que puedan favorecer situaciones de discriminación.

La utilización de esta fórmula genérica de ausencia de implicaciones de género ha sido ampliamente rechazada por este Consejo Jurídico en múltiples Dictámenes y en su Memoria del año 2007.

e) El expediente carece de motivación acerca de la decisión sobre el procedimiento escogido para dar audiencia a los ciudadanos afectados. Ha de advertirse, además, que se ha dado participación a los sindicatos y organizaciones agrarias, pero no a los principales destinatarios de la norma: las empresas dedicadas a la inspección técnica de los medios de aplicación fitosanitaria. Desconoce el Consejo Jurídico si tal actividad cuenta con entidades asociativas empresariales específicas, que debieran haber sido consultadas durante la elaboración de la norma. En cualquier caso, y de no existir aquéllas, destinatarios de la audiencia deberían haber sido las organizaciones empresariales que las agrupen, bien mediante su consulta directa, bien, al menos, a través de su representación en el Consejo Asesor Regional Agrario, aun cuando la intervención de este órgano consultivo y de participación no resulta preceptiva en la tramitación del Proyecto sometido a consulta.

Del mismo modo, entre los requisitos técnicos se exige que las empresas cuenten con un equipo de dos personas para realizar las inspecciones, debiendo ser el responsable un Ingeniero Agrónomo o un Ingeniero Técnico Agrícola. Como se desarrolla *in extenso* en la Consideración Sexta de este Dictamen, pueden existir otras profesiones que se encuentren capacitadas para el desempeño de dicha labor (Ingenieros e Ingenieros Técnicos Industriales), por lo que debería darse traslado del Proyecto a los respectivos Colegios Oficiales para que pudieran formular sus alegaciones, en la medida en que la futura previsión reglamentaria puede afectar a los intereses corporativos que tales instituciones representan.

2. No consta en el expediente la propuesta dirigida por el Consejero de Agricultura y Agua al Consejo de Gobierno para la aprobación del Proyecto como Decreto (artículo 37.1, letra c, Ley 6/2004).

### **TERCERA.- Competencia material que ejercita la Comunidad Autónoma.**

1. La primera delimitación competencial ha de centrarse en el encuadramiento de la sanidad vegetal, en la que se incardina el contenido del futuro Decreto, dentro de las materias más generales utilizadas por la Constitución y el Estatuto de Autonomía para la distribución competencial entre el Estado y la Comunidad Autónoma. Y ello aunque *“esta operación de subsunción conceptual no sea siempre fácil, puesto que, inevitablemente, las muchas actuaciones de los entes públicos concernidos inciden al mismo tiempo en dos o más ámbitos categoriales diversos, es preciso determinar siempre, en efecto, la categoría genérica, de entre las referidas en la Constitución y en los Estatutos, a la que primordialmente se reconducen las competencias controvertidas, puesto que es ésta la que fundamentalmente proporciona el criterio para la delimitación competencial”* (STC 80/1985). Esta inicial consideración es necesaria toda vez que la utilización de los medios de defensa sanitaria, destino funcional de los medios de aplicación a cuya inspección se contrae el Proyecto sometido a consulta, puede incidir en títulos competenciales tan variados como los de agricultura, sanidad y protección del medio ambiente, en la medida en que, de forma coherente con los fines de la LSV (artículo 1.2, letras d) y e)), las inspecciones a que se someten los medios de aplicación persiguen garantizar una utilización racional y eficaz de los productos fitosanitarios y demás medios de defensa, minimizando los riesgos para la salud de las personas y el medio ambiente.

Asimismo, esta subsunción de la sanidad vegetal en una materia más genérica no debe ser obstáculo para, en su caso, corregir la conclusión inicial y tomar en consideración títulos competenciales distintos, en atención a la incidencia de la actividad considerada en otros ámbitos.

Y esto es lo que viene a poner de relieve la Dirección General de Industria, Energía y Minas al advertir que, en la medida en que el objeto de las inspecciones sean aparatos mecánicos más o menos complejos, la regulación proyectada es susceptible de afectar al ejercicio de la competencia en materia de seguridad industrial.

2. Hechas estas precisiones iniciales, la sanidad vegetal ha sido incardinada por la doctrina del Tribunal Constitucional en la materia de agricultura. En efecto, la STC 80/1985, dirá que *“debe encuadrarse en las previsiones constitucionales y estatutarias sobre la agricultura. En primer lugar, porque las medidas de protección y prevención de la sanidad vegetal y, muy en concreto, la lucha contra las plagas vegetales tienen como fin primordial, cuando no exclusivo, la defensa y fomento de la producción agrícola. A ello se suma el resultado de una interpretación de la norma en conflicto de acuerdo con su contexto y con los antecedentes legislativos”*. Entre éstos, el Real Decreto 3536/1981, de 29 diciembre, por el que se traspasan al Ente Preautonómico Consejo Regional de Murcia las funciones y servicios en materia de agricultura y ganadería, incluye las relativas a la sanidad vegetal.

El artículo 10. Uno, 6 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en materia de *“agricultura, ganadería e industrias agroalimentarias, de acuerdo con la ordenación general de la economía”*. El último inciso transcrito entronca necesariamente la competencia autonómica con aquella que el artículo 149.1.13ª reserva al Estado, sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica.

Atendidos los términos en que se expresa el Estatuto de Autonomía, que atribuye competencia de forma exclusiva a la Comunidad Autónoma, aunque limita su ejercicio por referencia a una concreta función estatal, la determinación del alcance de ésta servirá para delimitar, siquiera sea de forma negativa o por exclusión, el contenido de la competencia que, en materia de agricultura, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

A tal efecto, la jurisprudencia constitucional ha ido perfilando en sucesivos pronunciamientos el contenido y los límites de dicha competencia del Estado, que puede abarcar *“tanto las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de un sector concreto como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector”* (SSTC 95/1986, 213/1994 y 21/1999, entre otras), sin que alcance, sin embargo, a *“incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general”* (STC 133/1997), pues de no ser así *“se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más específico”* (STC 112/1995).

En relación con el sector agrícola, al que pertenece el Proyecto de Decreto, la STC 14/1989, de 26 de enero, afirma que corresponde al Estado *“establecer las directrices globales de ordenación y regulación del mercado agropecuario nacional y, entre ellas, las que definan la política general de precios y abastecimientos, así como las que dispongan la orientación que debe presidir las medidas de intervención dirigidas a lograr la estabilización de dicho mercado, quedando reservada a la Comunidad Autónoma la competencia*

*para adoptar, dentro del marco de esas directrices generales, todas aquellas medidas que no resulten contrarias a las mismas, sino complementarias, concurrentes o neutras de tal forma que, estando encaminadas a mejorar las estructuras de la agricultura y ganadería propias, no supongan interferencia negativa o distorsión de la ordenación general establecida por el Estado, sino más bien que sean coadyuvantes o inocuas para esta ordenación estatal*". En el mismo sentido, la STC 95/2001, de 5 de abril.

En este escenario, presidido por los principios de complementariedad y no contradicción, cobra especial relevancia la función, también de titularidad estatal en virtud del artículo 149.1.13ª CE, de *"coordinación de ámbitos competenciales ajenos que inciden en la ordenación general de la economía"* (STC 227/1988). Para el Alto Tribunal esta competencia estatal de coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes en el sistema, evitando contradicciones o disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían la realidad misma del sistema. Para ello, el Estado puede fijar medios y formas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades, estatales y comunitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema (STC 45/1991, de 28 de febrero).

Así pues, *"el marco de competencias asignadas a cada una de las Administraciones por la Constitución, y en su día concretadas respecto a la sanidad vegetal mediante los correspondientes Reales Decretos de transferencias de competencias, asigna competencia plena a las Comunidades Autónomas en esta materia en su ámbito territorial, quedando para el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación el establecimiento de las bases y la coordinación general de la sanidad vegetal, y organizando a través de los cauces adecuados la necesaria colaboración cuando se producen concurrencia de funciones en casos tales como la planificación de las campañas fitosanitarias de interés estatal, declaración de la existencia de una plaga, o el intercambio mutuo de información"* (Libro Blanco de la Agricultura y el Desarrollo Rural, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación).

En el marco competencial descrito y por lo que afecta al concreto extremo que se pretende regular, el Estado se limita a prever la existencia de centros oficiales u oficialmente reconocidos que puedan realizar las inspecciones técnicas de los medios de aplicación fitosanitaria, sin llegar a pergeñar, siquiera en trazos gruesos, el régimen a que deben someterse tales centros. Tampoco ha procedido el Estado a un desarrollo reglamentario de tales previsiones. Además, la propia LSV, interpretada en el contexto competencial en materia de agricultura, en sus artículos 46 y 47, deja a las Comunidades Autónomas la labor de realizar los controles e inspecciones necesarias para asegurar el cumplimiento de lo previsto en la Ley, siendo los centros de inspección técnica objeto de regulación en el Proyecto calificados por el artículo 47.3 LSV como *"instrumentos de apoyo a la realización de los controles que deben realizar las Administraciones Públicas"* y que deberán ser designados por los órganos competentes de éstas. La competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de agricultura, le permite, con los límites ya indicados, dictar las normas que le den sustento, complementando las previsiones estatales.

Esta conclusión, no obstante, se alcanza sólo desde la consideración de que todos los requisitos que se establecen en el Proyecto, lo son para el reconocimiento de validez oficial a los controles e inspecciones que realizan las empresas, no para el desempeño por éstas de su actividad empresarial. De no ser así, la Comunidad Autónoma carecería de competencias para imponer dichos requisitos, en la medida en que incidiría en una materia reservada al

Estado, al encuadrarse en la competencia en materia civil y mercantil (artículo 149.1.6ª y 8ª CE).

3. Incardinado el Proyecto en la materia de sanidad vegetal, como competencia habilitante del mismo, procede, a continuación, determinar la incidencia del futuro Decreto en la materia de seguridad industrial.

La Dirección General de Industria, Energía y Minas expuso sus reservas al objeto del Proyecto en su redacción originaria, que hacía referencia a las inspecciones técnicas de maquinaria de uso fitosanitario, toda vez que *“la realización de inspecciones a la maquinaria en su conjunto en relación con los riesgos de la misma, al estar como máquinas sujetas a la directiva de seguridad en máquinas, entraría en el campo de la seguridad industrial y, por tanto, dentro de la competencia de esta Dirección General”*. Consecuencia de dicha observación es la modificación del objeto del Proyecto, que pasó a utilizar el término más genérico de “medios de aplicación fitosanitaria”.

Dicha expresión no se encuentra definida en la LSV ni en el RPI, por lo que su alcance y, por extensión, el del Proyecto sometido a consulta no queda en absoluto delimitado, si bien parece quedar circunscrito a los pulverizadores contemplados en la Norma UNE-EN 13790 1 y 2 (2004), a que se refieren los artículos 3.6 y 5.1 del Proyecto.

Tales pulverizadores se componen, según modelos, de diversos elementos como boquillas, racores, depósitos, manómetros, bombas, conductos de alimentación, dispositivos de agitación y de llenado, filtros, ventiladores, etc., y tienen cabida en el concepto “producto industrial”, definido por el artículo 8 de la Ley 21/1992, de 26 de julio, de Industria (en adelante LI), a efectos de seguridad industrial.

De conformidad con el artículo 9.1 LI, la seguridad industrial tiene por objeto la prevención y limitación de riesgos, así como la protección contra accidentes y siniestros capaces de producir daños o perjuicios a las personas, flora, fauna, bienes o al medio ambiente, derivados de la utilización, funcionamiento y mantenimiento de los equipos y del uso o consumo de los productos industriales.

Del mismo modo, el apartado 2 del precepto legal precisa que tendrán la consideración de riesgos relacionados con la seguridad industrial los que puedan producir lesiones o daños a personas, flora, fauna, bienes o al medio ambiente, y en particular los hechos susceptibles de producir intoxicaciones, envenenamiento o asfixia.

A la luz de las citadas previsiones legales no es aventurado afirmar que los equipos de aplicación fitosanitaria son productos industriales que, en la medida en que son susceptibles de generar riesgos para las personas y el medio ambiente, deben estar sometidos a las normas de seguridad industrial.

Ahora bien, ello no excluye cualesquiera otros controles que el legislador añada a los exigidos por las normas de seguridad industrial, como impone la LSV para los equipos de aplicación fitosanitaria, con una finalidad no limitada a la prevención de riesgos, perspectiva que comparte con la seguridad industrial, sino ampliada a la consecución de una utilización eficaz de los medios de defensa fitosanitaria.

4. Corolario de lo expuesto ha de ser la formulación de dos observaciones de mejora del texto del Proyecto:

a) Debería definirse en el artículo 1 (objeto) el concepto de “medio de aplicación fitosanitaria”, a los efectos de aplicación del futuro Decreto. Al respecto debe destacarse la existencia de equipos o medios de aplicación fitosanitaria, que por tener como sustancia activa un sólido (espolvoreo) o un gas (fumigación), no entrarían en el concepto de pulverizador. Incluso, dentro de éste, existe un concepto estricto de pulverizador (el denominado pulverizador hidráulico) y un concepto amplio que englobaría los nebulizadores y atomizadores, por lo que debería aclarar el Proyecto cuál es su ámbito de aplicación material.

b) Debería incorporarse al articulado una salvaguardia de las competencias en materia de seguridad industrial que corresponden a otras Administraciones y órganos de la Administración regional.

5. Además, el Proyecto es acorde con las líneas maestras de la actuación comunitaria en la utilización de productos fitosanitarios y que se desprenden de la Comunicación de la Comisión, de 12 de julio de 2006, denominada “Estrategia temática sobre el uso sostenible de los plaguicidas”, que se traduce en una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, actualmente en fase de tramitación, por la que se establece un marco de actuación comunitaria para lograr una utilización sostenible de los plaguicidas. En relación con los medios de aplicación fitosanitaria, la propuesta se expresa en los siguientes términos: *“el material de aplicación de los plaguicidas utilizado por los profesionales debe ser inspeccionado periódicamente por organismos designados por los Estados miembros. Estas inspecciones han de centrarse, en particular, en el material siguiente: elementos de transmisión; bombas; dispositivos de agitación; cubas; sistemas de medición, de mando y de regulación; tuberías y conducciones; filtros, etc. Las comprobaciones se acreditarán mediante la expedición de un certificado”*.

6. Como conclusión de todo lo expuesto, cabe afirmar que la Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar la norma proyectada, correspondiendo su aprobación al Consejo de Gobierno en virtud de sus funciones estatutarias (artículo 32 EAMU) y legales (artículos 21.1, 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004).

#### **CUARTA.- Texto sometido a consulta.**

El texto que figura como definitivo en el expediente consta de una parte expositiva innominada, 7 artículos, una Disposición final, y 3 Anexos.

#### **QUINTA.- Reconocimiento oficial e inscripción.**

El Proyecto tiene por objeto regular dos realidades íntimamente ligadas entre sí, pero de diferente naturaleza:

a) Por una parte, el reconocimiento oficial de determinadas empresas que, de cumplir con los requisitos exigidos en la futura norma, quedarán habilitadas para realizar inspecciones técnicas de medios de aplicación fitosanitaria, otorgando a tales inspecciones los efectos que la normativa que se pretende desarrollar establece, es decir, dándoles validez oficial.

A primera vista, podría parecer que esta actuación administrativa se encuadra en la técnica autorizatoria, utilizando este término no en sentido estricto, sino en el más amplio que recoge el artículo 1.2 del Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto, de adecuación de las normas reguladoras de los procedimientos administrativos para el otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo



Común (LPAC), según el cual, “*se entiende por autorizaciones todos aquellos actos administrativos, cualquiera que sea su denominación específica, por los que, en uso de una potestad de intervención legalmente atribuida a la Administración, se permite a los particulares el ejercicio de una actividad, previa comprobación de su adecuación al ordenamiento jurídico y valoración del interés público afectado*”.

Se utiliza, pues, el término autorización en su sentido más laxo, como *genus*, para aludir a toda una serie de figuras que, bajo la característica común de la limitación administrativa de derechos y con diversidad de matices y denominaciones (autorizaciones, permisos, acreditaciones, habilitaciones, colegiaciones, inscripciones, etc.), describen supuestos en los que una actividad privada es consentida por la Administración, previa valoración de la misma a la luz del interés público que la norma aplicable en cada caso pretende tutelar. Como señala la doctrina, la intervención de la Administración por vía de consentimiento del ejercicio de la actividad se configura siempre como requisito necesario de dicho ejercicio, que, de otro modo, o bien no podría desplegarse válidamente, o bien se vería privado de efectos jurídicos.

Ahora bien, la elección, por las normas objeto de desarrollo, del reconocimiento como título habilitante para dotar de validez oficial a las inspecciones realizadas por las empresas supone la preexistencia de éstas —sólo se puede reconocer lo que ya existe—, las cuales no quedan sometidas a un régimen de concesión administrativa o autorización previa, a diferencia de otras inspecciones técnicas previstas por el ordenamiento, como las de vehículos. El reconocimiento, en fin, constituye una técnica de intervención administrativa en una actividad empresarial —la determinación del acomodo de determinados equipos a normas técnicas— que, aun siendo de naturaleza privada y estando sujeta a la libertad de iniciativa, es susceptible de incidir en el interés general, representado por la protección del medio ambiente y la salud de las personas, así como la ordenación de la actividad agraria conforme a criterios de racionalidad y eficacia en el uso de los productos fitosanitarios. El reconocimiento, aun de forma menos intensa que a través de la autorización o de la concesión administrativa previa, permite comprobar la conformidad de la actividad privada con aquél, de forma que sin el previo reconocimiento de la Administración, la inspección carecería de la naturaleza de control oficial.

Se quiere expresar con ello que, si bien el reconocimiento no parece ser requisito necesario para desarrollar la actividad empresarial de control, verificación e inspección de los medios de aplicación fitosanitaria, que las empresas pueden prestar libremente a los particulares, sólo cuando se obtiene el reconocimiento oficial esa actividad despliega los efectos establecidos en las normas cuyo desarrollo se pretende. Se trata, en definitiva, de un sistema para reconocer la solvencia y calidad de determinadas empresas, a cuya actividad y en atención a los medios y procesos que emplean en su desarrollo, se anudan unos cualificados efectos jurídicos. Y es que, a diferencia de la autorización, el particular no precisa del consentimiento previo de la Administración para realizar la actividad, porque el reconocimiento afecta únicamente a sus efectos, no a ella misma, que tiene naturaleza sustancialmente privada, lo que excluye la posibilidad de someterla a concesión administrativa.

El carácter voluntario de dicho sistema de reconocimiento, deja a la Administración regional un mayor margen en la definición de los requisitos materiales que puede exigir e imponer a las empresas que libremente optan por someterse a él, a diferencia de lo que ocurriría en un sistema de corte preceptivo, en el que no pudiera realizarse la actividad inspectora sin la necesaria autorización administrativa previa, cuyo carácter limitativo de

la libertad y de los derechos de los particulares exigiría una cobertura legal expresa para el establecimiento de aquéllos.

b) Por su parte, la inscripción de tales empresas oficialmente reconocidas en un registro administrativo es un acto de conocimiento. Integra la categoría de las actividades administrativas de constancia, es decir, aquellas que para la doctrina consisten en que, bien la Administración, bien los particulares, realizan declaraciones de hechos y actividades, formalizándolas para un mejor cumplimiento de la finalidad específicamente policial, dotando de publicidad formal a determinadas personas, bienes, actividades o situaciones, que sirven a la mejor ordenación administrativa de la actividad. En suma, la finalidad de la inscripción en el Registro es esencialmente informativa o, a lo sumo, de gestión, para que la Administración regional pueda desarrollar sus funciones de control sobre las indicadas empresas. En cualquier caso, su naturaleza no deja de ser meramente instrumental.

A la luz de este planteamiento, surge una primera consideración, cual es la de alterar el objeto del Proyecto, para reflejar la preeminencia del aspecto material de lo regulado, de forma que el contenido primario de la futura norma sea la reglamentación del reconocimiento oficial, tanto en sus contenidos sustanciales (requisitos de las empresas, efectos, etc.) como formales (procedimiento). La inscripción en el Registro y la regulación de éste deberían quedar en un segundo plano. Esta consideración es aplicable al título de la disposición y al artículo 1.

Del mismo modo, el artículo 3 del Proyecto no debería limitarse a regular el procedimiento para la inscripción en el Registro y su cancelación, sino que su objeto debe ser la reglamentación del procedimiento para el reconocimiento oficial e inscripción, de forma coherente con la previsión del apartado 7, que fija como contenido de la resolución que pone fin al procedimiento la declaración del reconocimiento oficial, procediéndose, “*en su caso*”, a la inscripción en el Registro. En esta misma línea, debería modificarse la redacción del apartado 2, para establecer las condiciones en las que sería posible proceder a la revocación o declaración de extinción del reconocimiento, como actuación administrativa previa a la cancelación de las inscripciones registrales.

En el artículo 4, los requisitos que han de cumplir las empresas deben venir referidos al reconocimiento oficial e inscripción —así lo hace el nombre o título del Anexo III al que se remite el precepto—, no sólo a la inscripción.

**SEXTA.- Observaciones al texto.**

1. Al título de la disposición.

Al margen de lo ya indicado en la Consideración Quinta acerca del objeto del Proyecto y su incidencia sobre su denominación, su último inciso debería tener la siguiente o similar redacción: “y se regulan los requisitos que deben cumplir tales empresas”.

Adviértase que los requisitos que se contemplan en el Proyecto no se “crean”, como en la redacción actual se indica, y que los requisitos que se establecen no sólo son técnicos, sino también “generales y de calidad”, utilizando la misma terminología de la disposición.

2. A la parte expositiva.

a) La exposición de motivos del Proyecto repasa los preceptos legales que le dan sustento, actuando como base del desarrollo reglamentario. Sin embargo, la traslación que del contenido de alguno de ellos se efectúa dista de ser afortunada.

Así, se afirma que el artículo 1,e) LSV establece como objeto y fin de la Ley, garantizar que los equipos de aplicación fitosanitaria reúnan las debidas condiciones de utilidad, eficacia y seguridad. Una simple lectura del precepto citado permite observar que: a) la cita es incorrecta, pues debe aludirse al artículo 1.2, letra e); y b) no alude a los indicados equipos, sino a los medios de defensa fitosanitaria, concepto mucho más amplio que el de equipo o medio de aplicación fitosanitaria.

Sugiere el Consejo Jurídico que la redacción actual del primer párrafo de la exposición de motivos se sustituya por otra que, respetando la literalidad del precepto legal, ilustre acerca de la incardinación de los equipos de aplicación fitosanitaria dentro del concepto de medio de defensa fitosanitaria, de conformidad con el artículo 2, letra m) LSV.

Del mismo modo, el segundo párrafo de la parte expositiva hace referencia al artículo 23.4 LSV, afirmando que en él se establece que los medios de defensa fitosanitaria deberán ser utilizados adecuadamente, teniendo en cuenta las buenas prácticas fitosanitarias y “*demás condiciones determinadas en su reconocimiento oficial*”. Realmente, el precepto legal no alude a reconocimiento oficial alguno, sino a la autorización previa que constituye requisito necesario para la comercialización y uso de los indicados medios. No cabe confundir esa autorización regulada en el artículo 23 LSV, que tiene su origen en la Directiva 91/414/CEE, de 15 de julio, relativa a la comercialización de productos fitosanitarios, con el reconocimiento oficial que constituye el objeto del Proyecto, toda vez que aquella autorización es anterior a la comercialización y utilización del equipo de aplicación sanitaria y supone el ajuste del equipo a las características fijadas por las normas técnicas correspondientes, mientras que el objeto del reconocimiento oficial no es el equipo, sino la empresa que realiza las inspecciones técnicas de aquél.

b) La referencia a las normas técnicas de producción integrada para los cultivos que disponen de ella a nivel nacional, debería completarse con una alusión al ordenamiento regional, cuyas normas relativas a la producción integrada —Decreto 8/1998, de 26 de febrero, por el que se regulan los productos agrícolas obtenidos por técnicas de producción integrada—, también exigen entre las obligaciones de los productores acogidos a este sistema, la de “*revisión periódica en campo de los equipos de tratamiento*”.

c) En el antepenúltimo párrafo, y en conexión con lo indicado en la Consideración Quinta de este Dictamen, debe sustituirse la expresión “autorizar e inscribir en el Registro” por “otorgar el reconocimiento oficial e inscribir en el Registro”.

d) En el párrafo que precede a la fórmula promulgatoria debe citarse adecuadamente el Estatuto de Autonomía, como sigue: Ley Orgánica 4/1982, de 9 de junio, del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia.

2. A la parte dispositiva.

— Artículo 1. Objeto.

a) Como ya quedó apuntado en la Consideración Quinta de este Dictamen, el reconocimiento oficial no parece condicionar propiamente el ejercicio de la actividad de inspección técnica, sino que ésta despliegue todos los efectos anudados por el ordenamiento a la efectuada por un centro oficial u oficialmente reconocido. Por ello, el apartado 1 ganaría en rigor si se añadiera al final la expresión “*como centros oficialmente reconocidos*”.

b) De conformidad con el apartado 3, las empresas oficialmente reconocidas que realicen ITMAF “*tendrán por objeto exclusivo*” la ejecución material de las inspecciones.

Como ya expresamos en la Consideración Quinta de este Dictamen, el carácter voluntario del sistema deja a la Administración un amplio margen para establecer los requisitos que han de cumplir las empresas que libremente opten por acogerse a él. No obstante, someterlas al requisito de exclusividad de su actividad, de forma que únicamente puedan dedicarse a efectuar inspecciones técnicas de equipos de aplicación fitosanitaria, sin una exhaustiva justificación en el expediente de tal medida y sin un adecuado soporte legal, parece excesivo.

La doctrina constitucional construida en torno al régimen administrativo de las actividades económicas nos enseña que *“habrá de ponderarse en cada caso si el número y la entidad de las exigencias administrativas introducidas por la legislación autonómica resultan proporcionadas al objeto legítimo que se persigue y, por tanto, adecuadas a su finalidad”* (STC 225/1993, de 8 de julio), lo que no parece que sea predicable de la exclusividad del objeto. Y es que, si bien puede ser razonable que se establezcan limitaciones o incompatibilidades que garanticen la mayor imparcialidad en el desempeño de la labor de inspección y verificación técnica, de forma que se excluya a empresas que, por dedicarse a actividades como las relacionadas en el artículo 7 del Proyecto, puedan ver comprometida su objetividad por concurrir en un mismo sujeto las condiciones de inspector e inspeccionado, lo que no parece proporcionado es exigir de las empresas una exclusividad que les impida dedicarse a cualesquiera otras actividades, incluso a la inspección técnica de maquinaria agrícola diferente de los pulverizadores u otros equipos de aplicación fitosanitaria.

Adviértase, además, que, de mantenerse la exigencia de exclusividad en el objeto, entidades como el Centro Tecnológico del Metal (asociación empresarial privada sin ánimo de lucro), que en la actualidad efectúa la ITMAF en el ámbito de la Región de Murcia, en el futuro no podría desarrollarla, atendida la multitud de servicios que presta, de los que la inspección técnica de los pulverizadores de productos fitosanitarios no es más que uno de ellos.

Se sugiere, en consecuencia, suprimir la exigencia de exclusividad de objeto.

— Artículo 2. Registro de empresas oficialmente reconocidas para la realización de ITMAF.

a) En el apartado 1, debería buscarse una denominación del centro directivo de adscripción del registro que fuera inmune a los cambios de nombre que suelen derivar de las mudanzas organizativas. Como sugerencia, podría utilizarse la expresión *“Dirección General competente en materia de sanidad vegetal”*.

La observación se hace extensible a otros preceptos, como el artículo 3.6, que nombran el mismo y otros centros directivos.

b) No se justifica en el expediente por qué se establece una vigencia de seis años para el reconocimiento oficial, cuando el Proyecto obliga a demostrar bianualmente el cumplimiento efectivo de los requisitos y obligaciones anudados a dicho reconocimiento. De hecho, esta justificación bianual de cumplimiento de los requisitos, que deberá realizarse previa auditoría de los procedimientos de trabajo, parece coincidir con la mecánica de acreditación de aquéllos diseñada para el procedimiento de renovación del reconocimiento por el artículo 5.1, último párrafo, del Proyecto. En consecuencia, si la renovación no añade un plus de control sobre las comprobaciones bianuales, su virtualidad queda reducida a una mera manifestación de la voluntad del interesado de continuar efectuando ITMAF, la cual

por otra parte está implícita en la propia justificación de los requisitos, ya que su omisión por la empresa determinaría la revocación del reconocimiento.

Desde esta perspectiva y ante la posibilidad de revocación del reconocimiento por incumplimiento de requisitos, que contemplan los artículos 3.2 y 5.1 del Proyecto, quizás debería valorar el órgano impulsor de la norma la posibilidad de conferir una vigencia indefinida al reconocimiento, eliminando la exigencia de renovación por sexenios.

— Artículo 3. Procedimiento de inscripción en el registro.

a) En aras de una mejor ordenación sistemática de la norma, el artículo debería destinarse a la regulación del procedimiento de reconocimiento oficial e inscripción en el registro, tal y como anuncia su epígrafe, excluyendo del mismo las normas relativas a la modificación y revocación del reconocimiento y consiguientes modificación y cancelación de la inscripción, que deberían consignarse en artículos diferentes, como ya hace el Proyecto con la modificación de la inscripción a la que dedica el artículo 6.

En este mismo sentido, la regulación de las causas de cancelación de la inscripción deberían conducirse a causas de revocación del reconocimiento oficial.

b) En el apartado 4 se exige que la solicitud se acompañe de los “estatutos de la sociedad, *en su caso*”. Lo indeterminado de la expresión “en su caso”, aconsejaría su sustitución por una más expresiva de la realidad que se pretende regular en la norma.

Cabe pensar que el precepto contempla la posibilidad de que soliciten el reconocimiento oficial empresas, centros o entidades que no adopten forma societaria. Para dar cabida a las mismas podría optarse por una fórmula similar a la utilizada por el Reglamento de la infraestructura de calidad y seguridad industrial, aprobado por Real Decreto 2200/1995, de 28 diciembre, respecto de los organismos encargados de las labores de certificación, ensayo, inspección o auditoría en el ámbito de la seguridad industrial (organismos de control): “estatutos o norma por la que se rija la empresa, centro o entidad”.

Del mismo modo, podría completarse la relación de documentos con una declaración de que la entidad, sus socios, directivos o personal no están incurso en ninguna de las incompatibilidades establecidas en el artículo 7 del Proyecto.

De aceptarse las sugerencias formuladas en esta consideración sería necesario introducir las pertinentes modificaciones en el Anexo I del Proyecto, que establece el modelo de solicitud.

c) El artículo 1.2 del Proyecto indica que la inscripción en el registro será simultánea al reconocimiento oficial. No se entiende, entonces, por qué el artículo 3.7 contiene la expresión de salvaguardia “en su caso”, lo que puede resultar contradictorio con aquella previsión, toda vez que parece prever algún supuesto en el que, a pesar de haberse otorgado el reconocimiento oficial, no proceda la inscripción.

Ha de advertirse que todo el Proyecto se orienta a configurar la inscripción como un acto debido posterior o simultáneo al reconocimiento, pues no se establecen requisitos adicionales para aquélla respecto de los exigidos para el reconocimiento.

Entiende el Consejo Jurídico que debe suprimirse el inciso “en su caso”.

d) En el mismo apartado 7, debería incluirse como contenido necesario de la resolución el de la fecha en que el reconocimiento comienza a producir efectos, en tanto que *dies a*

*quo* del plazo bianual para la acreditación de cumplimiento de requisitos como de los seis años para solicitar la renovación.

— Artículo 5. Renovación del reconocimiento oficial para la realización de ITMAF.

a) El apartado 1 establece un plazo de dos meses para solicitar la renovación del reconocimiento. Debería precisar si se refiere a los dos meses inmediatamente anteriores a la finalización de los seis años de vigencia del reconocimiento, o a los dos meses siguientes a su expiración. Si fuera esta última la opción elegida, el precepto debería establecer una prórroga tácita de los efectos del reconocimiento hasta la resolución del procedimiento de renovación.

b) Debería efectuarse una remisión del procedimiento de renovación a lo dispuesto en el artículo 3 del Proyecto para el reconocimiento inicial e inscripción.

3. A los Anexos.

— Anexo III. Requisitos generales, técnicos y de calidad que deben cumplir las empresas que deseen ser inscritas y oficialmente reconocidas para realizar ITMAF en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

a) El apartado A-2, establece que las auditorías y controles externos a que han de someterse las empresas de inspección técnica serán realizadas por empresas o entidades “reconocidas”. La coherencia interna del texto exige homogeneizar las previsiones de este precepto con el artículo 5.2 del Proyecto, que obliga a tales empresas a contar con una acreditación en el campo de la inspección técnica de maquinaria fitosanitaria.

b) El apartado B-2-1 exige que las empresas cuenten con un equipo de dos personas para realizar las inspecciones, debiendo ser el responsable un Ingeniero Agrónomo o un Ingeniero Técnico Agrícola. Carece el expediente de una motivación adecuada para justificar la restricción de las titulaciones que se estiman idóneas para asumir la responsabilidad de los equipos inspectores, en detrimento de otras que, atendido el objeto sobre el que recaerá la actividad, pudieran estar igualmente capacitadas para su realización, como los Ingenieros Industriales e Ingenieros Técnicos Industriales. Debe recordarse al respecto que la doctrina jurisprudencial es contraria a la consagración de monopolios profesionales, reconociendo la existencia de competencias concurrentes entre las diversas especialidades de Técnicos, Arquitectos o Ingenieros, en el ámbito de sus respectivas especialidades (sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1981, 1 de abril de 1985, 27 de diciembre de 1989, 10 de abril de 1990, 20 de mayo de 2003, etc.), aunque siempre en relación con la capacidad técnica y conocimientos académicos propios y exigibles a las respectivas titulaciones.

En este sentido, el Real Decreto 921/1992, de 17 de julio, por el que se establece el título universitario de Ingeniero Industrial y la aprobación de las directrices generales propias de los planes de estudio conducentes a la obtención de aquél recoge, entre las materias troncales, algunas que guardan relación con las actividades inspectoras a realizar sobre unos equipos que, como ha quedado expresado *ut supra*, pueden ser calificados como productos industriales. Entre dichas materias, destaca la denominada “tecnología de máquinas”, que comprende el ensayo de máquinas y técnicas de medición y control de calidad.

Así lo hace también el Real Decreto 1404/1992, de 20 de noviembre, por el que se establece el título universitario oficial de Ingeniero Técnico en Mecánica y se aprueban las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes a la obtención de aquél,

modificado por Real Decreto 50/1995, de 20 de enero, en cuanto a la denominación del título, que pasa a llamarse “Ingeniero Técnico Industrial, especialidad en Mecánica”. Entre las asignaturas troncales relacionadas con la actividad de control y verificación de equipos destacan las de mecánica y teoría de mecanismos, diseño de maquinaria e ingeniería fluidomecánica.

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que, ante la falta en el expediente de una justificación suficiente, no procede restringir la titulación del responsable de los equipos de inspección a las ingenierías (superior y técnica) de la rama agraria, debiendo ampliarse la exigencia de titulación a otras ingenierías (superior y técnica), como las industriales, cuya formación capacite a sus titulados para el desarrollo de la actividad de control regulada por el Proyecto.

c) En los apartados C-3-7 y 8 se alude a un documento que se denomina “informe/certificado de inspección”, sin que se precise en el texto si se trata de documentos diferentes, de un mismo documento con funcionalidades diversas o, simplemente, de un documento único con dos denominaciones. Tampoco se precisa si este documento es el “informe de inspección” a que se refieren los apartados A-1-2, A-1-7, B-4-2 y C-3-6. Deben aclararse tales extremos.

4. En cuanto a la forma, el texto del Proyecto debe ser revisado desde el punto de vista gramatical para depurar el uso inapropiado de mayúsculas (art.5, por ejemplo) y situar adecuadamente los signos de puntuación.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar la disposición sometida consulta, correspondiendo al Consejo de Gobierno su aprobación mediante Decreto.

**SEGUNDA.**- De conformidad con la Consideración Segunda de este Dictamen, la elaboración del Proyecto adolece de deficiencias en el trámite de audiencia, que deberían ser subsanadas con anterioridad a la elevación del Proyecto al Consejo de Gobierno para su aprobación.

**TERCERA.**- Tiene carácter esencial la observación relativa a la titulación de los responsables de los equipos de inspección, conforme a lo indicado en la Consideración Sexta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 116/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de “---”, S.A., como consecuencia de los daños sufridos por la denegación de la solicitud de renovación de su actividad.**

**Consultante: Consejera de Hacienda y Administración Pública (2007)**

**Fecha: 23/06/08**

### **Extracto de Doctrina**

*El requisito de la efectividad hace referencia a la producción real, excluyendo los daños hipotéticos, eventuales, futuros o simplemente posibles, así como los contingentes, dudosos o presumibles, sin que se considere como tal la mera frustración de una expectativa (por todas, STS, Sala 3ª, de 7 de marzo de 2007).*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 4 de mayo de 2006, x., en nombre y representación de la mercantil --, S.A., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Economía y Hacienda (hoy Hacienda y Administración Pública) por los siguientes hechos, según describe:

Desde el 17 de julio de 2001, la mercantil reclamante es titular de una autorización de apertura y funcionamiento de un salón dedicado a la actividad de máquinas de juego, sito en la Avda. Ronda Norte de Murcia.

Expone que, con motivo de una denuncia presentada, se ha tenido conocimiento de la denegación de la renovación de la autorización de funcionamiento de otro salón de juego colindante (sito en Ronda Norte, esquina C/ Escritor Sánchez Moreno), que no dispone de la superficie mínima requerida (150 metros cuadrados construidos).

Se imputa a la Administración regional la tramitación irregular del expediente de autorización inicial del citado local y, por ende, haber tenido que soportar durante años la competencia de un establecimiento que no reunía los requisitos legales.

La cuantía indemnizatoria, que se reclama como daños, se circunscribe al lucro cesante, desde el periodo que inicia la actividad la reclamante hasta que se ordena el cese efectivo de la actividad del salón denunciado; como criterios de cálculo se propone la comparación del rendimiento medio nacional de las máquinas de tipo B existentes en el local, con el rendimiento real obtenido y con el medio de las máquinas del mismo tipo en la zona de influencia de los citados locales, a cuyo fin se indica que se aportará el informe de un perito economista.

Por último, se propone la práctica de prueba documental e interrogatorios de testigos, acompañándose escritura de poder otorgada por x., en su condición de administrador único de la mercantil, S.A., a favor del letrado actuante.

**SEGUNDO.-** Mediante Orden de la titular de la Consejería, de 12 de julio de 2006, se admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, designándose al centro directivo competente en materia de juego como órgano encargado de tramitar el expediente administrativo de responsabilidad patrimonial. Por acuerdo ulterior del Director General de



Tributos, de 6 de septiembre de 2006, se designa a la instructora del procedimiento, lo que es notificado a la parte reclamante.

**TERCERO.-** Recabado el informe del Servicio de Gestión y Tributación del Juego, es evacuado el 5 de octubre de 2006, proponiendo la desestimación de la reclamación, básicamente, por las siguientes razones:

1ª) En ningún caso puede existir responsabilidad de la Administración regional, toda vez que la autorización de funcionamiento del salón tipo mixto en Avda Ronda Norte, solicitada por la mercantil, S.L., fue otorgada por la Comisión Nacional de Juego, en uso de sus competencias (resolución de 31 de octubre de 1989), siendo objeto de comprobación por los correspondientes órganos de la Administración General del Estado entonces competentes. A lo que añade que *“tanto de la documentación incorporada al expediente desde su inicio, como de las autorizaciones citadas en los puntos primero y segundo, concedidas por la Comisión Nacional de Juego, órgano competente en aquel momento, tras la evacuación de los informes procedentes donde consta la existencia de los requisitos exigibles, con especial invocación al cumplimiento en lo que respecta a la superficie del local, que dicho órgano así como la Delegación de Gobierno y la Comisaría consideraron constatado, cabe concluir que nada inducía a creer que el local en cuestión no contase con la superficie reglamentaria, sin que, consecuentemente, existiese causa alguna para no utilizar el procedimiento universalmente seguido en todos los casos de renovación de autorizaciones preexistentes. Es decir; evacuar informe donde se expresa que se mantienen las condiciones que dieron lugar a la anterior autorización”*.

2ª) La Dirección General de Tributos se limitó a conceder, tras recabar los informes correspondientes de acuerdo con el convenio de colaboración suscrito entre el Ministerio competente y la Comunidad Autónoma, la renovación de la autorización de funcionamiento del salón de juego.

3ª) En la siguiente renovación solicitada por la mercantil --, S.L. el 11 de febrero de 2004, coetánea en el tiempo con la denuncia presentada por x., administrador único de la mercantil reclamante y, tras las comprobaciones oportunas de medición de la superficie del salón, se concluyó en la denegación expresa de la renovación solicitada, mediante resolución de la Dirección General de Tributos de 7 de febrero de 2005.

4ª) Igualmente matiza la afirmación de que ambos salones eran colindantes, en los términos utilizados por el escrito de reclamación, por cuanto:

*“el Salón de Juego en que trae causa su reclamación se encuentra situado en Murcia, Ronda Norte, Esq. C/ Escritor Sánchez Moreno, en la Barriada de Santa María de Gracia, próximo a la plaza Diez de Revenga y Corte Inglés, mientras la propiedad de su mandante se halla a unos 150 metros en la acera opuesta de Ronda Norte, núm. 23, próximo a la Barriada de San Antón y a la salida de la ciudad por San Basilio (...)”*.

5ª) Respecto a la competencia entre los dos salones, aclara que *“la experiencia demuestra que el cliente habitual de las Salas de Juego tiende precisamente a alejarse de la zona en la que vive a la hora de llevar a cabo su actividad lúdica. No cabe, pues, establecer diferencias entre unos y otros empresarios del sector en lo que atañe al eventual daño causado. Es evidente que la proximidad alegada respecto a la titularidad de un salón de juego en la misma calle no añade ningún plus de distinción respecto a los posibles derechos de los demás empresarios del sector, toda vez que se trata de una actividad de libre estable-*

*cimiento y libres son también los posibles jugadores de visitar los locales que prefieran. Resulta evidente, por tanto, que el eventual perjuicio causado quedaría diluido entre los titulares de 44 salones de juego y 1857 locales de hostelería donde se explotaban máquinas existentes sólo en el municipio de Murcia”.*

6ª) Sostiene que no concurre en la presente reclamación el requisito de la efectividad del daño exigido por el artículo 139.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC). Además, destaca el dato de que el salón, cuya renovación se ha denegado, existía con anterioridad al de la mercantil reclamante.

7ª) Por último, sostiene la prescripción de la acción de reclamación.

**CUARTO.-** Por la instructora se acuerda el 24 de noviembre de 2006, la apertura de un periodo de prueba, admitiéndose algunas de las propuestas por el letrado actuante, siendo rechazadas las restantes de forma motivada, notificándose el precitado acuerdo a la mercantil reclamante. Como consecuencia de este trámite se incorporan al presente procedimiento:

— El expediente de autorización del salón de juegos sobre el que versa la presente reclamación (núm. 120/1989, folios 1 a 130).

— El expediente de denegación de solicitud de renovación (núm. 2CB-00900120, folios 1 a 213).

— La certificación comprensiva de las autorizaciones de funcionamiento de las que ha sido titular la mercantil --, S.A. (folio 43).

— La certificación del Jefe de Servicio de Gestión y Tributación del Juego sobre la fecha de baja en el correspondiente Registro de la denegación de la renovación (folio 41).

— El informe pericial aportado por la reclamante (folios 50 a 81), que concluye en que las pérdidas de recaudación sufridas por la explotación de las máquinas recreativas tipo B del Salón “x.”, perteneciente a la misma, podrían ascender a 262.731,30 euros, según refiere, partiendo de datos reales para los ejercicios 2004 y 2005 y, en estimaciones, para los ejercicios 2001, 2002 y 2003, al carecer de documentación por problemas informáticos, según indica.

**QUINTO.-** Otorgado un trámite de audiencia a los interesados, el letrado actuante solicita la ampliación del plazo para formular alegaciones por la extensión del expediente, siendo concedido por el órgano instructor el 28 de marzo de 2007. Finalmente presenta alegaciones el 25 de abril de 2007, limitándose a reiterar el contenido de la reclamación, sobre la base de que la empresa --, S.L. ha presentado desde el inicio una documentación parcial y que el ejercicio de las actuaciones inspectoras podría haber bastado para comprobar el incumplimiento del requisito de la superficie del local, así como para denegar la autorización. Afirma que en el folio 75 del expediente de autorización, en la comunicación de la entonces Dirección Provincial del Ministerio de Industria y Energía a la Delegación del Gobierno, se reconoce la falta de superficie del local, aportándose para la subsanación del reparo un simple anexo al proyecto inicial. Añade que la Dirección General de la Policía (folio 85) admite que la superficie del local es aproximadamente de 150 metros.

Se insiste en que nadie se ha molestado en comprobar las manifestaciones interesadas de la empresa, ni en el momento inicial ni posteriormente en las renovaciones de la autori-

zación, en perjuicio de los derechos de la mercantil reclamante; concluye en la existencia de una conducta generadora de responsabilidad patrimonial.

**SEXTO.-** La propuesta de resolución, de 28 de septiembre de 2007, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por las siguientes razones:

*“1ª) No concurren los requisitos del artículo 139 LPAC y ss. para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Dirección General de Tributos, por los actos dictados en relación con la tramitación del expediente 2CB00900120 realizada por el Servicio de Gestión y Tributación del Juego.*

*2ª) Inexistencia de lesión: los beneficios dejados de percibir por la proximidad de su local con el Salón de Juego del que fue titular la mercantil --, S.L., son inherentes al ejercicio de su actividad profesional, ajena a las funciones administrativas que corresponden ejercer a esta Administración Pública, nos encontraríamos ante unos daños eventuales o meramente posibles.*

*3ª) El artículo 38 de la Constitución reconoce el principio de libertad de empresa lo que conlleva la libre competencia empresarial en cada uno de los sectores de la actividad correspondiente, en el caso del sector del juego, así pues, la disminución de usuarios, en particular, el acceso a Salones de Juego, nunca puede fundamentar la pretensión de indemnización de daños y perjuicios, no es imputable ni guarda conexión con la actuación de la Administración Pública, es completamente ajena al ejercicio de las funciones y potestades de la misma, se trata, en definitiva de consecuencias previsibles e inherentes al ejercicio de toda actividad profesional”.*

**SÉPTIMO.-** Con fecha 24 de octubre de 2007 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. La mercantil reclamante ostenta la condición de interesada al sostener un daño, en concepto de lucro cesante, que imputa al funcionamiento del servicio público competente en materia de juego, lo que le otorga legitimación activa para reclamar, en virtud de lo dispuesto en los artículos 139.1 en relación con el 31 LPAC.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, como titular de las competencias en materia de juego (artículo 10. Uno, 22 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia), correspondiendo a la Consejería consultante su ejercicio, concretamen-

te, otorgar las autorizaciones de funcionamiento de los salones de juego y sus renovaciones (artículo 11 de la Ley 2/1995, de 15 de marzo, reguladora del Juego y Apuestas de la Región de Murcia).

II. En cuanto al plazo de un año para el ejercicio de la acción de reclamación (artículo 142.5 LPAC), que la mercantil reclamante presenta el 4 de mayo de 2006, el Consejo Jurídico muestra su conformidad a la propuesta de resolución por sostener que la acción se ha ejercitado en plazo, aunque lo sea en la fecha límite, si se tiene en cuenta que, en virtud de la Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de 26 de abril de 2005, notificada a x., administrador único de la mercantil reclamante el 4 de mayo de 2005 (folio 204), adquirió firmeza administrativa la denegación de la renovación de la autorización de funcionamiento del Salón de Juego sito en Ronda Norte, esq. c/ Escritor Sánchez Moreno, instada por la mercantil --, S.L., pudiendo tomarse esta última fecha como *dies a quo* para el ejercicio de la acción.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales.

**TERCERA.- Actuaciones anómalas que se imputan a la Administración regional y el marco legal.**

La mercantil reclamante imputa a la Administración regional la tramitación irregular del expediente de autorización inicial del salón de juego denunciado, al haber tenido que soportar durante años la competencia de un establecimiento que no reunía los requisitos legales (concretamente la superficie mínima de 150 m<sup>2</sup>). Sostiene que no se ha comprobado con suficiente diligencia por parte los funcionarios encargados, dando lugar a la obtención de una autorización (y sus renovaciones) absolutamente injustificadas.

Sin embargo, no es cierto que la autorización inicial para el funcionamiento del salón de juego a la mercantil --, S.L. y su primera renovación, procediera de la Administración regional, según sostiene la mercantil reclamante, pues, como refiere el informe del Jefe de Servicio de Gestión y Tributación del Juego y se constata en el expediente remitido, correspondió a la Comisión Nacional del Juego, dependiente de la Administración General del Estado entonces competente, en atención al siguiente estadio:

A) Autorización de funcionamiento del Salón de Juego (expte. 120/1989).

Con fecha 23 de enero de 1989, la mercantil --, S.L. solicitó ante la Delegación de Gobierno en Murcia la autorización para un salón recreativo tipo mixto en la calle Ronda Norte de la ciudad de Murcia. Dicha solicitud se realizaba al amparo de lo dispuesto en el artículo 31 del Real Decreto 877/1987, de 3 de julio, por el que se aprobaba el entonces Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar y, entre los requisitos exigidos, se establecía la necesidad de contar con una superficie útil destinada a la instalación de máquinas no inferior a 150 metros cuadrados (artículo 31.3 del citado RD). La mercantil interesada especificaba (folio 1) que la superficie útil del local era de 156,75 metros cuadrados, acompañando un proyecto técnico elaborado por un perito industrial, que justificaba dicha superficie (folio 11).

Tras recabarse el informe de la entonces Dirección Provincial del Ministerio de Industria y Energía, que solicitó la adecuación de la documentación al Anexo VI del citado RD, se le exigió a la mercantil solicitante que completara la documentación bien mediante un anexo, bien mediante la redacción de un nuevo proyecto técnico, realizándose lo primero,

según consta en los folios 56 a 62. Sometido de nuevo a informe de la Dirección Provincial citada, se emite favorablemente (folio 78), si bien condicionado a que se certificara, entre otros puntos, el relativo a la superficie (*156,7 m<sup>2</sup> total; 148,27 m<sup>2</sup> salón, no cumple con el artículo 31.3 del reglamento*).

Presentado por la mercantil un escrito de subsanación el 21 de agosto de 1989, acompañado de un anexo al proyecto (folios 82 a 84), el apartado 2.1 justifica que *“la superficie útil del Salón de Juegos Recreativos tipo “A y B” es de 156,75, a parte posee unos aseos con una superficie de 5,59 m<sup>2</sup>. Se adjunta plano del local con las mencionadas superficies”*.

El Servicio de Control de Juegos de Azar de la Dirección General de la Policía informó también el expediente indicando, en cuanto al local, que *“tiene una superficie estimada en 150 metros aproximadamente”*, de lo que no parecen desprenderse, en modo alguno, el incumplimiento de tal requisito, como parece sugerir el letrado actuante.

Tras lo cual, emitido informe favorable por la Delegación de Gobierno en Murcia una vez subsanadas las deficiencias (sic), la Comisión Nacional de Juego, en su reunión de 26 de octubre de 1989 (folio 90), acordó autorizar el Salón de Juegos al que se contrae el presente expediente, durante un periodo de tres años, renovables por periodos sucesivos. De hecho, la siguiente renovación se otorgó por la misma Comisión en el año 1993, también por un periodo de 3 años, previa evacuación de informe por la brigada periférica del juego de la Policía Judicial (folio 97), que indica: *“se pudo comprobar que se mantienen las mismas condiciones que el 31-10-1989, fecha en la que se obtuvo la autorización de apertura”*.

B) Ulteriores actuaciones administrativas en relación con el funcionamiento del salón de juego, tras la asunción de competencias exclusivas en materia de juego por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Con la reforma operada por la Ley Orgánica 4/1994, de 24 de marzo, se incorporó al Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia la competencia exclusiva en materia de juego, ya transferida por la LO 9/1992, de 23 de diciembre; posteriormente, el RD 1277/1994, de 10 de junio, concretaría las funciones que se traspasaban, entre ellas, las autorizaciones administrativas para la instalación, apertura, funcionamiento y modificación de todo tipo de actividades de juego y de los establecimientos donde éstas se desarrollan; renovación y caducidad de dichas autorizaciones.

En ejercicio de las competencias autonómicas se aprobó la Ley regional 2/1995, de 15 de marzo, reguladora del Juego y Apuestas de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 2/1995), que prescribe, por un lado, que los establecimientos para la práctica del juego tendrán autorización por tiempo limitado, pudiendo ser renovada en el caso de que se cumplan los requisitos exigidos en el momento de solicitar dicha renovación (artículo 7.2), con una duración de cinco años.

Para el ejercicio de tales competencias, la Consejería competente suscribió un convenio con el Ministerio de Justicia e Interior (publicado por Orden de 11 de julio de 1994), en virtud del cual correspondía a los grupos periféricos de juegos de azar, dependientes de la Comisaría General de Policía Judicial, elaborar los informes que se requirieran para la apertura y renovación de los salones de juego en la Región de Murcia, aplicando las normas técnicas existentes para cada tipo de establecimientos.

Por ello, cuando la mercantil --, S.L. solicitó la renovación de la autorización de funcionamiento en el año 1996, la Dirección General de Tributos (folio 103), a través de la De-

legación de Gobierno, solicitó que el grupo periférico del juego girara visita de inspección a fin de comprobar el estado actual de las instalaciones, siendo evacuado por el Comisario Jefe Provincial el 2 de abril de 1996 (folio 108), en el siguiente sentido: “*se pudo comprobar que se mantienen las mismas condiciones que el 3-02-93, fecha en la que obtuvo la última autorización de apertura, excepción hecha de los servicios sanitarios de los caballeros que carecen de urinarios*”. Requerida la precitada mercantil para que subsanara esta última deficiencia, solicita el 3 de julio de 1996 (folio 111) la realización de unas obras, que fueron autorizadas por el Director General de Tributos el 25 de septiembre de 1996, previo informe del grupo periférico del juego, que señala: “*al no afectar a la seguridad del local, aforo y espacio libre para la instalación de máquinas, por parte de esta Comisaría no existe inconveniente en que se acceda a lo solicitado*” (folio 123).

Mediante escrito de 21 de enero de 1999, el representante de la mercantil --, S.L. solicita la renovación de la autorización del Salón de Juego sito en Ronda Norte y, tras la emisión de un informe por el Comisario Jefe de la Brigada de la Policía Judicial (folio 129), en el que destaca que se mantienen las mismas condiciones que en el anterior del año 1996 (folio 129), se otorga la renovación de la autorización de funcionamiento por el Director General de Tributos el 23 de febrero de 1999 (folio 130), por un periodo de cinco años.

C) Denegación de la renovación de la autorización de funcionamiento por el centro directivo competente en el año 2005.

Antes de que transcurrieran los cinco años, el 11 de febrero de 2004, la mercantil --, S.L. solicita una nueva renovación de la autorización de funcionamiento (folio 1 referido en lo sucesivo al expte. núm. 2CB-009001120), manifestando que el salón cumple con todos los requisitos exigidos por el Decreto regional 61/2001, de 31 de agosto, por el que se aprueba el primer Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de la Región de Murcia (hoy derogado por el Decreto 72/2008, de 2 de mayo). Expresamente se cita en la solicitud, que no han variado ninguno de los puntos recogidos en el proyecto técnico aprobado para la consecución de la autorización. El Reglamento citado establece (artículo 34.5,a) que la superficie del local, destinada a la instalación de máquinas, no podrá ser inferior a 150 metros cuadrados construidos en salones de juego, excluidas las superficies destinadas a oficinas y almacén.

Paralelamente, el 24 de febrero de 2004 se presenta una denuncia ante la Dirección General de Tributos por x., administrador único de la mercantil reclamante, en la que, tras exponer que otro salón de juego del que había sido titular (denominado x.) se ha visto obligado a cesar en su actividad, por incumplir la superficie mínima, denuncia la existencia de otros que incumplen dicha superficie, como es el caso del ubicado en la Ronda Norte, junto al antiguo cine Gran Vía. Por ello, solicita que por el centro directivo competente se compruebe la legalidad del salón y adopte el procedimiento sancionador oportuno, o la revisión de la autorización otorgada.

A results de la citada denuncia y de la renovación solicitada, el arquitecto técnico adscrito a la Dirección General de Tributos, tras realizar visita de inspección al local (diligencia de constancia de hechos en el folio 21), emite informe el 24 de marzo de 2004, en el que señala que, pese a no haber podido tomar medidas diagonales por la dificultad que representan las máquinas existentes, se ha podido comprobar que el plano facilitado del local no se ajusta a la escala indicada (1/50), si bien dicha circunstancia no le ha impedido calcular la superficie del local, resultando que “*la superficie construida calculada es de*

*131,06 m<sup>2</sup>, por lo que informo que este local no cumple en cuanto a superficie lo dispuesto por el artículo 34.5,a) del Decreto 61/2001, de 31 de agosto”.*

Otorgado un trámite de audiencia a la mercantil titular del salón de juego, un representante de --, S.L. presenta escrito el 26 de abril de 2004 (folio 24), en el que manifiesta su disconformidad con el informe técnico anterior, pues sostiene que la superficie del local no es inferior a 150 metros cuadrados, reiterando que cumple con el requisito de superficie previsto en el Decreto regional 61/2001, al igual que era observado en las anteriores autorizaciones, según refiere. Acompaña un informe de medición del local por parte de un ingeniero técnico industrial (folio 46), según el cual: *“la medición se ha llevado a cabo con un flexómetro, por el método tradicional, se ha medido todo el perímetro del local (...) obteniendo así la medida total de fachadas. La medición del interior del local se ha realizado mediante el sistema de triangulación, tomando diversas diagonales desde distintos puntos, con el fin de obtener y poder reflejar la irregularidad. La superficie construida del local ha resultado tras las pertinentes mediciones ser de 150,07 m<sup>2</sup>”.*

Por la existencia de informes contradictorios, el Jefe de Servicio de Gestión y Tributación del Juego comunica a la mercantil titular del salón que el procedimiento de renovación queda suspendido (folio 50), para realizar nuevas pruebas o análisis determinantes, entre ellas, la de trasladar al arquitecto técnico de la Dirección General el informe y plano aportado por la mercantil, ratificándose aquél en su informe anterior el 13 de mayo de 2004.

Ofrecida a la mercantil la posibilidad de proponer una nueva pericial para que se lleve a efecto una tercera medición del local, recae finalmente en el colegiado que le corresponde por turno en el Colegio Oficial de Arquitectos Técnicos; efectuada la medición, con cita de las partes interesadas, el 20 de noviembre de 2004, a las 11 horas, se emite informe por el perito, en el que señala que la superficie total construida del local es de 137,10 m<sup>2</sup>.

Finalmente, previa audiencia a los interesados, mediante resolución del Director General de Tributos de 7 de febrero de 2005, se deniega la renovación de la autorización de funcionamiento al local referido por incumplimiento de la superficie mínima, ordenando su baja, y requiriendo para que cese la explotación de dicho salón, con notificación a las partes interesadas

Recurrida la resolución por la titular del salón de juego, es finalmente resuelta por Orden de la titular de la Consejería de 26 de abril de 2005, que confirma la denegación de la autorización de funcionamiento.

De lo anteriormente expuesto, cabe destacar, en relación con las actuaciones que motivan la presente reclamación:

1º) Que la autorización de funcionamiento del salón de juego no correspondió a la Administración regional, sino a la Administración General del Estado, concretamente, a la Comisión Nacional de Juego, previos los informes favorables indicados.

2º) Que la renovación de la autorización de funcionamiento del año 1999, que sí correspondió a la Dirección General de Tributos, se otorgó de acuerdo con el convenio suscrito entre las Administraciones General del Estado y Autonómica, previo informe favorable de la brigada del juego periférico acerca del mantenimiento de las condiciones anteriores.

3º) Que la autorización de funcionamiento y las renovaciones ulteriores, incluida la otorgada por el Director General de Tributos en el año 1999, adquirieron firmeza al no ser recurridas, y agotaron su vigencia temporal.

4º) Que la Dirección General de Tributos denegó la renovación de la autorización de funcionamiento el 7 de febrero de 2005, por incumplimiento de la superficie mínima, corroborada por resolución ulterior de 26 de abril de 2005, cuya fecha de notificación a la parte reclamante es considerado como *dies a quo* a efectos de determinar la temporaneidad de la acción de reclamación, conforme a lo indicado con anterioridad.

**QUINTA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración: la relación de causalidad y la antijuridicidad del daño.**

De las anteriores actuaciones infiere la parte reclamante el título de imputación para exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por los posibles daños sufridos por la mercantil reclamante por el funcionamiento del salón de juego de --, S.L en Ronda Norte, durante los años 2001 a 2005.

El principio de responsabilidad de la Administración ha adquirido rango constitucional al acogerse en el artículo 106.2 del texto constitucional, en el que se afirma que *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza de mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

El desarrollo de las previsiones constitucionales se encuentra en los artículos 139 y siguientes LPAC, según los cuales la responsabilidad patrimonial de la Administración supone la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

3) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.

4) Ausencia de fuerza mayor.

Veamos la aplicación de los anteriores requisitos al presente expediente de responsabilidad patrimonial:

I. Nexos causales.

El relato de las actuaciones seguidas en la Consideración anterior no permite sostener la relación de causalidad entre el daño alegado por la mercantil reclamante y el funcionamiento del servicio público regional, aun cuando se haya constatado ulteriormente el incumplimiento del requisito de la superficie mínima del salón de juego, que denotaría, sin duda, un funcionamiento anormal del servicio público; en todo caso dicho incumplimiento viciaría de anulabilidad a los actos administrativos que se adoptaron (artículo 63 LPAC), si bien ha de dejarse constancia que adquirieron firmeza, sin que fueran recurridos, habiéndose agotado también su vigencia temporal (resolución de la Dirección General de Tributos de 23 de febrero de 1999, por la que se renueva la autorización de funcionamiento por un periodo de cinco años).



Por lo tanto, estos últimos datos son incompatibles con la prosperabilidad de una acción de responsabilidad patrimonial fundamentada en su ilegalidad (Dictamen núm. 100/2003). Más aún, el artículo 142.4 LPAC establece que la anulación en vía administrativa de los actos no presupone el derecho a la indemnización (por todas, STS, Sala 3ª, de 25 de enero de 2000).

Además, la ausencia de relación de causalidad entre el actuar administrativo y el daño alegado por la mercantil reclamante viene sustentada en los siguientes motivos:

1º) Como destaca la propuesta de resolución, el funcionamiento de local de --, S.L. en Ronda Norte es anterior a que --, S.L. presentara y obtuviera de la Administración regional la correspondiente autorización (el 17 de julio de 2001) para el funcionamiento de otro salón de juego en la misma calle, lo que evidencia la falta de consistencia de los argumentos esgrimidos para sostener la imputación del daño al funcionamiento del servicio público. En consecuencia, la mercantil reclamante, cuando decidió su instalación en dicho lugar, a 150 metros aproximadamente del otro salón, era plenamente conocedora de tal circunstancia y, se presume, de su clientela potencial, como describe el Jefe de Servicio de Gestión y Tributación del Juego (Antecedente Tercero, apartado 4º).

2º) Tampoco cabe inferir el nexo causal de la resolución de la Dirección General de Tributos de 7 de febrero de 2005, confirmada por la Orden de la titular de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de 26 de abril de 2005, en tanto desestiman renovar la autorización de funcionamiento por el incumplimiento de la superficie del local.

II. Por último, no se advierte en el presente supuesto la antijuridicidad de los daños alegados por la mercantil reclamante, conforme a lo dispuesto en el artículo 141.1 LPAC.

#### **CUARTA.- Efectividad de daño y cuantía indemnizatoria.**

La mercantil reclamante solicita la cantidad de 262.731,38 euros, con fundamento en un informe pericial que acompaña, por las pérdidas de recaudación sufridas por la explotación de máquinas recreativas tipo B del Salón La Ronda sito en la Avda. Ronda Norte de Murcia, como consecuencia de la existencia de otro salón en las cercanías (folio 65). El propio informe reconoce que se trata de estimaciones y que no se ha podido cuantificar las recaudaciones obtenidas por el citado Salón durante los años 2001, 2002 y 2003 por problemas informáticos.

La primera cuestión que ha de ser contrastada, con carácter previo a la cuantificación económica, es si el daño alegado reúne el requisito de efectividad exigido por el artículo 139.2 LPAC: *“En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”*.

El requisito de la efectividad hace referencia a la producción real, excluyendo los daños hipotéticos, eventuales, futuros o simplemente posibles, así como los contingentes, dudosos o presumibles, sin que se considere como tal la mera frustración de una expectativa (por todas, STS, Sala 3ª, de 7 de marzo de 2007).

Por ello, el Consejo Jurídico también muestra su conformidad con la propuesta de resolución, por cuanto la minoración de ingresos por la proximidad de otro salón de juego sólo cabe conceptuarla como meras expectativas económicas, que no admite calificarse de lesión resarcible, y menos, ser imputada a la Administración regional, en tanto la mercantil reclamante aceptó instalarse en una zona donde existía otro salón que funcionaba con anterioridad al suyo, y los hipotéticos daños profesionales que pretende que ahora se le

indemnicen son los propios derivados del ejercicio de una actividad empresarial, que debió de evaluar cuando se instaló.

De gran interés resulta a este respecto el razonamiento del Jefe de Servicio de Gestión y Tributación del Juego (folio 31) sobre la competencia entre los dos salones: *“en cualquier caso parece evidente que la actividad de explotación de un salón de juego no es equiparable a otras que por su naturaleza, uso necesario o cotidiano de los productos que oferten, tales como kioscos de prensa, farmacias, por ejemplo, puedan ser, esencialmente, circunscribibles a la clientela potencial de los habitantes de una zona o barrio. La experiencia demuestra que el cliente habitual de las salas de juego tiende precisamente a alejarse de la zona en que vive a la hora de llevar a cabo su actividad lúdica. No cabe, pues, establecer diferencias entre unos y otros empresarios del sector en lo que atañe al eventual daño causado. Es evidente que la proximidad alegada respecto a la titularidad de un Salón de Juego en la misma calle no añade ningún plus de distinción respecto a los posibles derechos de los demás empresarios del sector, toda vez que se trata de una actividad (...) donde no existe limitación alguna respecto de las distancias de emplazamiento, y libres son también los posibles jugadores de visitar los locales que prefieran (...). Como consecuencia del razonamiento anterior cabría sostener también el incumplimiento del requisito de la individualización del daño (artículo 139.2 LPAC), en tanto podría considerarse como una suerte de perjuicio colectivo, en la medida que, según refiere el precitado informe, “quedaría diluido entre los titulares de 44 salones de juego y 1857 locales de hostelería donde se explotaban máquinas existentes sólo en el municipio de Murcia”*

La aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso examinado es determinante para desestimar la reclamación, pues es necesario probar la existencia real y positiva de los daños, no siendo suficiente la aportación de daños hipotéticos, sino reales y concretos que guarden la debida relación de causa y efecto (por todas, STS, Sala 3ª, de 22 de enero de 1997 y 21 de febrero de 2008).

A mayor abundamiento, la STS, Sala 3ª, de 4 de febrero de 2005, señala: *“es evidente, por tanto, que para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración, la causación de un daño o perjuicio real, efectivo, evaluable económicamente e individualizado y derivado causalmente del funcionamiento normal o anormal de la Administración, se constituye como un requisito básico para conformar dicha responsabilidad, de tal forma que si no quedara acreditada la causación de tal daño real, plenamente acreditado y no basado en meras hipótesis, esperanzas o conjeturas, aun cuando hubiera un funcionamiento anormal de la Administración, no cabría apreciar dicha responsabilidad patrimonial.”*

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Procede dictaminar favorablemente la propuesta de resolución, al no concurrir los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, concretamente, la relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público, y la efectividad de aquél.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 117/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar.****Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)****Fecha: 23/06/08****Extracto de Doctrina**

*Tratándose de perjuicios derivados de sucesos ocurridos en centros escolares, no todo hecho productor de daños pueden imputarse al funcionamiento del servicio, sino que es necesario que sean atribuibles como propios e inherentes a alguno de los factores que lo componen: función o actividad docente, instalaciones o elementos materiales y vigilancia o custodia, y no a otros factores concurrentes ajenos al servicio.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 3 de abril del 2007, x., en nombre y representación de su hija, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería competente en materia de educación, por lo daños sufridos por la menor, de 10 años, alumna de 5º de Primaria del Colegio Público Ciudad de la Paz de El Palmar (Murcia), durante el desarrollo de una actividad escolar realizada el 12 de mayo de 2006, consistente en la salida a la pista de Atletismo Monte Romero, sita en el Campus Universitario de la Universidad de Murcia en Espinardo.

Describe la reclamante lo sucedido del siguiente modo: *“En dicha actividad, que la realizaban las dos clases completas, o sea, 42 niños, intervenían exclusivamente las profesoras de 5º A (x.) y de 5º B (x.), así como las profesoras de Educación física del Centro (x,y).*

(...)

*Al término de la actividad los menores fueron situados por órdenes de sus profesores justo en la puerta que se encuentra situada en una curva de visibilidad reducida y con estrechamiento de la calzada, según fotografías que acompaño. Habida cuenta lo que antecede, es decir, la configuración del lugar, nada apto para ser ocupado por menores, en espera de que llegara el autobús y con ninguna vigilancia y/o cuidado, la menor resultó golpeada por un vehículo a la salida de la curva, lo que causó fisura diafisaria de peroné izquierdo (1/3 medio)”.*

Añade que la menor fue instada a subir al autobús tras el accidente, sin que se la asistiera ni llevara a un centro de salud, lo que realizó su madre con posterioridad, siendo escayolada en el Servicio de Urgencias del Hospital Virgen de la Arrixaca.

Solicita una indemnización de 4.830 euros, correspondiente a 41 días improductivos y 79 no improductivos, más 300 euros por gastos de fisioterapia, que sumarían la cantidad de 5.130 euros, si bien en el *petitum* del escrito de reclamación figura la cantidad de 5.330 euros.

Por último, propone prueba documental y testifical y designa para su defensa a la letrada x.

**SEGUNDO.-** El 19 de abril de 2007 la instructora solicitó de la Directora del centro escolar informe específico de lo sucedido, trasladándole copia de la reclamación, así como

requirió el envío del informe o parte del accidente escolar, e indicación de si se han dado casos o accidentes similares a éste en el lugar de los hechos.

**TERCERO.-** Consta el parte del accidente escolar, suscrito por la Directora del Colegio Público el 15 de mayo de 2006, e informe de la misma de 18 de mayo de 2006, sobre la actividad complementaria realizada por los alumnos de 5º curso de Primaria (folios 13 a 15), del que reproducimos el siguiente relato de lo sucedido:

*“ACTIVIDAD: Salida al Estadio de Atletismo “Monte Romero” ubicado en el Campus Universitario de Espinardo. Contemplada en la PGA del curso 2005/06, dentro de la programación de actividades complementarias y extraescolares del área de Educación Física.*

*FECHA: 12 de mayo de 2006.*

*NÚMERO DE ALUMNOS PARTICIPANTES: 36 alumnos/as de 5º de Primaria.*

*RESPONSABLES DE LA ACTIVIDAD: Maestras de Educación Física, x, y. Con la colaboración de las tutoras de 5º x, y. Acompaña, en calidad de colaboradora, la maestra de Educación Física, x., antigua alumna del Colegio, en el que ha realizado las prácticas de la carrera.*

*DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD: (...)*

*Al terminar la actividad organizamos a los alumnos para dirigimos al autobús, que se encontraba en el aparcamiento cercano a la puerta de salida del Estadio. En el recorrido del pasillo que hay desde la caseta a la puerta del Estadio vamos comentando lo bien que ha salido todo, repitiendo las instrucciones a los alumnos para que no saliera nadie hasta estar reunidos al final del mismo.*

*En la puerta de salida, algunos alumnos y maestras se dan cuenta que un abejorro revolotea por encima del grupo, los alumnos comienzan a hacer aspavientos, se aconseja que lo mejor es dejarle tranquilo. Al llegar el insecto a la alumna x. esta retrocede de espaldas, manoteando con el abejorro, en dirección a la calzada, por lo que en ese momento pasaba un vehículo a poca velocidad, con el que la niña choca con la rueda trasera del coche, quedando sentada en el suelo. Este incidente ocurre en décimas de segundo.*

*El vehículo iba conducido por (...) que, según su versión, no había visto a los niños ni notado nada. Para el vehículo por el revuelo que oye. Los niños estaban en el recodo de la puerta del Estadio organizando la salida, como queda dicho.*

*Rápidamente en el momento del suceso todos nos dirigimos a la niña para atenderla, ésta se quejaba de la pierna izquierda. Observamos que, en apariencia, no hay lesión grave puesto que ella la puede mover, tampoco se ve inflamación. Se le dan masajes con una crema apropiada.*

*(...)*

*Finalmente la subimos al autobús. Durante el corto trayecto, se le atendió continuamente. Al llegar al colegio se llama a la madre acompañándolas en coche hasta el Centro de Salud, ofreciéndonos a quedarnos con ellas, expresando la madre que no era necesario.*

*Durante esa tarde y el resto del fin de semana estuvimos pendientes de las pruebas, llamando a la familia hasta saber el resultado que, según información verbal de la madre, se trata de una fisura ósea”.*

**CUARTO.-** Asimismo la Directora, mediante oficio de 22 de mayo de 2007, acompaña un nuevo informe sobre la reclamación presentada (folios 17 a 20), en el que hace constar, entre otros aspectos:

- La actividad escolar consistente en la realización de prácticas de atletismo en el Campus Universitario no reviste ningún riesgo inherente, que exigiera la adopción de otras medidas que las adoptadas, habiéndose desarrollado en casi todos los años escolares. Es una actividad voluntaria, autorizada por la madre, programada, aprobada por el Claustro y por el Consejo Escolar. La menor, ha vuelto a inscribirse para realizar una actividad similar en el mismo lugar.
- El percance no se produjo por falta de cuidado o vigilancia de los menores, estando debidamente custodiados por cinco adultos (no eran 42 alumnos, según señala la reclamante, sino 36).
- Niega que los menores permanecieran esperando el autobús en la puerta situada en una curva de escasa visibilidad. El grupo ya había salido por la única puerta de acceso que se utiliza en el polideportivo, que no está ubicada en una curva de escasa visibilidad, como acredita con las fotografías que acompaña, y se dirigían por el espacio habilitado para tal fin hacia el lugar del estacionamiento del autobús.
- La menor reaccionó de forma involuntaria o refleja ante un insecto desplazándose del grupo hacia atrás, tropezando hasta colisionar con el vehículo, sin que los maestros y sus propios compañeros pudieran impedir su caída. Fue un suceso inevitable, pues el daño no se hubiese podido prever o evitar por los profesores que han actuado con el máximo celo y diligencia, resultando imposible controlar y supervisar un movimiento instintivo y reflejo de la menor que huye del insecto.
- Se falta rigurosamente a la verdad en el escrito de reclamación en el extremo cuarto, en tanto las maestras atendieron en todo momento a la menor, incluso la tutora acompañó a la madre al centro de salud, donde se ofreció a esperarla, pero por indicación de la madre se le dijo que no era necesario, pues había avisado al padre. Destaca la intachable trayectoria profesional del equipo docente que acompañó a los menores, sin que acepte las afirmaciones relativas a la falta de atención a la alumna lesionada. Por ello, dado que la movilidad de la menor no se vio afectada, se valoró subirla al autobús por la proximidad de éste y llevarla al Colegio, desde el que se avisó a la madre, la cual, en principio, estuvo conforme con las medidas adoptadas. Finalmente interesa de la reclamante una disculpa por escrito por las falsas imputaciones que se realizan a las maestras, que han dedicado su vida a la enseñanza.
- Las profesoras no sólo atendieron a la menor en el momento del accidente sino que, posteriormente, acorde con el deseo de la niña de incorporarse a clase con la escayola, la auxiliaron físicamente para subir a las aulas, desplazarse, modificando y adecuando horarios y exámenes. Se acompaña un certificado de asistencias.
- Respecto a la indemnización que se reclama, se indica que la menor se incorporó a clase el 22 de mayo de 2006, es decir, a los pocos días del accidente, desarrollando una vida académica normal, salvo las limitaciones propias de una escayola.

Concluye que:

*“Los menores no permanecían en lugar de riesgo, se trasladaban por una zona de tránsito perfectamente habilitada para ello hacia el autobús, perfectamente custodiados y*

*fue la presencia de un abejerro lo que motivó el desasosiego de la menor, que fue la única del grupo que se salió del mismo y se desplazó queriendo ahuyentar al insecto hasta caer en el camino, hecho imprevisible que hace improsperable la reclamación de la madre”.*

Adjunta al informe las declaraciones de las profesoras que les acompañaban, de la colaboradora, y de dos padres de alumnos pertenecientes al AMPA y al Consejo Escolar, así como otros documentos (hasta un total de 18), entre ellos, las fotografías de la calzada, puerta de acceso al recinto deportivo y croquis de la ubicación de los distintos elementos que intervinieron en el suceso, con la finalidad de acreditar lo expresado en el informe precitado. También se comparte la práctica de la prueba testifical propuesta por la parte reclamante (folios 17 a 43).

Respecto a las declaraciones de las profesoras que les acompañaban, se destaca los siguiente apartados de la emitida por la tutora de la niña, x., que acompañó posteriormente a la menor al Centro de Salud:

“(…)

*3°. Que al finalizar las actividades, aún dentro del recinto, organizamos a los alumnos para la salida, advirtiéndoles que ninguno pasara la puerta (ésta es la que hay para el uso de las instalaciones) porque debían ir con las maestras hasta el aparcamiento cercano donde nos esperaba el autobús.*

*4°. Que una vez fuera del recinto y en el trayecto hacia el aparcamiento, apareció un abejerro sobre el grupo en el que iba la alumna x., que huyendo del mismo y corriendo de espaldas, se separó unos metros del grupo, e invadió la calzada por la que en ese momento pasaba un coche. La alumna se golpeó la pierna con la rueda del mismo, quedando sentada en el suelo.*

*5°. Que fue atendida en ese momento por mi misma, y que en unos segundos estábamos todas atendiéndola. Una de las maestras de Ed. Física, x. —que tiene un curso de primeros auxilios— le estuvo dando masajes con una crema. Se le observa y se ve en apariencia que no hay nada grave. Podía mover la pierna y no apreciamos herida, ni inflamación. Pese a lo cual fue llevada hasta el autobús.*

“(…)

*7°. Que una vez en el Centro se la llevó al despacho y se la acomodó mientras llegó la madre que fue inmediatamente localizada. Se le explica todo lo que había sucedido y seguidamente en mi coche llevé a la alumna y a su madre al Centro de Salud*

“(…)

*9°. Que la alumna dejó de asistir a clase únicamente una semana, del lunes 15 al viernes 19, reanudando las clases el lunes 22. Durante la semana que faltó se le enviaban las indicaciones de los trabajos que se iban haciendo. Cuando se incorporó el lunes siguiente, 22 de mayo, estuvimos unos días adaptándole los horarios, controles, grupos, etc.*

*10°. Que la niña mantuvo una actitud positiva tanto en actividades académicas, como en convivencia y relaciones, continuando la línea que había seguido en el curso y terminando éste de forma satisfactoria.*

*11°. Que estamos convencidos de haber actuado en todo momento con una sólida base humana y profesional (...).”.*

**QUINTO.-** Consta un nuevo escrito de la Directora del Colegio Público, tras comparecer en el expediente (folio 50), en el que vierte ciertas observaciones sobre documentos presentados por la reclamante, destacándose, singularmente, la realizada a la segunda de las fotografías presentadas, al advertir que la curva que aparece no estaba en el trayecto hacia el autobús, ya que el recorrido era en dirección contraria a la misma. Añade que *“los alumnos salían por la parte abierta de la puerta, giraban a su izquierda y bajaban al aparcamiento donde estaba el autobús, circulando junto al seto-pared de las instalaciones (ver croquis). En la foto no aparece a la izquierda una señal de camino cortado, situada frente a la que señala el estrechamiento de la calzada”*.

Respecto a la fotografía núm. tres indica: *“Por supuesto que el grupo no posó para un foto en el lugar donde se le hizo la alumna. La conductora del coche con el que tropezó la niña, dijo que no había visto a los niños ¿Por qué?, porque caminaban junto al seto/pared a la izquierda, que no aparece en la foto, por un ensanchamiento que se observa en el croquis”*.

**SEXTO.-** Acordada por la instructora la apertura y práctica de las pruebas propuestas por la parte reclamante el 28 de mayo de 2007, consistente en la ratificación de la documental propuesta (folio 42), así como la testifical de x., apoyada también por la Directora del centro escolar, se notifica el precitado acuerdo a las partes interesadas (folios 43). Asimismo obran en el expediente los intentos de notificación a la testigo propuesta por la reclamante (folios 45, 46, 47 y 48), por lo que se acudió al auxilio del centro educativo para practicarla, constando que fue recibida por la citada el 2 de julio de 2007 (folio 48), pero no que acudiera a las dependencias administrativas, como se le indicaba.

**SÉPTIMO.-** El 8 de junio de 2007 la instructora solicita un informe al Servicio de Inspección de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios, perteneciente a la Consejería de Sanidad, con la finalidad de conocer el alcance del daño y los días reclamados por la madre de la menor. Concretamente plantea las siguientes cuestiones a la Inspección Médica:

*“I. La diferencia entre la fisura y la fractura del peroné en una niña de 10 años a efectos de poder determinar el alcance del daño.*

*II. Si el informe médico de 21 de septiembre de 2006, del doctor x., que recoge 120 días de curación es prueba en cuanto a que sean días de inhabilitación para la menor, teniendo en cuenta lo que afirma la Directora del Centro sobre la actividad de la menor.*

*III. Si este tipo de informes corresponde efectuarlos al médico de cabecera y, en su caso, si dicho médico lo era/es de la menor.*

*IV. Se pronuncie sobre si el sistema público sanitario considera o no necesario la realización de sesiones de rehabilitación y, en cualquier caso, si el número de ellas (20 sesiones) y el precio está acorde con la lesión y las circunstancias del caso.*

*V. Si considera que la instructora debe proceder a reclamar algún documento o prueba sanitarios que, específicamente, sea de interés para la determinación y alcance del daño y deba estar en posesión de la reclamante (...).”*

**OCTAVO.-** Otorgado un trámite de audiencia a la letrada actuante, presenta escrito el 7 de agosto de 2007, en el que manifiesta que no se ha practicado la prueba testifical propuesta, interesando señalamiento con traslado a la parte para que intervenga. No obstante, el 9 de agosto siguiente se persona en las dependencias una persona autorizada, en su nombre, para retirar copia del expediente completo.

**NOVENO.-** Con fecha 22 de agosto de 2007, x., en representación de x., presenta alegaciones, en las que básicamente se destaca, haciendo abstracción de otras cuestiones que no atañen al presente expediente de responsabilidad patrimonial:

1) Que los hechos puestos de relieve en el escrito de reclamación han quedado acreditados, dando por reproducidas las alegaciones del escrito anterior en cuanto a la práctica de la prueba testifical solicitada.

2) Que las manifestaciones de la Directora del centro escolar sobre los días de curación de la menor y su tratamiento o calificación como impeditivos y no impeditivos, deben tener un tratamiento técnico que está fuera del alcance (capacidad profesional) de quien realiza las manifestaciones.

3) Que el problema no está en la señalización, sino en el hecho de que un gran número de menores eran custodiados por sólo cuatro profesores, a quienes incumbía su cuidado y vigilancia.

4) Respecto a las fotografías tres y cuatro, objeto de comentarios por la Directora del centro, señala que ponen de relieve el lugar donde ocurrieron los hechos, es decir, un lugar donde resulta que es estrecho, de reducida visibilidad, y donde era previsible que los menores pudieran encontrar automóviles, dado que no existe zona especialmente habilitada para deambulación de personas sobre una calzada exclusivamente reservada para la circulación de los autos. Se interroga con la siguiente pregunta *¿Por qué no entró ni salió del recinto el autobús, con los niños dentro, evitándose así a los mismos, cualquier riesgo?*

5) Se insiste en la falta de ayuda a la menor, limitándose a subirla al autobús, y luego entregársela a la madre que la esperaba, si bien reconoce que, ante la insistencia de la menor y su madre, *“las acercaron en coche al Centro Sanitario”*.

6) Afirma que con el informe solicitado a la Inspección Médica se están cuestionado la valía de los profesionales que la trataron. Dice que, en ningún caso, se están reclamando por días de inhabilitación.

Finalmente, solicita que se resuelva el expediente conforme a la reclamación formulada.

**DÉCIMO.-** El 12 de septiembre de 2007 tiene entrada en la Consejería consultante el informe de la Inspectora Médica de la Consejería de Sanidad (folios 68 a 71), en el que manifiesta, en síntesis: a) Que no es relevante que el diagnóstico subjetivo entre dos médicos difiera en si la fractura de la diáfisis del peroné fue completa o incompleta, dada la levedad de las mismas y el buen pronóstico en ambos casos, pues como son fracturas muy cubiertas de músculos tienen tendencia a consolidar pronto, necesitando como único tratamiento un yeso protector durante una o dos semanas; b) respecto a los días de inhabilitación, considerando aquellos que la niña no pudo realizar sus actividades habituales y necesitó asistencia sanitaria para la curación del proceso, serían los 21 días que tuvo que llevar escayola, más los 20 días que vienen referidos en el informe como de recuperación. Los 41 días coincidirían con lo fijado por el INSS (Manual Tiempos Estándar de Incapacidad Laboral) para la curación de las fracturas de peroné, establecido en 45 días para las diafisarias de peroné; c) no consta en la documentación aportada que, tras la primera valoración en el Servicio de Urgencias por traumatología, fuera seguida de forma ambulatoria en consultas externas por el especialista de zona, por lo que parece que la asistencia del proceso se realizó a nivel de su Centro de Salud, aclarando que el informe obrante en el folio 5 sobre los días totales de



curación corresponde a su pediatra; d) en cuanto a las sesiones de rehabilitación señala que “una fractura de estas características suele consolidar sin secuelas y sin precisar posteriormente tratamiento rehabilitador”; en todo caso son ofertadas por el sistema público en su cartera de servicios, previo informe de un facultativo.

**UNDÉCIMO.-** Del anterior informe se dio traslado a la parte reclamante (folios 72 y 73), sin que conste que formulara alegaciones, tras lo cual la instructora recaba de la Concejalía de Deportes del Ayuntamiento de Murcia información sobre el aparcamiento sito junto al Estadio de Atletismo, indicando el jefe de instalaciones deportivas de la citada Corporación que el Ayuntamiento únicamente es titular del estadio, correspondiendo el parking a la Universidad de Murcia, así como la señalización viaria existente en el recinto universitario (folio 80).

**DUODÉCIMO.-** La propuesta de resolución, de 20 de febrero de 2008, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial alcanzando la conclusión de que no concurre el nexo causal entre el funcionamiento de la actividad docente y el daño, ni tampoco cabe apreciar la antijuridicidad del mismo.

**DECIMOTERCERO.-** Con fecha 29 de febrero de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación ha sido formulada por persona que ostenta y acredita la representación legal de la menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, el Colegio Público Ciudad de la Paz de El Palmar (Murcia) pertenece al servicio público de educación de la Comunidad Autónoma, correspondiendo la resolución del presente expediente a la Consejería consultante. No obstante, se advierte que la reclamante no ejercita la acción también frente al Ayuntamiento de Murcia, en su condición de titular de la instalación, ni frente a la Universidad de Murcia, como titular del aparcamiento y responsable de la ordenación viaria, por lo que el presente expediente se contrae exclusivamente a las labores encomendadas al centro público escolar y no a otras cuestiones que atañen a la ordenación urbanística y viaria.

En cuanto al plazo para su ejercicio, la acción se ha interpuesto dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

Por último, el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales esenciales.

No obstante, al haberse reiterado en el escrito de alegaciones por la parte reclamante la práctica de la prueba testifical, deberían recogerse en la propuesta de resolución las razones por las cuales no se ha podido practicar, pese a ser admitida por la instructora (folio 49) y los intentos de notificación a la testigo para que compareciera ante el órgano instructor (folios 45, 46 y 47), que fructificaron finalmente el 2 de julio de 2007 (folio 48), cuando recepciona el oficio, pero sin que haya comparecido en el plazo que se le indicaba. En todo caso se consideran suficientemente acreditados los hechos en cuestión.

**TERCERA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.**

Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, en cuanto a los daños acaecidos en centros públicos, este Consejo Jurídico ha razonado que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de los servicios públicos, con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el sistema de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplando en nuestro ordenamiento jurídico (por todos, Dictamen núm.134/04). Por tanto, como dice la SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, de 2 de julio de 2002, tratándose de perjuicios derivados de sucesos ocurridos en centros escolares, no todo hecho productor de daños pueden imputarse al funcionamiento del servicio, sino que es necesario que sean atribuibles como propios e inherentes a alguno de los factores que lo componen: función o actividad docente, instalaciones o elementos materiales y vigilancia o custodia, y no a otros factores concurrentes ajenos al servicio.

La reclamante imputa al servicio público docente *culpa in vigilando*, en una doble vertiente: insuficiencia del número de profesoras para la vigilancia de 42 alumnos de 5º de Primaria y su permanencia en la puerta de entrada a las instalaciones deportivas, que se encuentra situada en una curva de visibilidad reducida y con estrechamiento de calzada, a la espera de la llegada del autobús, sin ninguna vigilancia y cuidado. De otra parte, refiere denegación de auxilio a la menor, tras producirse el percance “*pese a las quejas de dolor de la menor, las profesoras la instaron a que subiera al autobús, sin comprobar su estado, ni llevarla a un centro médico alguno. De hecho, la menor fue dejada en su centro escolar y llevada a centro médico por su madre y reclamante al percatarse del estado que presentaba, y que resultaba más que evidente, de hecho fue escayolada en urgencias*”.

Sin embargo, la instrucción seguida en el presente expediente ha permitido probar que ni hubo *culpa in vigilando*, ni se produjo omisión de ayuda a la menor tras el percance, muy

al contrario se le prestó la atención debida a la niña, como refieren todos los testimonios obrantes en el expediente.

I. Funcionamiento del servicio público docente y la relación de causalidad con el daño alegado.

Acreditada la realidad de un daño, aunque no su extensión y cuantía, como posteriormente se indicará, es presupuesto para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional determinar si el daño es imputable a ésta, en las concretas imputaciones formuladas por la parte reclamante:

1º) *Culpa in vigilando.*

La actividad escolar de que se trata consistía en la práctica de atletismo en el Campus Universitario de la UMU (pista Monte Romero) el 12 de mayo de 2006 (salida a las 9,30 h. y llegada a las 13,45 h. al centro escolar), prevista para los alumnos de 5º de Primaria, dentro de la programación de actividades complementarias y extraescolares del área de Educación Física. Nota destacada es que se trata de una actividad voluntaria, autorizada por la madre de la menor y aprobada por el Claustro y el Consejo Escolar, que se había desarrollado en años anteriores sin percances. El desarrollo de la actividad transcurrió con total normalidad, en la forma descrita en los folios 13 y 14 del expediente, puesto que el accidente sucedió cuando ya había finalizado la práctica deportiva y los alumnos se disponían a regresar al autobús.

a) Sostiene la reclamante que en la actividad deportiva, en la que participaban 42 alumnos, sólo se encontraban custodiándolos 4 profesoras (dos de educación física y otras dos correspondientes a los cursos de 5ºA y B).

Sin embargo, se encuentra acreditado en el expediente que no fueron 42, sino 36 los alumnos de 5º de Primaria que se inscribieron voluntariamente para realizar esta actividad extraescolar deportiva y, además de las 2 tutoras de 5º de Primaria y las dos profesoras de educación física, también les acompañaban, en calidad de colaboradora, otra profesora de educación física, antigua alumna del colegio. Es decir, un total de 5 adultos profesionales, lo que supone una ratio de 7 alumnos de 10 años, aproximadamente, por profesora. Por el contrario, no consta acreditada la afirmación de la instructora (folio 91) de que también asistieran padres de alumnos pertenecientes al AMPA.

En todo caso el Consejo Jurídico coincide con la Directora del Colegio Público en la idoneidad y proporcionalidad de los medios personales, como señala la propuesta de resolución, considerando las edades de los alumnos, el número de participantes de la actividad extraescolar (36 alumnos) y el número de profesores asignados (5), así como que dicha actividad se ha desarrollado en años anteriores, sin que hubieran ocurrido incidentes (folio 17, apartado III).

b) La segunda imputación de la reclamante, consistente en la falta de vigilancia de los alumnos cuando se encontraban en un sitio nada apropiado para esperar al autobús, tampoco ha sido probada; muy al contrario se ha acreditado en el expediente que los alumnos estaban organizados en grupos, que iban acompañados por las profesoras y que el trayecto entre la puerta de la pista deportiva al aparcamiento, donde se encontraba estacionado el autobús, no implicaba ningún riesgo adicional para los alumnos, como se acredita en precedentes actuaciones e implícitamente reconoce la interesada, al indicar la Directora del centro escolar que la menor ha vuelto a inscribirse para realizar una actividad similar en el mismo lugar (Antecedente Cuarto).

Así se deduce de la versión sobre la forma en que se produjo el percance declarada por las 5 profesoras que acompañaban a los alumnos, que no ha sido contradicha por la reclamante en el escrito de alegaciones, pese a que cuestiona su versión inicial acerca de que los menores se encontraba en la puerta de las instalaciones esperando la llegada del autobús.

En efecto, como detallan dichas declaraciones y corroboran también las de los padres de alumnos participantes, con la información transmitida por sus hijos (folios 29 y 30), los alumnos no esperaban en la puerta al autobús, como sostiene la reclamante, sino que se trasladaban, organizados por grupos, por un sendero junto a un seto-pared de las instalaciones, hacia el autobús que se encontraba estacionado en el aparcamiento, según el croquis que describe el trayecto (folio 37), a través de una zona de ensanchamiento que se advierte en aquél y también se aprecia en las fotografías aportadas por el centro escolar (documento núm. 13); en tal sentido, señala la Directora (folio 18) *“que se dirigían por el espacio habilitado a tal fin hasta el lugar del estacionamiento del autobús”*; en consecuencia, los alumnos iban en sentido contrario al tramo que reflejan las fotografías aportadas por la reclamante, en las que efectivamente se aprecia la curva con escasa visibilidad, pero no traslucen, en realidad, cuál era la dirección que seguían los alumnos acompañados por los profesoras. Conviene destacar, asimismo, que el camino asfaltado que da acceso al aparcamiento, donde sucedió el percance, es un carril interno del Campus Universitario, que apenas tiene tránsito de vehículos -como demuestra el hecho de que la menor pudiera estar colocada en medio de la calzada para que se captara su imagen en el lugar, según fotografías aportadas por la reclamante-, y donde la velocidad de los vehículos que acceden es reducida, como el que produjo el percance.

Sobre la causa que motivó el accidente, la interesada sostiene en su escrito de reclamación que *“la menor resultó golpeada por un vehículo a la salida de la curva”*, de lo que podría inferirse bien que éste invadió el lugar donde estaban los niños, bien que los niños estaban ubicados de forma que invadían el camino asfaltado; sin embargo, se ha acreditado en el expediente que ninguna de las dos posibles interpretaciones se dieron: desde el inicio, el parte escolar ya contiene la descripción de las circunstancias por las que se produjo el tropiezo de la menor con la rueda trasera izquierda del vehículo, que transitaba a poca velocidad, habiendo quedado probado que se debió a una reacción imprevista de ella (en décimas de segundo, refiere la Directora en el folio 18, y otras profesoras, por ejemplo, en el folio 24), que se salió de la fila, debido a que un abejorro revoloteaba cerca, huyendo de espaldas para ahuyentarlo y se abalanzó a la parte trasera del vehículo que circulaba en aquel momento, rozando su pierna con la rueda y quedándose sentada. Conviene destacar que las profesoras habían advertido a los alumnos, momentos antes, respecto al insecto, que lo mejor era dejarlo tranquilo y que no se salieran de la fila (folios 14 y 29):

*“En la puerta de salida, algunos alumnos y maestras se dan cuenta que un abejorro revolotea por encima del grupo, los alumnos comienzan a hacer aspavientos, se aconseja que lo mejor es dejarle tranquilo. Al llegar el insecto a la alumna x. esta retrocede de espaldas, manoteando con el abejorro, en dirección a la calzada, por lo que en ese momento pasaba un vehículo a poca velocidad, con el que la niña choca con la rueda trasera del coche, quedando sentada en el suelo. Este incidente ocurre en décimas de segundo”.*

Son varios los testimonios existentes sobre la reacción nerviosa e inesperada de la niña pese a las advertencias (folio 23). En tal sentido conviene destacar el testimonio de una compañera, recogido en la declaración de su padre (folio 30): *“En un momento determinado un insecto de gran volumen revoloteaba alrededor de la niña x., la cual empieza a agitarse*

*huyendo del insecto, y un niño llamado x., se percató de la llegada del vehículo e intenta cogerla advirtiéndole a x. la proximidad del vehículo, haciendo caso omiso y negándose a que su compañero la cogiese”.*

Conviene advertir que si los alumnos hubieran estado situados en una situación de riesgo, o invadiendo el camino, la conductora se habría percatado del grupo, en atención al número y al lugar que refleja la reclamante con su hija escayolada (fotografía núm. tres en el folio 6); sin embargo, en el informe complementario de la Directora (folio 14) se recoge el testimonio de la conductora que indica que *“no había visto a los niños, ni notado nada”*, corroborando lo indicado por aquélla, acerca de que se dirigían por el lugar habilitado a tal fin hacia el estacionamiento del autobús (sendero cerca del vallado), en dirección al aparcamiento, sin invadir el camino asfaltado.

2º) Omisión de ayuda tras el percance.

Frente a lo manifestado en el escrito de reclamación en tal sentido (*“pese a las quejas de dolor de la menor, las profesoras le instaron a que subiera al autobús, sin comprobar su estado, ni llevarla a un centro médico”*), queda suficientemente acreditado en el expediente que las profesoras se volcaron en la asistencia a la menor, que actuaron con prudencia tras el percance y que facilitaron *a posteriori* la integración de la alumna en las tareas escolares.

Así se infiere de los testimonios existentes, destacándose el de su tutora x., quien relata:

*“Que fue atendida en ese momento por mi misma, y que en unos segundos estábamos todas atendiéndola. Una de las maestras de Ed. Física, x. —que tiene un curso de primeros auxilios— le estuvo dando masajes con una crema. Se le observa y se ve en apariencia que no hay nada grave. Podía mover la pierna y no apreciamos herida, ni inflamación. Pese a lo cual fue llevada hasta el autobús.*

*Que una vez en el Centro se la llevó al despacho y se la acomodó mientras llegó la madre que fue inmediatamente localizada. Se le explica todo lo que había sucedido y seguidamente en mi coche llevé a la alumna y a su madre al Centro de Salud (...).”*

También el de x., profesora de Educación Física, quien refiere:

*“Inmediatamente acudimos en su auxilio, le levantamos el pantalón y observamos que la pierna no presentaba ninguna apariencia de lesión; ni rasguños, ni sangre, ni enrojecimiento, ni inflamación ni, por supuesto, apariencia de fractura. Quiero aclarar que mi actividad docente la vengo desarrollando desde 1983 y desde 1990 como especialista en Educación Física y que lo que observé en la alumna no presentaba ninguna gravedad aparente. Además no sólo hablo de mi apreciación, sino que el resto de las maestras, también con mucha experiencia, estuvo de acuerdo tras observarle unos minutos, en que la lesión no era una emergencia y, después de echarle agua y aplicarle una crema antiinflamatoria para evitar que pudiera inflamarse posteriormente, decidimos que la subiéramos al autobús, que se encontraba muy cerca y que en unos 15 minutos aproximadamente, que tardaríamos en llegar a El Palmar, avisaríamos a sus padres para trasladarla al centro de salud, en el caso de que la niña continuara manifestando alguna molestia.*

(...)

*La compañera x. la ayudó en el traslado al autobús, donde se sentó a su lado colocándole la pierna en alto y estuvo pendiente exclusivamente de ella durante el trayecto a El Palmar.*

*Al llegar al Colegio, yo personalmente entré al despacho de la dirección, informé a la Directora de lo ocurrido e inmediatamente cogí el teléfono y avisé a la madre, mientras sentábamos a la niña en uno de los sillones del despacho. La madre vino rápidamente y al ver a la niña no manifestó ninguna alarma, puesto que aunque la alumna lloró un poco al verla, enseguida se tranquilizó.*

*La tutora, x., se ofreció a llevar a la niña en su coche al centro de salud que está al lado del Colegio. Se la acompañó hasta el coche siendo ayudada en todo momento.*

*Durante las horas siguientes, ya desde mi domicilio, llamé varias veces para interesarme por el diagnóstico del médico (...).*

Y el de la profesora de Educación Física, x., quien manifiesta:

*“(...) Vi a una alumna auxiliada por x., inmediatamente y de forma controlada agrupamos a los alumnos las demás maestras, yo me uní a la atención de la alumna lesionada, la tranquilizamos y observamos que no había ninguna señal aparente de gravedad, no obstante, la ayudé con otra compañera para que no apoyase la pierna y la llevamos hasta el autobús. Ya en el interior del mismo la acomodamos en un asiento sentándome con ella. Durante el viaje de vuelta, que duró aproximadamente unos 15 minutos, la niña no mostró signos evidentes de dolor; al contrario, nos estuvimos riendo, porque me explicó lo que había sucedido, comentándome que pensaba que el abejerro le iba a picar, por lo que se desplazó del grupo para evitar su picadura”.*

Sobre la actuación ulterior del profesorado cuando la alumna se incorporó a clase, está suficientemente descrita en el Antecedente Cuarto, que reproduce parte del informe de su tutora.

En consecuencia, el Consejo Jurídico no aprecia en el presente expediente ni la concurrencia de *culpa in vigilando*, en las dos vertientes indicadas, ni la omisión del deber de ayuda tras producirse el percance. Por lo demás, dadas las circunstancias del caso, no era previsible que ocurriera un accidente como el que se produjo (Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, núm. 482/2004, de 21 de octubre), ni exigible una conducta distinta a las profesoras, resultando imposible controlar un movimiento instintivo y reflejo de la alumna, que huye repentinamente de un insecto, frente a las advertencias de la profesora.

Por tanto, conforme a la tesis de la causalidad adecuada sostenida por la doctrina administrativa (por todas, STS, Sala 3ª, de 5 de junio de 1998), si la concurrencia del daño no era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, no existe relación de causalidad ni deber de indemnizar.

#### **CUARTA.- Cuantía indemnizatoria.**

La reclamante solicita una indemnización de 4.830 euros, correspondiente a 41 días improductivos y 79 no improductivos, más gastos de fisioterapia (300 euros), cuyas partidas sumarían 5.130 euros, aunque por error se cuantifica en el escrito de reclamación en 5.330 euros.

La propuesta de resolución no se pronuncia sobre la cuantía indemnizatoria, al no apreciar la concurrencia de los restantes requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.

Respecto a las indemnizaciones por incapacidad de los escolares, el Consejo Jurídico ha considerado, con carácter general, como días improductivos (por todos, Dictámenes 144/2004 y 72 y 177 del año 2006) los que los menores no pueden asistir a clase, frente a los considerados como no improductivos, en los que los alumnos asisten a clase aunque con molestias; no obstante, habrá de estarse al caso concreto, pues la asistencia a clase con intensas dificultades también se ha equiparado a días improductivos por el Consejo Jurídico (Dictamen núm. 78/2007).

En el presente caso se ha acreditado que la alumna se incorporó con escayola a la actividad escolar el 22 de mayo de 2006, adaptándole el centro los horarios y controles, dejando de asistir a clase durante una semana (se le enviaron las indicaciones de los trabajos que se iban haciendo), y que continuó con la línea que había seguido en el curso, terminándolo de forma satisfactoria (folios 22, 34 y 35).

Partiendo de tales datos y de los suministrados por la Inspección Médica (folio 69) sobre la fractura de la diáfisis de peroné y el periodo en el que la niña no pudo realizar sus actividades habituales y necesitó asistencia sanitaria para su curación, los 21 días que la menor tuvo que llevar la escayola coincidirían con el concepto de improductivos, más otros 20 como no improductivos, referidos en el informe del pediatra de la menor como de recuperación, coincidente aproximadamente con el periodo estándar de incapacidad editado por el INNS, que lo fija en 45 días para las citadas fracturas.

De otra parte, las cuantías que se reclaman por los días improductivos se consideran excesivas (60 euros por día) cuando, por ejemplo, a efectos indicativos, el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación correspondiente al año en que se produjo el accidente (Resolución de 24 de enero de 2006), sin perjuicio de su actualización ulterior, establece para los improductivos sin hospitalización, como aconteció en este caso, la cantidad de 49,03 como indemnización diaria y para los no improductivos 26,40 euros, frente a los 30 euros diarios reclamados.

En consecuencia, el Consejo Jurídico considera excesivos tanto los días como las cuantías reclamadas que, de proceder, deberían acomodarse, a lo indicado con anterioridad.

Respecto a los gastos de fisioterapia (300 euros), no se ha acreditado en el expediente que dicho servicio no pudiera ser suministrado por la sanidad pública, según refiere la Inspección Médica.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al no concurrir los elementos necesarios para su determinación.

**SEGUNDA.**- Tampoco aparece justificada la cuantía indemnizatoria reclamada, por las razones que se recogen en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá

**DICTAMEN 118/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 02/07/08**

**Extracto de Doctrina**

*Debe aclararse un extremo que, en principio, puede parecer contradictorio a la vista de algunos de los informes periciales emitidos, en cuanto señalan, por una parte, que lesiones neurológicas como la del caso son complicaciones “relativamente frecuentes” en este tipo de intervenciones quirúrgicas y, por otra, que, en el caso concreto, la lesión se debió a una eventualidad “imprevisible” debido a que, analizados los factores de riesgo conocidos que pueden dar lugar a esta clase de complicaciones, se concluye que, o no concurrían en el caso de que se trata, o se pusieron los medios conocidos para evitar la producción de tales daños. Si partimos de la base de que, como se dijo en la Consideración precedente, la obligación médica es de medios y no de resultados, lo que quieren señalar los citados informes es que los facultativos actuantes pusieron los medios adecuados para evitar y, en su caso, minimizar, aquellas situaciones de riesgo que, según el estado de la ciencia y técnica sanitarias, son conocidos como potenciales causantes de las reseñadas complicaciones; de tal modo que, de materializarse finalmente el riesgo, como resultó, éste resultaba inevitable (no propiamente “imprevisible”, pues las medidas adoptadas demostraban lo contrario), ya que no puede ser impedido en todo caso.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante escrito presentado el 23 de diciembre de 2004 y dirigido al Servicio Murciano de Salud (SMS), x. formuló una reclamación indemnizatoria por daños sufridos a consecuencia de un anormal funcionamiento de los servicios sanitarios regionales. Según la reclamante, en el mes de julio de 2003, el Dr. x., del Servicio de Ginecología del Centro de Especialidades “Dr. Quesada”, le diagnosticó útero miomatoso, decidiéndose como tratamiento una intervención quirúrgica de histerectomía abdominal con doble anexectomía. Tras las pruebas preoperatorias, fue intervenida el día 12 de noviembre de 2003 en el Hospital “Morales Meseguer”, de Murcia. Inmediatamente después de la intervención, al iniciar el postoperatorio en planta, notó una importante debilidad en el pie derecho, sensación de “hormigueo”, de frío y dolor, no encontrándose capacitada para la bipedestación y deambulación esta circunstancia fue puesta en conocimiento del personal médico, en particular de la Dra. x. (Ginecóloga del Equipo Médico del Dr. x.) quien, pese a su estado, propuso darle el alta el día 15 siguiente. El Dr. x. procedió a darle el alta hospitalaria en tal fecha, sin dictaminar un diagnóstico que explicara los síntomas que mostraba y la incapacidad funcional en el pie derecho. En el informe de alta tampoco se hizo referencia a la parestesia e impotencia funcional del pie derecho.

El 26 siguiente presentó al hospital un escrito de reclamación, habiendo recibido del mismo, como contestación, un informe del Dr. x. reconociendo por primera vez la patología en el pie derecho y las pruebas realizadas hasta la fecha. El 25 de noviembre y 16 de diciembre de 2003 se le practicaron dos electromiografías (EMG), de las que resultó que el cuadro patológico respondía a una lesión producida en las fibras nerviosas a nivel de



segmento L5-S1, causada durante el acto quirúrgico y debida, según afirma, a un descuido o actuación negligente del personal facultativo que la atendió.

Continúa señalando que desde que le fue diagnosticada la lesión ha venido recibiendo tratamiento neurológico y rehabilitador en consultas externas del citado Hospital. Con fecha 16 de junio de 2004 se le realizó otra EMG, en la que se observa cierta mejoría sobre su estado inicial, por ausencia de signos de enervación en musculatura explorada y aparición de reflejo H bilateral, aunque mostrando asimetría de amplitud. El 28 de julio de 2004 le fue dada el alta de la incapacidad temporal por la que estaba de baja laboral, con diagnóstico de *“mejoría que permite trabajar”*.

Sin embargo, como consecuencia de la lesión, a fecha 30 de septiembre de 2004 padece una secuela de carácter permanente, que le produce una impotencia funcional importante, con pérdida de sensibilidad en el pie derecho que le dificulta para la bipedestación y deambulación prolongada, con ligera claudicación a la marcha, para subir y bajar escaleras, la sustentación con pesos medianos y la conducción de vehículos. Además, señala que desde que fue intervenida permaneció en situación de baja por incapacidad temporal durante 260 días improductivos para trabajar y 64 días no improductivos.

Por todo ello, solicita una indemnización de 69.361'28 euros, que desglosa por conceptos y con referencia al sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 9 de marzo de 2004). En síntesis, la indemnización comprende 54.252'36 € por lesiones permanentes y 15.108'92 € por incapacidad temporal.

**SEGUNDO.-** La Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud resolvió admitir a trámite la reclamación, lo que se notifica a las partes interesadas, entre ellas la aseguradora del SMS, x.

Asimismo, se solicitó al Hospital *“Morales Meseguer”* copia de la historia clínica de la reclamante e informes de los facultativos que la atendieron.

**TERCERO.-** Mediante oficio de 21 de abril de 2005, el Director Gerente del citado hospital remitió la siguiente documentación:

— Copia compulsada y foliada de la historia clínica obrante en dicho Centro relativa a x.

— Informes emitidos por el Dr. x., de 5 de diciembre de 2003 y 20 de abril de 2005, y por el Jefe de Sección de Neurología Dr. x., de 17 de Febrero de 2005.

— Copia del expediente tramitado en ese Centro ante el Servicio de Atención al Usuario como consecuencia de la reclamación interpuesta en su día por x.

De dicha documentación se destaca lo siguiente:

— Informe del Dr. x., de 5 de diciembre de 2003, que expresa lo que sigue:

*“Como continuación al informe emitido en el alta hospitalaria de la paciente referenciada, intervenida el día 12-11-03, con diagnóstico de Útero miomatoso, de Histerectomía Abdominal con doble Anexectomía, le informo que la intervención transcurrió sin incidencias.*

*Al día siguiente de la intervención, 13-11-03 (primer día postoperatorio), la paciente nos comunica que no puede realizar la bipedestación y que tiene dolor en el pie derecho con trastornos de sensibilidad.*

*El día 14-11-03, en el transcurso de la visita de planta y a consecuencia de que la sintomatología persistía, se cursó hoja de consulta a neurología, ya que apuntaba a un cuadro sintomático neurológico y habíamos descartado otro origen. El especialista en neurología prescribe una ecografía que descartara hematoma pélvico y electromiografía que aclarara el cuadro neurológico.*

*El día 15-11-03 se le da el alta hospitalaria a la paciente, estando pendiente de las pruebas diagnósticas de su cuadro en pie derecho, ya que su estado general, y con relación a su histerectomía, lo permitía.*

*El día 16-11-03, domingo, se le llamó telefónicamente (Dr. x.) para interesarse de sus circunstancias médicas.*

*El día 18-11-03 se le evacúa consulta en el Centro de Especialidades y, enterados de ciertas dificultades que había tenido la paciente para realizarse la ecografía prescrita, se le realiza en el mismo momento (ecografía endovaginal, detectándose sonolucencia superficial mínima en zona de cicatriz), dándosela a la paciente para mostrar al neurólogo. En el mismo día, se hace visitar por el neurólogo del centro, quien le prescribe una electromiografía y le instaura el tratamiento que estimó oportuno.*

*La paciente, que en todo momento ha estado informada verbalmente, me mostró su deseo de querer ser atendida en neurología del Hospital Morales Meseguer. Como consecuencia de ello y debido a la demora de un año que nos indicaban en la C.S. para practicarle la electromiografía, me puse en contacto tanto con el servicio de Neurofisiología como de Neurología y le concertamos las dos consultas pertinentes.*

*Se le explicó a la paciente todas las circunstancias profesionales para llegar al diagnóstico y se le facilitó un teléfono móvil de contacto (Dr. x.).*

*El día 20-11-03 se le pasó consulta en el Centro de Especialidades y se le facilitó: A) Consulta con electromiografía en HMM en cuatro días y B): consulta con el Dr. x., tras la electromiografía.*

*En la actualidad, 5-12-03, está pendiente de la 2ª electromiografía, que será en torno al día 16-12-03 y de la consulta en neurología, que será aproximadamente el día 19-12-03. La paciente está en tratamiento desde el día 18-11-03 en que fue visitada por el neurólogo del Centro de Especialidades Dr. Quesada”.*

— Informe del Dr. x. de fecha 20 de abril de 2005, que señala:

*“En relación a la documentación que me envían por FAX, concerniente a la reclamación hecha por x., tengo que reiterarme en todo el contenido de mi respuesta a la Sra. Directora médica en la fecha que Vds. ya conocen.*

*Reflexionando al respecto del asunto en esta fecha, encuentra (la reclamante, se entiende) una actitud de manifestar abandono en cuanto se refiere al alta médica, cuando es más cierto que por mi gestión personal se le adelantaron todas aquellas pruebas necesarias para llegar a un diagnóstico pronto sobre la afectación de la paciente. Con mirar las fechas de las EMG del 25-11-03 y del 16-12-03, podría quedar en evidencia.*

*Bajo el punto de vista ginecológico no se demoró el alta, por estar el procedimiento concluido. A instancias de los Servicios pertinentes, que tendrían que intervenir en el diagnóstico de su afectación, no había causa para su permanencia hospitalaria.*

*Es dudoso que por la técnica quirúrgica se pueda concluir directamente con que las posibles lesiones de la paciente tengan relación causa-efecto.*

*En todo caso, reitero que a esta paciente que resultó dañada por los motivos que fueran, y que incluso podrían ser relacionados con patologías existentes previamente, se le dispensó un trato por mi parte especialmente personalizado y escrupulosamente profesional. Quiero insistir sobre todo en el no abandono que manifiesta la paciente, como está acreditado en el Servicio de EMG y en el de Neurología”.*

— Informe de 17 de febrero de 2005 del Dr. x., de Consultas Externas de Neurología, en el que manifiesta:

*“Mujer de 48 años de edad, con antecedentes de cirugía de ligadura de trompas hace muchos años, cirugía de apéndice 1993 y de cistitis frecuentes. El día 12-11-03 se practicó histerectomía abdominal con doble anexectomía por útero miomatoso, bajo anestesia general.*

*Dos días tras la cirugía, precisó valoración por Neurología, a petición de Ginecólogo, ya que la paciente refiere sensación de frialdad, adormecimiento y menor movilidad de todo el pie derecho, acompañada de imposibilidad para mantenerse de pie. La exploración física objetivó debilidad clara de la flexión dorsal y plantar del pie derecho, hipoestesia de la cara anterior de la pierna y el pie, así como abolición de los reflejos aquileos.*

*Quedó pendiente de control de ecografía ginecológica, que se hizo días después en el Ambulatorio, sin resultados patológicos. También se solicitó EMG, que se ha realizado los días 25.11 y 16.12, concluyendo radiculopatía anterior L5-S1 derecha y radiculopatía posterior S1 derecha, de grado leve-moderado, en estadio agudo.*

*Clínicamente la paciente ha presentado síntomas sensitivos en la planta del pie, dolor a punto de dedo en el puente de dicha planta y en menor grado en la cara dorsal del pie. Persiste la sensación de frialdad. Gradualmente mejoró la movilidad de la flexión y extensión del pie derecho, siendo revisada en esta Consulta en Dic. '03, durante el año 2004 y en Feb '05.*

*Durante este tiempo ha mejorado sólo parcialmente y su clínica actual, que parece establecerse como crónica, viene condicionada por:*

- *Sensación de adormecimiento del pie derecho.*
- *Dificultad para caminar por torpeza con dicho pie, sensación de que le “pesa y lo arrastra”.*
- *Especial sensibilidad dolorosa en la planta del pie*
- *Empeoramiento de la clínica con ejercicio físico, como conducir o caminar.*

*Exploración Física: Mantiene los datos comentados en el último informe, con arreflexia aquilea derecha y dificultad para la dorsiflexión del pie derecho.*

*Ha seguido tratamiento con Nervobión y Neurontin, por temporadas. También ha sido valorada en Rehabilitación y en la Unidad de Columna.*

*Se le ha practicado RMN de columna lumbar, que informa de signos de discopatía L3-L4 y L4-L5, con pequeña protusión L4-L5 (última realizada en Oct'04).*

*También se ha realizado control de EMG, que informa de lesión L5-S1 moderada y crónica, derecha.*

JUICIO DIAGNÓSTICO:

— *RADICULOPATÍA CRÓNICA L5-S1 DERECHA, DE GRADO MODERADO*”.

**CUARTO.-** Mediante oficio de 25 de mayo de 2005 se otorga trámite para la proposición y práctica de pruebas, presentado la reclamante el 8 de junio siguiente un escrito en el que propone la documental ya incorporada al expediente, así como, entre otros documentos, los siguientes:

— Resolución de ISSORM, de fecha 24 de noviembre de 2004, de reconocimiento del 35% de grado de minusvalía.

— Partes médicos de la Seguridad Social, de baja laboral por incapacidad temporal por contingencias comunes.

Además, aporta los siguientes informes periciales:

— Informe Médico Legal del Dr. x., médico Ortopédico y Rehabilitador, de 30 de octubre de 2004, en el que, tras exponer los antecedentes y examinar a la paciente, expresa lo siguiente:

“Diagnóstico:

— *Radiculopatía L5-S1 derecha.*

— *Radiculopatía posterior S1 derecha de grado leve a moderado en estado agudo de evolución (EMG 16/12/2003)*

— *Discopatía L3-L4.*

— *Discopatía L4-L5.*

— *Pequeña Protusión Discal L4-L5 (RMN 13/01/04).*

CONSIDERACIONES MÉDICAS

*Consideramos incapacitada a la paciente para la deambulación y bipedestación prolongada, subir escaleras y realizar ejercicios como carreras y saltos etc.*

*Estas lesiones en la actualidad, son: permanentes, irreversibles y sin tratamiento”.*

— Informe de 27 de enero de 2005 de los doctores x, y., especialistas en valoración de discapacidades y daño corporal, en el que, tras exponer los antecedentes y la patología actual de la reclamante, expresan lo siguiente:

*“La paciente fue intervenida con fecha 12-11-03 por útero miomatoso, sin incidencias.*

*El día 13-11-03 empezó con cuadro compatible con radiculopatía aguda, extremo que se confirmó posteriormente con las pruebas oportunas.*

*La estabilidad lesional se obtuvo a fecha 28-12-04, estando el proceso en estadio de secuelas.*

*La lesión no guarda relación directa con la intervención realizada, siendo atribuible a maniobras intempestivas en el proceso de manipulación del paciente.*

*En la actualidad y tras 410 días de tratamiento resta como secuela definitiva la existencia de radiculopatías L5-S1, moderadas y crónicas”.*

— Informe, sin fecha, del Dr. x., Jefe de Unidad de Electrofisiología del Hospital Clínico y Provincial de Barcelona, del que se destaca lo siguiente:

*“Los signos de discopatía, protrusiones discales y artropatía degenerativa en la columna lumbar se observan con bastante frecuencia en pacientes sin sintomatología de radiculopatía. Por otra parte, el examen radiológico de esta paciente no muestra alteraciones en los agujeros de conjunción ni en el canal raquídeo, lo cual hace improbable que se pueda atribuir su sintomatología a una lesión radicular.*

*La secuencia temporal de las alteraciones detectadas en las exploraciones electromiográficas es compatible con una lesión producida de manera aguda durante el acto quirúrgico, ya que en el primer examen no se observaron potenciales de fibrilación y en el segundo sí (los potenciales de fibrilación aparecen pasados más de 20 días de la lesión). Ya que las alteraciones óseas de la columna vertebral no parecen ser lesiones agudas, creo que debe concluirse que la denervación de los músculos de las extremidades inferiores no puede explicarse por las alteraciones estructurales de las vértebras lumbares.*

*Los datos del estudio electromiográfico de 16/6/2004 son muy escasos, pero indican la aparición de la onda H y, por lo tanto, sugieren un cierto grado de reinervación, que se confirma (con mejoría) en la exploración última de diciembre del 2004.*

*El pronóstico dependerá del grado de lesión que hubo y del mecanismo por el que se produjo la lesión, que no parecen ser conocidos. Creo que el que podría contestar en este sentido con mayor certeza es el cirujano que la operó, aunque a veces hay lesiones durante actos quirúrgicos que no se sabe cómo se producen. Mi sospecha es que se pudo producir isquemia del nervio (o plexo) por compresión o cauterización de algún vaso. En este caso no creo que la anestesia haya podido ser responsable de lesión ya que fue anestesia general. La movilización de la paciente (o mejor, su inmovilización durante el tiempo del acto quirúrgico) pudiera haber contribuido a la lesión por compresión sobre el plexo lumbosacro. Esto puede ocurrir cuando el nervio ciático atraviesa el músculo piriformis y nosotros lo hemos vivido en pacientes delgados que han estado sentados durante largo tiempo.*

#### **OPINIÓN SOBRE EL TRATAMIENTO PRESCRITO.**

*En la fase inicial de su sintomatología se prescribieron antiálgicos, lo cual parece apropiado ya que la paciente refería dolor y se sospechaba una lesión neurógena. Posteriormente se prescribió rehabilitación que también parece adecuado para reactivar la musculatura afectada.*

#### **OPINIÓN SOBRE EL PRONÓSTICO.**

*El pronóstico dependerá del grado de lesión que hubo y del mecanismo por el que se produjo la lesión, que no parecen ser conocidos.*

*De todos modos, en el registro electromiográfico se habla de trazados incompletos, sugiriendo que hay una cierta actividad de unidades motoras. Teniendo en cuenta además, que ha reaparecido la onda H a los 8 meses de la supuesta lesión, es posible concluir que la paciente podrá mejorar todavía en cuanto a su función motora. La sensibilidad es más difícil de recuperar.*

## CONCLUSIONES FINALES

*Mi opinión es que se trata de un caso de lesión focal parcial de nervios periféricos, plexo lumbosacro (más probablemente) o raíz, producida en el curso del acto quirúrgico y probablemente de causa compresiva o isquémica. No veo que los hallazgos de la resonancia nuclear magnética sean relevantes para explicar la causa de los síntomas de la paciente. La paciente puede todavía esperar un cierto grado de recuperación funcional, aunque moderado”.*

— Informe, sin fecha, del Dr. x., Director del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Instituto Municipal de Asistencia Sanitaria de Barcelona, del que se destaca lo siguiente:

### *“OPINIÓN SOBRE EL PROCESO DIAGNÓSTICO.*

*En primer lugar la exploración física es primordial en el posible diagnóstico de la paciente. Sin embargo, refiere una dificultad para caminar inicial poco compatible con una afectación S1, por lo que no puede descartarse que la lesión inicial fuera periférica a nivel del nervio ciático poplíteo externo en algún punto de su trayecto o incluso en la rodilla. Sería bueno, pues, tener una exploración reciente por algún traumatólogo (según se desprende de los informes siempre ha sido visitada por un neurólogo).*

*En la actualidad sería recomendable repetir la resonancia magnética.*

### *Opinión sobre el tratamiento prescrito.*

*El tratamiento prescrito es el correcto, suponiendo que se tratara (todo así lo indica) de una neuroapraxia o lesión recuperable de la raíz afecta.*

### *Opinión sobre el pronóstico.*

*Es bueno y probablemente las secuelas sean mínimas dada la buena evolución de la electromiografía”.*

**QUINTO.-** Consta en el expediente que la reclamante interpuso recurso contencioso-administrativo contra la denegación presunta de su reclamación, siendo admitido por Providencia de 6 de febrero de 2006 y sustanciándose ante el Tribunal Superior de Justicia con el nº de Procedimiento Ordinario 576/05.

Asimismo, mediante escrito presentado el 17 de abril de 2006, la reclamante aportó al expediente Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social, nº 261/06, en la que se le declara en situación de Incapacidad Permanente Parcial para su profesión habitual (Profesora de enseñanza secundaria). Con base en ello, en el citado escrito cifra ahora la indemnización reclamada en 86.820’35 euros.

**SEXTO.-** Solicitado en su día por la instrucción un dictamen a la Inspección Médica del SMS sobre la reclamación presentada, dicha unidad emitió informe el 25 de septiembre de 2006, en el que, tras analizar detalladamente los factores de riesgo asociados a las histerectomías y contrastarlos con el procedimiento quirúrgico y demás actuaciones médicas dispensadas a la paciente, concluye lo siguiente:

*“1. No puede determinarse con exactitud, desde una perspectiva científica, cuál fue la causa determinante de lo ocurrido a la paciente, la lesión neurológica no tiene relación directa con el tipo de anestesia, ni con la intervención, que se realizó correctamente y de acuerdo al estado del saber.*

2. *La lesión sufrida por la paciente no tuvo su origen en un mala práctica médica, sino que corresponde a una eventualidad imprevisible en casos como el presente, donde no concurrían factores de riesgo; lo ocurrido puede deberse, entre otras causas, a las condiciones de susceptibilidad y tolerancia de la paciente.*

3. *Una vez detectada la lesión neurológica, se agilizaron todas las pruebas para el diagnóstico correcto, y las actuaciones sanitarias posteriores han obtenido una recuperación de pronóstico leve.*

**PROPUESTA**

*Por todo lo anteriormente expuesto y salvo mejor criterio, se propone desestimar la presente reclamación indemnizatoria”.*

**SÉPTIMO.-** *Obra en el expediente un informe del médico de cabecera de la reclamante, x., en el que señala que, por la patología en cuestión, la paciente estuvo en situación de “IT” (incapacidad transitoria), desde el 7 de noviembre de 2003 al 28 de julio de 2004. Se adjuntan partes de asistencia médica a la reclamante en su Centro de Salud (Murcia San Andrés).*

**OCTAVO.-** *Otorgado trámite de audiencia a las partes, la reclamante presentó alegaciones en las que se ratifica en lo ya manifestado, concluyendo que la causa determinante de lo ocurrido sí tiene una relación directa con la intervención, y ello por alguna de las causas ya apuntadas, esto es, manipulación intempestiva por estiramiento, compresión, sección parcial o cauteración de las fibras nerviosas (nervio tibial o perineal a nivel de segmento L5-S1) durante el mismo acto quirúrgico, o bien por una posición incorrecta y prolongada de la paciente durante el acto quirúrgico o durante el transoperatorio. Por consiguiente, señala que la lesión ocasionada no responde a una complicación natural de la propia técnica quirúrgica ni tampoco ha sido generada por la situación vital de la paciente, sino más bien por la praxis inadecuada de la técnica quirúrgica empleada.*

Por su parte, x. aportó un dictamen médico, de fecha 27 de noviembre de 2006, emitido por cuatro especialistas en obstetricia y ginecología, en el que, análogamente a lo realizado por la Inspección Médica del SMS, analizan los factores de riesgo de la intervención, tanto desde una perspectiva general como en relación con la actuación realizada por los facultativos actuantes en el caso concreto, formulando las siguientes conclusiones:

*“1.- X. fue sometida a histerectomía con doble anexectomía por útero miomatoso. Desde el primer día del postoperatorio presentó una impotencia funcional y sensación de frío y dolor en el pie derecho.*

*Los estudios realizados apoyan el diagnóstico de una radiculopatía a nivel L5-S1 derecha, que afectaría al plexo lumbosacro. La evolución de la lesión ha sido hacia la cronificación de la misma, por lo que la paciente ha sido declarada en situación de Incapacidad Permanente Parcial para desempeñar su puesto de trabajo*

*2.- No puede determinarse con exactitud cuál fue la causa determinante de la lesión neurológica que, indudablemente, se produjo durante el acto quirúrgico. No se puede atribuir a una mala técnica operatoria ni anestésica.*

*3.- Este tipo de lesiones pueden aparecer aunque, como en este caso, la técnica quirúrgica, la posición de la paciente y la duración de la cirugía a priori no puedan considerarse como factores de riesgo. Otro factor, el uso de separador, es imprescindible en el procedimiento.*

4.- *La actuación del Ginecólogo que realizó la intervención de histerectomía, Dr. x., fue correcta, no existiendo incidencias durante la misma. El postoperatorio, con excepción de lo ya reseñado, transcurrió favorablemente permitiendo el alta al tercer día.*

5.- *La actuación de los Ginecólogos que atendieron a x. durante la hospitalización postquirúrgica fue correcta, detectando precozmente la complicación surgida y solicitando la opinión del especialista en Neurología.*

6.- *El alta hospitalaria fue dada ante la buena evolución del postoperatorio y sin que existiera contraindicación para la misma por parte del Neurólogo.*

7.- *La paciente fue citada con carácter preferente tanto en las consultas hospitalarias externas como para la realización de pruebas complementarias, lo que permitió el diagnóstico correcto y la instauración del tratamiento adecuado.*

8.- *La actuación de todos los facultativos que han intervenido en el caso se ajusta a la lex artis y a la buena praxis médica, siendo la lesión padecida una eventualidad imprevisible en casos como el presente, en el que no concurrían factores de riesgo”.*

**NOVENO.-** *Trasladado el anterior Dictamen a la reclamante, en diciembre de 2006 presentó alegaciones, en las que se viene a ratificar en lo previamente afirmado, añadiendo, en síntesis, lo siguiente:*

*“A este respecto conviene resaltar que si bien la intervención quirúrgica, según el gráfico de anestesia, tuvo una duración de 1 hora y 45 minutos, el dictamen médico omite que la paciente, con posterioridad a la intervención, fue mantenida un largo periodo en la sala de Anestesia y Reanimación (postoperatorio), seis horas, poco habitual para este tipo de intervenciones (al folio 26 del expte. Administrativo “hora de llegada 19,25 h., hora salida: 1h 20m”).*

*Estos dos factores de riesgo (el primero se refiere a la posición de la paciente durante el acto quirúrgico), por separado o combinados, contribuyeron a la aparición de la lesión. A este respecto, la posición incorrecta y prolongada de la paciente durante el transoperatorio y/o bien durante el postoperatorio (reanimación tras la operación), en el que es fundamental el conocimiento y vigilancia de la posición de la paciente.*

*En estas circunstancias, la aplicación de los anestésicos y de los relajantes, suprimieron el mecanismo de alerta haciendo al paciente susceptible al daño que se produjo por la compresión del nervio, no habiendo sido observada y vigilada con la suficiente y necesaria precaución y cuidado.*

*En el caso que nos ocupa, la lesión ocasionada, no responde a una complicación natural de la propia técnica quirúrgica ni tampoco ha sido generada por la situación vital de la paciente, sino más bien, (por) la praxis inadecuada de la técnica quirúrgica empleada.*

*Este tipo de lesiones, según afirma el propio Dictamen Médico, pag. 5, son complicaciones relativamente frecuentes y por consiguiente se tenía que haber actuado con especial precaución y cuidado, extremando la vigilancia a la paciente”.*

**DÉCIMO.-** *El 16 de enero de 2007 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por considerar, en síntesis, que no se ha acreditado la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales y los daños por los que se reclama, al no haberse demostrado la existencia de una mala praxis médica en el tratamiento de la paciente, todo ello con base en las consideraciones incluidas*



en los informes de la Inspección Médica y de la compañía aseguradora, que se transcriben en dicha propuesta.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. La legitimación activa corresponde a la reclamante, en su condición de persona que sufre los daños imputados a la atención sanitaria recibida.

En cuanto a la legitimación pasiva, tras el traspaso de funciones y servicios en materia de asistencia sanitaria de la Administración del Estado a la Administración regional, cabe dar aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas por este Consejo en el Dictamen 65/02.

II. En cuanto al plazo para interponer la acción de reclamación, no hay reparo que oponer, destacándose que, respecto de las secuelas por las que se solicita indemnización, la reclamación se interpuso en su día prematuramente, pues la estabilización de la lesión no se puede considerar producida hasta el informe de 17 de febrero de 2005 del Dr. x. (Antecedente Tercero).

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

La existencia del recurso contencioso-administrativo reseñado en el Antecedente Quinto obliga al órgano instructor a verificar, previamente al dictado de la resolución del procedimiento, y en coordinación con la Dirección de los Servicios Jurídicos, si ha recaído o no sentencia en el citado proceso pues, en caso afirmativo, no podría dictarse dicha resolución.

#### **TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria. Consideraciones generales.**

La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa en el campo sanitario está sometida a la configuración de la responsabilidad de la Administración que se desprende del artículo 106.2 CE: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce *“el derecho a la protección de la salud”*, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS).

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del médico ha de regirse por la denominada “*lex artis ad hoc*”, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *lex artis*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: “*ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente*”.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que “*los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) (ello) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma orga-*

nización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”.

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados pues, en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la *lex artis*, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto —artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)—, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

**CUARTA.- Relación de causalidad entre el daño por el que se reclama indemnización y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales: falta de acreditación.**

I. Determinada la existencia de un daño efectivo, consistente en la secuela a que se refiere el informe de 17 de febrero de 2005 (Antecedente Tercero), esto es, la radiculopatía crónica L5-S1 derecha, de grado moderado, que la reclamante imputa a un anormal funcionamiento, por mala praxis médica, de los servicios sanitarios regionales, acontecida con ocasión de la histerectomía más doble anexectomía que le fue practicada el 12 de noviembre de 2003 en el Hospital “*Morales Meseguer*”, la cuestión a dilucidar en este momento es la existencia o no de dicha alegada mala praxis, por cuanto tal circunstancia determinaría la existencia o no de una relación de causalidad jurídicamente adecuada entre los referidos daños y la actuación de la Administración sanitaria, a los pretendidos efectos de declarar su responsabilidad patrimonial y la indemnización compensatoria solicitada.

A tal fin, la reclamante afirma que los informes periciales obrantes en el expediente coinciden en que unos daños neurológicos como los producidos son una complicación relativamente frecuente en intervenciones como la practicada (histerectomía), de lo que concluye que, por el conocimiento de la ciencia y la técnica médicas, el daño era previsible

y evitable si se hubiera realizado una praxis adecuada. En este sentido, apunta al criterio de uno de los informes aportados por ella (el de los doctores x. y.) en el sentido de que el daño se debió a maniobras intempestivas en el proceso de manipulación de la paciente (concretadas por la propia reclamante, a la vista de otros informes, en el estiramiento, compresión, sección parcial o cauteración de las fibras nerviosas tibiales o perineales a nivel del segmento L5-S1), y/o a la concurrencia de dos de los factores de riesgo conocidos en estas intervenciones, a saber, la posición del paciente durante la intervención y la duración de la misma, factor este último que la reclamante extiende hasta el periodo postoperatorio en la sala de reanimación, que le parece excesivo (casi seis horas).

II. En primer lugar debe aclararse un extremo que, en principio, puede parecer contradictorio a la vista de algunos de los informes periciales emitidos, en cuanto señalan, por una parte, que lesiones neurológicas como la del caso son complicaciones “*relativamente frecuentes*” en este tipo de intervenciones quirúrgicas y, por otra, que, en el caso concreto, la lesión se debió a una eventualidad “*imprevisible*” debido a que, analizados los factores de riesgo conocidos que pueden dar lugar a esta clase de complicaciones, se concluye que, o no concurrían en el caso de que se trata, o se pusieron los medios conocidos para evitar la producción de tales daños. Si partimos de la base de que, como se dijo en la Consideración precedente, la obligación médica es de medios y no de resultados, lo que quieren señalar los citados informes es que los facultativos actuantes pusieron los medios adecuados para evitar y, en su caso, minimizar, aquellas situaciones de riesgo que, según el estado de la ciencia y técnica sanitarias, son conocidos como potenciales causantes de las reseñadas complicaciones; de tal modo que, de materializarse finalmente el riesgo, como resultó, éste resultaba inevitable (no propiamente “*imprevisible*”, pues las medidas adoptadas demostraban lo contrario), ya que no puede ser impedido en todo caso.

Quiere decirse con ello que no puede aceptarse, como pretende la reclamante, que por tratarse de una complicación derivada de riesgos conocidos, más o menos frecuentes, el daño tiene que responder necesariamente a una mala praxis médica, pues los informes de la Inspección Médica del SMS y x. razonan con detalle que los facultativos emplearon los medios más adecuados, dentro de lo que es técnicamente posible, para evitar o minimizar el daño potencialmente derivable de los referidos factores de riesgo. En el mismo sentido, destaca poderosamente que ninguno de los informes periciales aportados por la reclamante, que incluyen un auténtico análisis de la cuestión, pongan en tela de juicio los métodos quirúrgicos ni, en general, la praxis médica empleada en el caso. En este punto, no puede aceptarse en modo alguno el parecer de otro de los informes aportados por la interesada, el de los doctores x. y., en el sentido de que el daño se debió a “*maniobras intempestivas en el proceso de manipulación de la paciente*”, pues no viene apoyado en razonamiento alguno.

Por el contrario, y como se ha apuntado antes, debe tenerse en cuenta lo razonado por la Inspección Médica del SMS en relación con los factores de riesgo conocidos en intervenciones como la del caso y los medios que se emplearon para evitar, en la medida de lo posible, el daño en cuestión.

Así, de su informe se destaca lo siguiente:

“*Está descrito en la literatura que la posición quirúrgica es la etiología más comúnmente citada en las lesiones del nervio peroneo (componente del nervio ciático) y sobre todo en procedimientos realizados en pacientes intervenidos quirúrgicamente en posición de litotomía.*”

*Principales causas de lesiones nerviosas durante histerectomía:*

— *La mala posición del paciente en el acto quirúrgico. Las más frecuentes relacionadas son las siguientes:*

— *Hiperflexión e hiperabducción de las caderas en la posición de litotomía, relacionadas con la neuropatía femoral.*

— *Compresión prolongada de los glúteos, relacionada con lesiones del nervio ciático.*

— *Presión externa sobre los nervios periféricos que se superficializan en prominencias óseas, como ciático poplíteo externo en la rodilla, o el nervio peroneo común.*

— *Variabilidad anatómica.*

— *Separadores quirúrgicos.*

*En un estudio realizado por Kvist-Poulsen y Bores reportan un estudio prospectivo de 147 pacientes sometidas a histerectomía pélvica total, 11.6% con neuropatía femoral. Dentro de los factores de riesgo estudiados se incluyó:*

- 1. El tipo de incisión usada.*
- 2. El tiempo de duración del procedimiento del cirujano.*
- 3. El peso del paciente, la experiencia del cirujano.*
- 4. El tipo de separadores usados.*

*Respecto al acto quirúrgico, se efectuó bajo anestesia general (la lesión de los nervios está más relacionada con la anestesia epidural), con un tiempo quirúrgico de 1 hora y 45 minutos, que puede considerarse normal, constando en la pag. 40 del Registro Anestésico que los puntos de presión se almohadillaron.*

*Factores de riesgo que influyen en la producción de la lesión:*

— *La posición decúbito supino (la empleada, según la historia clínica) no es la posición de mayor riesgo, como puede ser la litotomía.*

— *El peso corporal de la paciente, está descrita mayor incidencia de lesiones en pacientes delgadas, en este caso con un índice de masa corporal de 22 (normopeso).*

— *El tiempo de duración del procedimiento —el tiempo de la cirugía fue de 1:45 horas, considerado dentro de lo normal.*

— *El uso de separadores quirúrgicos, que por otra parte es imprescindible para garantizar el adecuado procedimiento.*

— *La experiencia del Dr. x. en histerectomías está acreditada por larga carrera profesional, actualmente es el Presidente de la Sociedad Ginecológica Murciana.*

Por su parte, el informe pericial aportado por x. coincide con las apreciaciones del citado informe y añade otras de interés:

*“La incisión que se realizó a x. fue una “incisión de Cohen”, es decir, una incisión transversa en la línea situada dos centímetros por debajo de la espina ilíaca anterosuperior. Con este tipo de incisión, un poco por encima de la tradicional incisión transversa baja o de Pfannenstiel, se minimiza el riesgo de dañar los nervios ileoinguinales e*

*ileohipogástricos que inervan la sensibilidad del abdomen inferior, periné y cara interna del muslo.*

*La colocación de un separador se hace imprescindible en este tipo de incisiones a fin de conseguir un adecuado acceso a los órganos pélvicos. La compresión por sus ramas de los nervios pélvicos puede ser otro de los mecanismos del daño neurológico, pero insistimos en la necesidad de su uso en el campo quirúrgico, en el que se estaba intentando extirpar un útero poliomatoso, con al menos 5 miomas, uno de los cuales, en la ecografía realizada 5 meses antes, medía más de 6 cms.*

*Por último se postulan factores de riesgo personales como neuropatía idiopática transitoria, diabetes, tabaquismo, o delgadez del paciente. Ninguno de ellos estaba presente en nuestro caso y la paciente tenía un índice de masa corporal de 22 (normopeso).*

*La intervención de x. se realizó bajo anestesia general. En la reclamación se menciona como posible etiología de la lesión el acto anestésico, e incluso en el "informe de segunda opinión médica" emitido por el Dr. x. se citan artículos que apoyan la influencia de la anestesia en las lesiones neurológicas perioperatorias. Tenemos que hacer constar que todos ellos se refieren a técnicas de anestesia locorreionales, epi- o intradural, en las que la lesión del nervio puede ser por trauma directo. La influencia de una anestesia general en las lesiones neurológicas perioperatorias es irrelevante, excepto por el hecho de que al estar el paciente dormido se pierde el mecanismo de alarma que alertaría de la compresión del nervio".*

III. En lo que se refiere a otras imputaciones de la reclamante, ya no referidas al acto quirúrgico en sí, sino al periodo posterior al mismo, debe señalarse lo siguiente:

a) No puede aceptarse que la duración del periodo de reanimación de la paciente fuese causa eficiente del daño pues, como reconoce la reclamante, los informes emitidos consideran como factor de riesgo la duración del acto quirúrgico (que es cuando se produce la manipulación de los tejidos), pero no después de la intervención.

b) Tampoco puede estimarse que en la producción del daño haya influido el que se le hubiese dado el alta médica hospitalaria en el momento en que se hizo (15 de noviembre de 2003) ni, obviamente, que en el informe de alta no se hiciese referencia a las complicaciones neurológicas aparecidas tras la intervención quirúrgica, pues cuando se extendió dicha alta la paciente seguía el proceso de diagnóstico habitual para dicha patología, teniendo prescritas entonces las pruebas diagnósticas al efecto, que fueron reseñadas en los informes emitidos y que obran en la historia clínica; pruebas que incluso se agilizaron especialmente en su caso, según se dijo en aquéllos. Asimismo, ningún informe señala que fuese necesario que permaneciera hospitalizada por tales dolencias.

IV. De lo hasta aquí expuesto se concluye que no puede afirmarse que la actuación médica denunciada fuera la causante, por mala praxis, de los concretos daños por los que se reclama indemnización, es decir, por la radiculopatía crónica L5-S1 de grado moderado que sufre la reclamante y por el periodo de incapacidad temporal transcurrido hasta la estabilización de tal secuela. Ello implica, por tanto, que no puede considerarse que exista la necesaria y adecuada relación de causalidad entre tales daños y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales, por lo que ha de desestimarse la reclamación objeto de Dictamen.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No se acredita la necesaria y adecuada relación de causalidad entre los daños por los que se reclama indemnización y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios regionales, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- Por ello, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa favorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

### **DICTAMEN 119/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 02/07/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*Nota: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 85/2008.*

### **DICTAMEN 120/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 02/07/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*Este Consejo Jurídico en el Dictamen 4/2002, al que se refieren los informes emitidos en el procedimiento, señaló lo siguiente:*

*Por lo que atañe al requisito relativo a la petición mayoritaria de los profesionales interesados” establecido en el artículo 4 de la Ley 6/1999, de 4 de noviembre, de Colegios Profesionales de la Región de Murcia (LCPMU), hay que hacer dos consideraciones:*

*a) Que dicho requisito ha de entenderse exigido al supuesto de Colegios Profesionales a los que se refiere la Ley, esto es, conforme a lo dispuesto en su artículo 3.3, a aquellos que agrupan a profesionales cuya actividad esté legalmente reservada a la posesión de*

*una determinada titulación oficial, no siendo éste el caso que nos ocupa, en el que, como veremos, estamos ante una profesión de libre ejercicio.*

*b) Que, incluso en la hipótesis de que el requisito se hiciera extensible a esta otra clase de Colegios, su aplicación necesita del complemento indispensable de una norma reglamentaria que determine cómo ha de verificarse la existencia del total de profesionales afectados domiciliados en la Región de Murcia, toda vez que el acceso a ficheros de datos fiscales (Altas del Impuesto de Actividades Económicas) o de Seguridad Social (Fichero General de Afiliaciones) encuentra dificultades derivadas de la legislación de protección de datos de carácter personal, como hemos indicado en el Dictamen 13/2001, de 5 de febrero.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 22 de febrero de 2005, x., por medio de Letrado, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Comunidad Autónoma, solicitando una indemnización de 1.703,41 euros, cantidad a la que asciende el valor de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad cuando circulaba por la carretera MU 414, el 26 de febrero de 2004. Según relata la reclamante la causa del daño fue la existencia en la calzada de un socavón, de cuya existencia no pudo percatarse al precederla un camión y existir agua sobre la calzada. La velocidad a la que circulaba era de unos 50 km/h. Como consecuencia del siniestro, resultaron dañadas las ruedas delantera y trasera del lado derecho.

Aporta junto a la solicitud la siguiente documentación: a) copia de la factura de reparación del vehículo; b) copia de la peritación efectuada por la compañía de seguros; c) copia del atestado instruido por la Guardia Civil; y d) fotocopias de los documentos nacionales de identidad de la reclamante y del Letrado actuante.

**SEGUNDO.-** Con fecha 17 de marzo de 2005, la instructora requiere a la interesada para que subsane la falta de acreditación de la representación que ostenta el Letrado que presenta la reclamación, así como para que aporte diversa documentación. Dicho requerimiento será cumplimentado por la reclamante mediante la aportación sucesiva de la documentación solicitada.

También el 17 de marzo de 2005, la instructora solicita de la Dirección General de Carreteras informe acerca de las circunstancias concurrentes en el accidente.

Dicho informe, de fecha 5 de mayo siguiente, elaborado por el Jefe de Sección II de Conservación de Carreteras, Sector de Murcia, se expresa en los siguientes términos:

*“1.- La carretera aludida es competencia de esta Administración Regional con dependencia directa de la Dirección General de Carreteras, es la denominada C.R. MU-414 y no se tenía hasta la fecha ninguna constancia inmediata del citado siniestro ni a través de atestado, manifestación o comunicación de la Policía Local o Guardia Civil presente o personada posteriormente en dicho acto.*

*2.- Lamentando las consecuencias producidas y según las manifestaciones de la reclamante, el lugar en que presumiblemente se produce el siniestro se corresponde con la zona que desde finales del 2003 se encontraba en obras de ensanche y mejora de la citada carretera y tramo, ejecutadas por la Empresa x. y dirigidas desde esta Dirección General por el Servicio de Proyectos y Construcción.*



3.- *Estimo que, desde el momento de iniciarse las obras a partir de la formalización de la comprobación del replanteo y de haberse señalado el tramo de carretera afectado por las obras de forma exhaustiva, según pudieron constatar nuestros servicios, corresponde a la empresa adjudicataria del mantenimiento en las debidas condiciones de seguridad este tramo de carretera en obras”.*

**TERCERO.-** Con fecha 1 de febrero de 2006, la instructora solicita informe al Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, acerca del valor venal del vehículo y de la valoración de los daños sufridos.

Dicho informe, de fecha 2 de octubre siguiente, cuantifica el valor venal del vehículo en 6.230 euros, considerando que los daños por los que se reclama pueden corresponder a los reales ocasionados sobre el vehículo, aunque todo dependería de la velocidad a la que circulara y de las características del socavón. El valor de las piezas sustituidas y de la mano de obra es conforme con el coste de los mismos a la fecha del accidente.

**CUARTO.-** También el 1 de febrero de 2006, la instructora requiere a la Guardia Civil que remita las diligencias practicadas en relación con el accidente, así como información adicional sobre las circunstancias del mismo y, de existir, copia de las fotografías tomadas en el lugar del siniestro.

Contesta el Instituto Armado que el atestado y las fotografías del accidente en el que se vieron implicados tres vehículos, fueron remitidas a la Consejería actuante el 16 de abril de 2004, en relación con los expedientes de responsabilidad patrimonial números 14/04 y 15/04.

**QUINTO.-** Conferido trámite de audiencia a la reclamante, no presenta alegaciones, tras lo cual, se dicta propuesta de resolución el 28 de marzo de 2007, en el sentido de estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial en la cuantía solicitada.

En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente al Consejo Jurídico en petición de Dictamen.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

1. La reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, al ser en aquel momento titular del vehículo por cuyos daños solicita el correspondiente resarcimiento, daños que imputa a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y vigilancia de una vía pública de su titularidad (MU-414), por lo que dicha Administración está legitimada pasivamente para resolver dicha reclamación.

2. La reclamación se ha formulado dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC).

3. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido en la LPAC y en el reglamento que la desarrolla, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en lo sucesivo RRP), salvo en el plazo máximo para resolver, conforme a lo dispuesto en el artículo 13.3 del citado reglamento.

El informe del Jefe de Sección II de Conservación de Carreteras, Sector de Murcia, apunta que la causa de los desperfectos que presentaba la vía se encuentra en las obras de mejora y ensanche que sobre ella estaba realizando una empresa contratista de la Administración regional. Dicha indicación debió llevar al órgano instructor a conferir audiencia a la referida mercantil, en atención a su condición de interesada en el procedimiento, toda vez que podía resultar responsable de los daños padecidos por la reclamante. No obstante, la Consideración Tercera de este Dictamen excluye cualquier responsabilidad del contratista, lo que hace innecesario retrotraer las actuaciones para darle audiencia.

4. Según declara la reclamante, a petición del órgano instructor, no se siguen por los mismos hechos otras reclamaciones en vía penal o civil.

**TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público regional de vigilancia de carreteras y los daños por los que se reclama.**

I. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables.

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, la reclamación se fundamenta en una omisión de la Administración, que debería haber eliminado o, al menos, señalado, el socavón a que se refiere la reclamación, pues a aquélla corresponde el deber de conservación y vigilancia de la carretera; por ello, el reclamante solicita el abono de los gastos causados por el accidente, que se debió a una deficiencia viaria.

En el caso que nos ocupa, ha de considerarse acreditada la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, a través del Atestado de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, que recoge como causa del accidente “*el mal estado de la calzada debido a la existencia de un bache de 1 metro de diámetro por 0,20 centímetros de profundidad*”, como así ha reconocido el Consejo Jurídico en Dictámenes núm. 136/2007 y 178/2007, respecto a otros expedientes de responsabilidad patrimonial que tienen su origen en el mismo socavón. Por otra parte, no puede considerarse que en la producción del daño concurría un exceso de velocidad, ya que nada se ha instruido al efecto.

Respecto a la posible incidencia de las obras que se venían realizando en la producción del desperfecto causante del daño, apuntada por el informe de la Dirección General de Carreteras, es descartada por el informe del Ingeniero de Caminos director de las obras, obrante en los expedientes relativos a los otros dos vehículos implicados en el mismo accidente y omitido en éste, en el que afirma que el socavón que se recoge en el Atestado de la Guardia Civil no es consecuencia de las obras, sino del deterioro del firme anteriormente existente.

**CUARTA.- Cuantía de la indemnización.**

Acreditado el valor de reparación de los daños sufridos en el vehículo en 1.703,41 euros, mediante la aportación de la oportuna factura, y atendidos los términos en los que se expresa el informe del Parque de Maquinaria, que aunque manifiesta alguna duda no es lo suficientemente fundada como para considerar inadecuada la pretensión indemnizatoria, la cantidad a indemnizar deberá coincidir con la solicitada, más la oportuna actualización conforme a lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

**CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se informa favorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al considerar que concurren en el supuesto sometido a consulta todos los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

**SEGUNDA.-** La cuantía de la indemnización debe atenerse a lo expresado en la Consideración Cuarta de este Dictamen

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 121/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 02/07/08**

**Extracto de Doctrina**

*1. Acreditado que nos encontramos ante una infección nosocomial, debe recordarse la doctrina sentada por la jurisprudencia y aceptada por este Consejo Jurídico en diversos Dictámenes (por todos, el 10/2005 y el 39/2005), según la cual, la determinación de si se adoptaron todas las medidas posibles para evitar el contagio se convierte en la cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación, por omisión, de la Administración.*

2. *La siempre difícil labor valorativa de los daños se complica aún más en los supuestos de daños morales, pues se carece de módulos o criterios objetivos que faciliten la tarea. La referida dificultad aumenta cuando, como en el supuesto sometido a consulta, los reclamantes se limitan a expresar un importe global que solicitan como cuantía indemnizatoria, sin mayor justificación, cuando les correspondía su probanza.*

*En su ausencia, y dado que los criterios que para el cálculo de la indemnización que ofrece el artículo 141.2 LPAC resultan inaplicables para la cuantificación de un daño que, como el aquí indemnizable, no sea patrimonial, su valoración queda abocada a un juicio prudencial que pondere las circunstancias que concurren, y atienda a lo fijado por los Tribunales de Justicia y por la doctrina del Consejo Jurídico sobre el resarcimiento en supuestos similares. En la conformación de ese juicio, y para tener una mínima referencia objetiva que oriente la labor valorativa, el Consejo Jurídico de ordinario acude al baremo correspondiente al sistema para la cuantificación de las lesiones producidas a las personas en accidentes de circulación.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 22 de diciembre de 2004, los esposos x, y., actuando por medio de abogado, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, por el fallecimiento de su hijo, como consecuencia del funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.

Según los reclamantes, el 8 de febrero de 2004, estando la x. embarazada de 30 semanas, se le practicó cesárea urgente en el Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia por gemelaridad y prematuridad.

Nacieron dos niños, el primero en presentación podálica y el segundo en posición transversa.

Del primer gemelo, que en el informe de alta de UCI neonatal (UCIN) consta como segundo, llamado x., se señala la evolución en dicha unidad, los tratamientos recibidos y el siguiente juicio diagnóstico al alta: prematuridad, enfermedad de la membrana hialina (EMH) leve-moderada, somnolencia diurna excesiva, síndrome apneico secundario y central, sepsis nosocomial a *klebsiella pneumoniae*, soplo cardíaco (probable PCA) pendiente de confirmación. Permaneció en UCIN hasta el 29 de febrero, fecha en que se trasladó a la Sección de Neonatología, donde estuvo ingresado hasta el 18 de marzo en que fue dado de alta con el siguiente juicio diagnóstico: membrana hialina, síndrome apneico secundario y central, sepsis tardía por *klebsiella pneumoniae*, ductus patente del prematuro, anemia multifactorial, ictericia no hemolítica del prematuro. En la actualidad el niño está perfectamente.

Respecto al segundo gemelo, x., se relata la evolución seguida desde su ingreso en UCI neonatal hasta su fallecimiento 8 días más tarde: la evolución respiratoria fue desfavorable con distress y empeoramiento de la acidosis respiratoria, precisando intubación y ventilación asistida a las 18 horas de su ingreso. Se le administró una dosis de surfactante pulmonar exógeno con buena respuesta clínico-radiológica, permitiendo la extubación a las 24 horas.

Posteriormente mantuvo CPAPn (presión positiva continua en las vías aéreas por vía nasal) durante las 24 horas siguientes sin incidencias.

A su ingreso se inició tratamiento ATB (antibiótico) profiláctico con ampicilina y gentamicina por prematuridad y canalización umbilical. A los 5 días de vida se acentuó el cuadro de apneas junto con un empeoramiento del estado general. Se diagnosticó la sospecha de sepsis nosocomial por datos analíticos, procediendo de nuevo a la colocación de CPAPn, recogida de cultivos y antibioterapia empírica con vancomicina y amikacina. A pesar de estas medidas la evolución posterior fue desfavorable entrando en shock séptico.

El niño fue trasladado de UCI neonatal a neonatos la noche del día 12 de febrero de 2004, “*por falta de hueco*”. Se sospechó que padecía una sepsis, ya que se mandó la punta de catéter umbilical para cultivo y se le cambió el tratamiento antibiótico que se había pautado por prematuridad. Finalmente, el 15 de febrero la hipotensión se hace refractaria entrando en acidosis mixta grave. El 16 de febrero, a las 8.45 horas, sufre parada cardiaca coincidente con hemorragia masiva (fundamentalmente pulmonar) que no responde a medidas de RCP avanzada.

Es dado de alta por exitus con el siguiente juicio diagnóstico: prematuridad, EMH leve-moderada, ictericia del prematuro, SDE apnéico, sospecha de sepsis y shock séptico a germen desconocido —anotado a mano dice: “confirmado cultivos positivos a *serratia marcescens* y a *klebsiella pneumoniae*”— y exitus.

Siguen los reclamantes que, como se desprende de la historia clínica, la infección nosocomial que contrajo x. es la que determinó su fallecimiento mediante un shock séptico causado por una sepsis provocada por un germen intrahospitalario, lo cual fue confirmado días más tarde mediante cultivos positivos a *serratia marcescens* y a *klebsiella pneumoniae*.

También consideran probado que su hermano gemelo padeció una sepsis por gérmenes intrahospitalarios (*acinetobacter baumani* y *klebsiella pneumoniae*) y salvó la vida; la diferencia entre ambos es que a este primer gemelo no se le trasladó de la UCI-neo por falta de espacio, siendo obvio que los cuidados que se le prestan en UCI siempre serán más adecuados que en neonatos, además de que se le prescribió un antibiótico diferente, cefotaxima, que no se le prescribió a su hermano y que, según los protocolos de farmacología, está considerado como antibiótico de elección para el tratamiento de bacterias entero-bacilos gram-negativos como son la *klebsiella pneumoniae* y la *serratia marcescens*.

Para los reclamantes, el título de imputación del daño al servicio sanitario lo encuentran en que la sepsis que acabó con la vida de su hijo fue provocada por gérmenes intrahospitalarios, que no fueron identificados hasta dos días después del fallecimiento. La infección nosocomial es responsabilidad del centro hospitalario. Del mismo modo, consideran que la salida del niño de la UCI para ser trasladado a neonatología por falta de espacio no fue acertada y, cuando menos no le benefició, pues su gemelo, quien sí permaneció en UCI, no falleció, al prescribirle medicación más acertada que a su hermano.

Solicitan los reclamantes una indemnización de 240.000 euros, de los cuales 180.000 corresponderían a los padres, y 60.000 a los dos hermanos menores de edad del fallecido.

Proponen, asimismo, como medios de prueba documental, la aportación de las historias clínicas de los gemelos, los protocolos de prevención de infecciones nosocomiales en el Hospital Virgen de la Arrixaca, y el específico de la UCIN. También solicitan informe de la Comisión de infecciones hospitalarias del Hospital y del Servicio de Microbiología del mismo, acerca de los controles realizados e incidencias en la UCIN, en el período comprendido entre el 1 de junio de 2003 y la misma fecha de 2004.

La reclamación se acompaña de la siguiente documentación:

— Copia de escritura de poder para pleitos otorgado por los reclamantes al letrado que los representa.

— Documentación médica expresiva de la evolución seguida por ambos gemelos en los días siguientes al nacimiento.

**SEGUNDO.-** Con fecha 14 de febrero de 2005 la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud admite a trámite la reclamación, encargando su instrucción al Servicio Jurídico del Ente.

Por el órgano instructor se procede a comunicar la reclamación a la corredería de seguros, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y al Hospital Virgen de la Arrixaca, solicitando del centro hospitalario la remisión de copia de la historia clínica e informes de los profesionales que asistieron a los niños.

**TERCERO.-** Desde el Hospital se remite copia de la documentación clínica solicitada e informe del Servicio de Pediatría (Sección de Neonatología), según el cual:

*“El niño x. ingresó en la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales el día 8-2-04 falleciendo el día 16-2-04 considerándose como posible causa del fallecimiento infección nosocomial y shock séptico secundario refractario. No se realizó necropsia. En el informe de alta que consta en la historia clínica quedan reflejados todos los problemas de salud acontecidos durante su ingreso de forma clara y concisa.*

*Este niño, con fecha 12 de febrero no fue trasladado a la Unidad de Neonatología sino que se ubicó en la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos. El hecho de realizar este cambio de ubicación se debió a motivos asistenciales por redistribución de tareas de enfermería ante el ingreso de nuevos niños. Durante su estancia en la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos fue atendido por enfermeros/as de la unidad intensiva y por los mismos médicos de cuidados intensivos neonatales que lo habían atendido previamente tanto durante la labor asistencial rutinaria de la mañana como durante las horas de guardia. Los sistemas de vigilancia fueron idénticos como se desprende de las hojas de control de enfermería, y los instrumentos de control y las medidas terapéuticas las mismas. Es habitual que en dicha unidad se atiendan recién nacidos ya que reúne las mismas características de cuidados intensivos que la denominada UCI Neonatal.*

*Este niño, por los datos clínicos, analíticos y evolutivos falleció en el curso de una sepsis neonatal de tipo nosocomial aunque no disponemos de necropsia. El tratamiento antibiótico administrado (vancomicina y amikacina) de forma empírica, hasta la recepción del hemocultivo, fue totalmente correcto, y es habitual su uso en este tipo de infecciones. Se puede añadir que los dos gérmenes aislados en el hemocultivo eran sensibles a amikacina.*

*En el Tratado de Neonatología de Avery (editorial Harcourt Saundes, 2000), posiblemente el tratado de Neonatología más utilizado por pediatras españoles y de la mayoría de pediatras del mundo occidental, en su página 506 dice: en las unidades de cuidados intensivos neonatales, los estudios han demostrado que hasta el 15% de los lactantes hospitalizados más de 48 horas adquieren infecciones nosocomiales a partir del ambiente, muchos de ellos más de una vez.*

*En nuestro hospital la infección nosocomial es la causa de muerte más frecuente de los grandes prematuros, como era el caso de este niño, por la gran susceptibilidad inmu-*

*nológica que les caracteriza, y nuestros resultados son semejantes a la mayoría de centros hospitalarios de nuestro país”.*

**CUARTO.-** El órgano instructor solicita, asimismo, del Hospital la remisión de la documentación enumerada por los reclamantes en su proposición de prueba, enviando el centro sanitario los siguientes documentos:

1. Informe del Servicio de Microbiología en el que se manifiesta que en ese Servicio no hay constancia de que se haya realizado en UCIN ningún control microbiológico en el período de tiempo comprendido entre el 1 de junio de 2003 y la misma fecha del año 2004.

2. Informe del Servicio de Medicina Preventiva, que es del siguiente tenor:

*“En relación a la información que solicita por la reclamación patrimonial n° 22/05, relativa al apartado 1 de la demanda, interesándose por el protocolo global de prevención de las infecciones nosocomiales del hospital, le indico:*

*El protocolo sobre las medidas de prevención y control de infecciones nosocomiales, consiste en un conjunto de actuaciones fundamentadas en las medidas de eficacia probada y/o sugeridas por la experiencia, de Eickof (1980); que en los últimos años se han cumplimentado con la aportación de las experiencias en esta materia por parte de los Servicios de Medicina Preventiva Hospitalaria nacionales, que a continuación se exponen:*

*— A) Medidas de eficacia probada:*

*— Indicaciones de esterilización, desinfección y lavado de fomites (1).*

*— Lavado de manos.*

*— Cuidados en el cateterismo urinario.*

*— Cuidados en el cateterismo intravenoso.*

*— Preparación prequirúrgica del enfermo.*

*— Normas para las curas de heridas.*

*— Quimioprofilaxis perioperatoria en cirugía limpia con factores de riesgo, limpia-contaminada y contaminada.*

*— Normas para la prevención de las bronconeumonías en enfermos sometidos a ventilación mecánica u oxigenoterapia.*

*— Preparación del colon en cirugía.*

*— Vigilancia epidemiológica de la infección hospitalaria dirigida por objetivos de resultados. ()*

*(1) El servicio de Medicina Preventiva supervisa a la Central de Esterilización, sus actividades y protocolos. Estas actuaciones se complementan a nivel de espacios, edificio y exteriores con el programa de DDD (Desinfección Desinsectación y Desratización).*

*(2) La vigilancia epidemiológica activa de las infecciones nosocomiales, permite conocer la evolución de estos episodios, su incidencia y prevalencia, para poder adoptar medidas de prevención y control según resultados. Los resultados se comunican a profesionales y directivos del Hospital y a la Comisión de Prevención y Control de Infecciones Nosocomiales.*

*La vigilancia epidemiológica de las infecciones nosocomiales se está abordando en sus tres vertientes:*

*a) Estudios de Prevalencia, además de estudios puntuales en determinadas unidades, cada año se realiza una prevalencia de infecciones, consumo de antibióticos, microbiología, etc., de todos los enfermos hospitalizados, es el Estudio EPINE.*

*b) Estudios de Incidencia, se realiza vigilancia de las infecciones diariamente a un número aproximado de 200 enfermos hospitalizados en las unidades de mayor riesgo de infección nosocomial, durante ocho-nueve meses al año.*

*c) Estudio de brotes epidémicos de infecciones nosocomiales.*

*— B). (Medidas de) Eficacia inferida o sugerida por la experiencia:*

*— Normas para controlar la contaminación microbiana en los quirófanos y en unidades de alto riesgo (3).*

*— Precauciones ante enfermedades infecciosas y situaciones clínicas (Aislamientos).*

*— Charlas de educación sanitaria.*

*(3) Incluyen los programas de Bioseguridad Ambiental.*

*— C) Se desestiman las medidas de eficacia dudosa o no probada. (Esterilización del agua de hemodiálisis, desinfección ambiental sistemática, etc.)*

*Formación continuada.- De estas medidas de prevención y control de infecciones nosocomiales se informa a los servicios, y se realizan cursos de formación al personal sanitario, por los siguientes procedimientos:*

*a) Elaboración y divulgación de normativas y manuales sobre prevención y control de infecciones nosocomiales.*

*b) Exposición de estas medidas en la Comisión de Infecciones.*

*c) Organización de reuniones científicas y realización de cursos sobre prevención de infecciones nosocomiales. Publicaciones en revistas médicas y en Congresos de la especialidad sobre trabajos de investigación en Prevención y Control de Infecciones Nosocomiales.”*

*3. Informe de la Sección de Neonatología según el cual:*

*“Que el protocolo global de prevención de las infecciones nosocomiales en el área de UCI neonatal se basa en:*

*— Adecuado lavado de manos.*

*— Manipulación mínima*

*— Cuidado de vías centrales*

*— Adecuado cuidado de la vía respiratoria en pacientes intubados.*

*Remito los protocolos existentes en la actualidad en nuestra unidad de estos diferentes apartados”.*

*Constan en el expediente los cuatro protocolos.*



**QUINTO.-** Por el órgano instructor se reitera la solicitud de informe sobre la incidencia de sepsis en UCI neonatal en el periodo comprendido entre los meses de junio de 2003 y 2004 en los controles sobre bacteriemia asociada a los catéteres IV centrales y neumonía en enfermos ventilados.

Asimismo, a la vista del informe emitido por el Servicio de Microbiología, se solicitó información acerca de si en algún otro servicio del Hospital existía constancia de haber realizado en UCIN algún control microbiológico en dicho periodo. Contesta la Dirección Gerencia del hospital que no le consta que algún servicio del centro haya efectuado los indicados controles, al margen del cumplimiento de los protocolos.

Por la Presidenta de la Comisión de Infecciones y Política Antibiótica del Hospital Virgen de la Arrixaca se informa que:

*“La Comisión de Infecciones y política antibiótica no ha sido informada durante el periodo de tiempo desde el 1 de junio de 2003 hasta el 1 de junio de 2004 de ningún brote epidémico de infección nosocomial en UCI-Neonatal, por lo que debe solicitar esta información al Servicio de Preventiva”.*

**SEXTO.-** Desde el Hospital se remitió informe del Servicio de Medicina Preventiva, según el cual:

*“Prevalencia de Infecciones Nosocomiales y Comunitarias. UCI Infantil. Estudio realizado durante el mes de mayo de 2004.*

*— Se realiza el estudio EPINE durante el mes de mayo de 2004. En este estudio, las UCI Infantil y Neonatal se incluyen en el mismo código, el número 80.*

*— Desde los servicios de Medicina Preventiva no se realizan controles microbiológicos, sino Vigilancia Epidemiológica Activa, que consiste en constatar los episodios infecciosos, en las plantas de hospitalización, a través de las historias clínicas, teniendo en cuenta datos clínicos y microbiológicos de los pacientes, la inspección del enfermo y las consultas al personal sanitario que los atiende, cuando procede.*

*En este estudio de prevalencia se observaron los siguientes resultados:*

<i>- Pacientes hospitalizados</i>	<i>39</i>	
<i>    con Infección nosocomial:</i>	<i>7</i>	<i>17,95% (a)</i>
<i>    con Infección comunitaria:</i>	<i>1</i>	<i>2,56% (b)</i>

*(a) y (b), confirmación microbiológica y localización de la infección:*

*(a) Vías Urinarias      1 // Sangre (hemocultivo)    1//*

*(b) Sangre (hemocultivo)      1//”.*

**SÉPTIMO.-** Consta en el expediente que por los reclamantes se ha interpuesto recurso contencioso-administrativo ante la Sala del mismo orden del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, contra la desestimación presunta de su reclamación. Los autos se siguen con el número de Procedimiento Ordinario 489/05.

**OCTAVO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica, es remitido el 19 de abril de 2007. Por el interés que tienen para la resolución del procedimiento sometido a consulta, destacan las siguientes consideraciones:

*“Para las infecciones nosocomiales, la mejor política es comenzar la terapéutica empírica basándose en los patrones prevalentes de susceptibilidad para aislados conocidos en la institución, variando el tratamiento si los resultados de los tests de susceptibilidad indican la necesidad de cambio. Por esta razón, es muy importante que el laboratorio tenga disponibles estadísticas del porcentaje de aislados sensibles, categorizados por especies y agentes antimicrobianos, y actualizarlas regularmente.*

*En la entrevista con el Dr. x., Microbiología, HUVA, se nos informa que en caso de detectarse en el laboratorio microorganismos multirresistentes, se envía una nota al Servicio de Medicina Preventiva y al Servicio o Unidad implicada para que tengan constancia. En caso de detectarse un brote se envía un informe a la Dirección de HUVA.*

*Hemos revisado los informes que en su día fueron elaborados a petición de la instrucción, y que constan en el expediente procedentes de diversos Servicios del Hospital. Como quiera que los datos numéricos concretos que necesitamos para la resolución del expediente no se evidencian en ellos, hemos solicitado que el Servicio de Microbiología nos facilite esta información.*

*Constan en los archivos de Microbiología los pacientes infectados por Serratia marcescens en la UCI neonatal, UCI pediátrica y en neonatos.*

*Eliminando los aislados por muestra y teniendo en cuenta solamente el paciente como unidad, encontramos que desde el año 2000 aumentaron progresivamente los casos de infección nosocomial por Serratia.*

*En UCI neonatal, de una forma exponencial, el pico, superior a cualquiera de los estudiados en los años mencionados, correspondió al año 2004, siendo un poco menos evidente en el 2006.*

*En UCI pediátrica, el incremento, menos pronunciado que el de la Sección anterior, asciende desde 2000 hasta 2005.*

*En la Sección de neonatos, tiene su máximo en 2006.*

*Estos datos, referidos al HUVA, no corresponden con los aportados al expediente procedentes del estudio EPINE ya que de este se deduce que en pediatría el porcentaje mayor de infecciones nosocomiales corresponde a UCI infantil, seguido por lactantes y pediatría, escolares, cirugía pediátrica, oncología infantil y por último neonatos (no nos consta si esta incluye UCI neonatal o no).*

*El conocimiento de los cambios de la sensibilidad-resistencia de los agentes patógenos endémicos en las UCIs es una de las bases de la política de antibióticos individualizada. Parece que de las entrevistas con los responsables de la Sección de Neonatología y del Servicio de Microbiología podría deducirse que tienen muy claro que esta tendencia de ciertos microorganismos, en concreto el que ahora estudiamos, Serratia, a mantenerse en el tiempo y dar lugar a incrementos anuales notables, podría revertirse con un adecuado control.*

*(...)*

*El otro microorganismo del que hemos recabado los mismos listados de datos, Klebsiella pneumoniae, sigue una distribución desigual, manteniéndose en la UCI pediátrica y en la UCI neonatal en un nivel más homogéneo.*

*Concluyendo, el propio estado inicial de los gemelos, su prematuridad ya es un factor que los hace más sensibles, han estado sometidos a procedimientos agresivos quizás haya coincidido que el tratamiento antibiótico empírico inicial no resultó lo suficientemente específico y el utilizado más tarde como alternativa no mejoró esta perspectiva. Parece que el seguimiento de los prematuros ha sido muy cercano, no objetivándose deficiencias en el manejo clínico, solamente la no existencia de referencias registrales en cuanto a la realidad de los microorganismos circulantes y las resistencias, junto con la no previsión de realización de hemocultivo previo a terapéutica antibiótica, podría empañar esta actuación”.*

El informe alcanza las siguientes conclusiones:

*“1. Parece demostrarse que el paciente adquirió una infección nosocomial que fue determinante en su fallecimiento.*

*2. Las pautas de antibioterapia utilizadas fueron generales y no se adecuaron exactamente a los aislados del paciente.*

*3. Existiendo total disponibilidad de medios para conocer las características de los aislados de microorganismos propios y para diseñar la política antibiótica que corresponda, parece que no se han utilizado”.*

La Inspección Médica propone estimar la reclamación.

**NOVENO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, se efectúan las siguientes actuaciones:

1. La compañía aseguradora del SMS aporta informe médico que discrepa de las conclusiones primera y tercera alcanzadas por el informe de la Inspección médica, en los siguientes términos:

*Respecto de la primera, porque “el paciente padeció una infección nosocomial de probable etiología endógena (es decir por colonización a partir de gérmenes presentes en el tubo digestivo del niño). Como hemos visto en los apartados anteriores se considera imposible llegar a la erradicación de las infecciones nosocomiales, ya que no se conoce ningún método que permita eliminar las infecciones hospitalarias y ningún centro médico está completamente libre de ellas. Lo más que se puede conseguir es disminuir su incidencia aplicando unas normas higiénicas y de control de brotes epidémicos.*

*La conferencia de consenso entre expertos de las sociedades Española de Enfermedades Infecciosas y Microbiología clínica (SEIMC) y la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades coronarias (SEMICYUC) elaboró una lista de recomendaciones encaminadas a esta disminución, que de forma abreviada se han expuesto anteriormente y que como hemos visto el HUCA las cumple, se podrían considerar inevitables las infecciones nosocomiales que se produzcan con una frecuencia similar a otros hospitales de referencia, similares en cuanto al tamaño y complejidad de los pacientes ingresados, si se demuestran que se han implantado las recomendaciones de control de la infección y se cumplen estrictamente. Esta cifra varía dependiendo del centro hospitalario, del tiempo medio de estancia del paciente, de la situación de base del paciente, de su grado de desarrollo (peso corporal y madurez), del tipo de catéter, de la posición corporal del punto de entrada e incluso de lo crítica que fuese la situación del paciente en el momento de su colocación.*

*Respecto a su segunda afirmación “las pautas de antibioterapia utilizadas fueron generales y no se adecuaban exactamente a los aislados del paciente”. No sabemos muy bien que quiere decir ya que en este paciente y ante la sospecha clínica de una sepsis tardía nosocomial, y no habiéndose detectado un brote de patológico en una Unidad Neonatología o UCCIN que orientara hacia otro germen, el antibiótico de elección que se debe administrar, es el que, tras numerosos estudios consensuados internacionalmente, se considere más prevalente de acuerdo a las características del paciente (edad, situación inmunológica, factores e riesgo asociados...). En este caso y dado que como hemos visto anteriormente la causa de infección en las sepsis nosocomiales más frecuente es el Estafilococo coagulasa negativo, y por tanto el antibiótico de elección recomendado en todos los protocolos es vancomicina o teicoplanina asociado, para cubrir posibles gérmenes gram negativos, a aminoglucósido, preferentemente amikacina, ya que las resistencias a la misma, pese a su uso frecuente, son escasas. El esperar a tener los resultados de los cultivos identificando el germen para instaurar el tratamiento sí hubiera sido una Mala Praxis. Por otro lado queremos destacar que cuando se recibió el cultivo identificando los gérmenes estos era sensible al tratamiento que se había instaurado inmediatamente tras sospechar una posible sepsis, a pesar de lo cual el menor falleció”.*

En su virtud, concluye que:

*“1. El menor x. recién nacido pretérmino falleció a los 8 días de vida a consecuencia de una sepsis por Klebsiella y Serratia Marcescens (enterobacterias gram negativas) que originó un shock tóxico y un fallo multiorgánico, a pesar de que fue tratado con los fármacos recomendados en todos los protocolos.*

*2. El paciente reunía criterios considerados de riesgo para una infección nosocomial (pretérmino, ventilación asistida, catéter venoso, alimentación parenteral...) que, junto con la inmadurez inmunitaria de estos niños, son factores que predisponen a la bacteriemia polimicrobiana.*

*3. Las bacterias gram negativas que crecieron en el hemocultivo del menor y que fueron responsable de su sepsis son bacterias que están presentes en el tubo digestivo, especialmente en el colon. En determinadas circunstancias en las que se produce una disminución importante de la inmunidad como es el caso de los niños pretérmino (inmadurez inmunitaria), que presentan graves patologías (distress...), estas comienzan a multiplicarse de forma rápida colonizando el tubo digestivo. Esta supercolonización provoca la invasión del sistema hematológico (bacteriemia)/LCR causando la sepsis. El origen por tanto de la sepsis que padeció el menor pudo ser endógeno a partir de bacterias que están presentes en su propio organismo.*

*4. Los mecanismos de patogenicidad de estos gérmenes y la resistencia a múltiples antibióticos son los responsables de la alta mortalidad, cercana al 80 % según las diferentes series que presentan estas infecciones.*

*5. El tratamiento que se le administró al menor Vancomicina + amikacina tratamiento empírico recomendado ante la sospecha de sepsis tardía de etiología nosocomial.*

*6. No se conoce ningún método que permita erradicar las infecciones nosocomiales, ningún centro médico esta completamente libre de ellas. Lo más que se puede conseguir es disminuir su incidencia aplicando unas normas higiénicas y de control de brotes epidémicos. El hospital Universitario Virgen de la Arrixaca de Murcia mantiene un sistema*

*de vigilancia epidemiológica, participando en el Estudio de Prevalencia de Infecciones Nosocomiales en España. (EPINE).*

*7. Tras el análisis del expediente del menor no se encuentran ningún dato que ponga de relieve la existencia de un mal funcionamiento en la atención que recibió. Los profesionales que le atendieron lo hicieron conforme a Lex Artis, dando la respuesta correcta y ajustada a protocolos internacionales para el abordaje de las situaciones de riesgo que el menor fue padeciendo”.*

2. Los reclamantes presentan alegaciones, que acompañan de informe médico, en el que se pone especial énfasis en destacar que la infección por *Serratia Marcescens* apunta hacia una infección exógena, dado que comúnmente no reside en el tracto gastrointestinal, siendo la transmisión persona a persona la vía más importante de diseminación y su adquisición mayoritariamente hospitalaria. Se afirma, asimismo, que no se cumplió el protocolo de prevención y control de infecciones nosocomiales del Servicio de Medicina Preventiva del Hospital, en concreto, la vigilancia epidemiológica activa y la comunicación de los resultados a profesionales y directivos del Hospital y a la Comisión de Prevención y Control de Infecciones Nosocomiales.

Concluye el informe afirmando:

“(…)

*2.- Que la sepsis por *Serratia marcescens* y *Klebsiella pneumoniae* forman parte de las infecciones endémicas comunes en las unidades hospitalarias de mayor riesgo de infección nosocomial (en el Hospital Virgen de la Arrixaca de Murcia desde el año 2000 aumentaron progresivamente los casos de infección nosocomial por *Serratia* y en lo que respecta a la UCI neonatal, de una forma exponencial, el pico superior correspondió al año 2004) y que en este caso se cumplen los criterios científicos para ser considerada la sepsis neonatal como nosocomial.*

*3.- Que en cuanto a las vías de contagio la literatura médica especializada considera que los microorganismos son transportados al niño preferentemente por el personal sanitario (manos contaminadas) y/o por el material de diagnóstico y/o terapéutico (termómetros, fonendoscopios, sondas, incubadoras, etc.) insuficientemente desinfectado.*

*4.- Que existió un mal funcionamiento de la Institución Sanitaria, dado que no se cumplió el Protocolo sobre medidas de prevención y control de infecciones nosocomiales del Servicio de Medicina Preventiva del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca de Murcia y en concreto la vigilancia epidemiológica activa de las infecciones nosocomiales propias, por lo que resultaba imposible establecer pautas protocolizadas de terapia antibiótica de forma empírica, a pesar de existir total disponibilidad de medios para llevarlo a cabo y, de hecho, las pautas de tratamiento antibiótico utilizadas fueron inespecíficas e ineficaces”.*

3. Las alegaciones de los reclamantes también combaten el informe aportado por la aseguradora, al que califican de parcial, ya que cuando transcribe el artículo científico en que se basa omite el párrafo que califica como exógena la infección por *Serratia*.

Además, considera que el informe se contradice a sí mismo al decir que el origen de la sepsis por *Serratia* del menor pudo ser endógeno, cuando en otro pasaje afirma que las especies de *Serratia* se encuentran en el suelo, en las plantas y en el agua y que *“las principales fuentes de infección son los catéteres contaminados y las soluciones de infusión”*.

Por otro lado señala que en los archivos de Microbiología del Hospital Virgen de la Arrixaca, consta que desde el año 2000 aumentaron progresivamente los casos de infección nosocomial por *Serratia* y en lo que respecta a la UCIN, de una forma exponencial, el pico superior correspondió al año 2004, y el menor falleció en noviembre (sic) de 2004.

**DÉCIMO.-** Por el órgano instructor se solicita informe de la Cátedra de Medicina Legal y Forense de la Universidad de Murcia, que alcanza las siguientes conclusiones:

*Primera: x. nace tras cesárea urgente por gemelaridad y prematuridad. Presenta un bajo peso al nacer. Se procede a monitorización cardiorrespiratoria y es ingresado en la UCI neonatal. Al no presentar fiebre, se descarta la presencia de un foco infeccioso. Tras la valoración se realiza profilaxis óculo-umbilical, la colocación de gafas nasales y la canalización de una vía periférica. Se pauta de forma empírica antibioterapia profiláctica con ampicilina y gentamicina frente a los patógenos neonatales hospitalarios más frecuentemente implicados. El tratamiento es adecuado y sigue los protocolos médicos, por lo que se ajusta a la Lex artis ad hoc.*

*Segunda: Durante su estancia en la UCI neonatal se observa una evolución respiratoria desfavorable y se aprecian imágenes compatibles con Enfermedad de la Membrana Hialina. Se decide la intubación orotraqueal y administrar surfactante pulmonar exógeno a lo que responde de forma favorable. El tratamiento es correcto y se ajusta a los protocolos médicos.*

*Tercera: A los cinco días se observa un empeoramiento generalizado y se traslada desde la UCI neonatal hasta la UCI pediátrica para una mejor atención. La presencia de fiebre y tras la realización de diversas exploraciones complementarias se sospecha una posible sepsis de origen nosocomial, por lo que se toma una muestra de sangre para hemocultivo, y muestra del catéter umbilical que se le retira. A la espera de los resultados del hemocultivo, se le administra, de forma empírica, antibioterapia consistente en vancomicina y amikacina. La pauta diagnóstica y terapéutica se ajusta a la Lex artis ad hoc.*

*Cuarta: El factor más importante de predisposición a la infección en el recién nacido es la prematuridad y el bajo peso al nacer y la infección nosocomial es una de las principales causas de morbimortalidad en el medio hospitalario. En el recién nacido coinciden varios factores de riesgo para contraer una infección de origen nosocomial.*

*Quinta: A pesar de la adopción de medidas de control, en la actualidad es imposible eliminar la totalidad de las infecciones nosocomiales. La utilización de medios de diagnóstico y de tratamiento cada vez más agresivos, junto al amplio uso de antibióticos son las razones que dificultan la prevención y el abordaje de las infecciones hospitalarias.*

*Sexta: La etiología de la muerte es un shock séptico de origen nosocomial. Los porcentajes de mortalidad, como consecuencia de esta complicación, publicados por la literatura científica son elevados.*

*Séptima: La UCI pediátrica reúne condiciones adecuadas para tratar procesos como el que nos ocupa. Considero que no existe nexo causal entre el fallecimiento y el traslado desde la UCI neonatal a la UCI pediátrica.*

*Octava: El Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca dispone de las medidas de prevención y control de las infecciones nosocomiales recomendadas por las diferentes sociedades científicas. Las áreas de UCI neonatal, y pediátrica adoptan las medidas contenidas en los protocolos de prevención de las infecciones nosocomiales.*

*Novena: Ninguna enfermedad en pacientes diferentes puede ser comparable, por lo que requiere de abordajes diagnósticos y terapéuticos particulares. El pronóstico y las complicaciones que pueden darse tampoco son comparables.*

*Décima: En todo momento la conducta seguida se considera ajustada a la lex artis “ad hoc” en función de las posibilidades diagnósticas y terapéuticas consideradas”.*

**UNDÉCIMO.-** Otorgado trámite de audiencia a los interesados, presentan alegaciones en las que solicitan la incorporación al expediente de los datos existentes en los archivos de microbiología del Hospital Virgen de la Arrixaca a que hace referencia el informe de la Inspección Médica.

Por último difiere de las conclusiones del Catedrático informante, por considerar que los controles efectuados por el Hospital no fueron los adecuados para prevenir la infección nosocomial.

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 27 de febrero de 2008, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que los reclamantes no han conseguido probar la realidad de los hechos que reputan como contrarios a la *lex artis*, por lo que no se darían en la reclamación los requisitos exigidos por el ordenamiento para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante oficio recibido en el Consejo Jurídico el pasado 5 de marzo de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento.

1. La reclamación fue interpuesta por los padres, quienes sufren la pérdida del niño, lo que les confiere legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva de la Administración regional, no existen dudas acerca de la titularidad pública del centro sanitario en el que se produjo la atención urgente a la que se imputa el daño.

2. La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar, toda vez que el fallecimiento

del menor se produce en febrero de 2004 y la reclamación se presenta en diciembre de ese mismo año.

3. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ya ha excedido en mucho el de seis meses establecido por el artículo 13 RRP.

Esta circunstancia ha llevado a los reclamantes a interponer, ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de su reclamación, lo que no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (artículo 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues los reclamantes podrían desistir o solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa. En todo caso convendría que el departamento consultante actuara coordinadamente con la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad, en su condición de centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que es parte la Administración regional (artículo 4.2 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), como también sugerimos en nuestros Dictámenes núm. 72/06 y 102/08, entre otros.

Consideración especial en cuanto al procedimiento merece la propuesta de resolución, en la medida en que rechaza una de las pruebas propuestas por los reclamantes durante el trámite de audiencia, como es que se traigan al procedimiento los datos numéricos que constan en los archivos del Servicio de Microbiología del Hospital referidos a los pacientes infectados por *Serratia Marcescens* en la UCI Pediátrica, Neonatal y en Neonatos, y que sirven a la Inspección Médica para constatar que hubo un notable incremento de tales infecciones, sobre todo en UCIN, en el período en que el hijo de los reclamantes estuvo ingresado, y para concluir que las pautas de antibioterapia utilizadas fueron generales y no se adecuaron exactamente a los aislados del paciente.

Ha de recordarse al órgano instructor la consolidada doctrina de este Consejo Jurídico (por todos Dictamen 165/2003) acerca del derecho de los interesados a la utilización de los medios de prueba. En este sentido, el artículo 80.3 LPAC posibilita al instructor rechazar pruebas propuestas por los interesados, mediante una resolución expresa motivada. Y dicha motivación ha de atender, precisamente, al carácter improcedente o innecesario de la prueba propuesta, bien porque no guarde relación con el objeto del procedimiento —prueba improcedente o, en terminología del artículo 283.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), impertinente—, o bien porque no resulte idónea para la aclaración de los hechos —prueba innecesaria o inútil (artículo 283.2 LEC)—. Además, la improcedencia o no necesidad de la prueba, según el artículo 80.3 LPAC, habrá de ser manifiesta, esto es, que se presente de forma clara y patente.

En el supuesto sometido a consulta, lo verdaderamente manifiesto es que los datos a que se refieren los reclamantes no son sólo útiles a efectos estadísticos, como de forma gratuita se afirma en la propuesta de resolución, sino que son la base material sobre la que la Inspección Médica efectúa la valoración crítica de la asistencia prestada al recién nacido y propone la estimación de la reclamación. Es evidente el carácter esencial que, para la resolución del procedimiento, revisten tales datos, que debieron ser aportados al expediente,



bien por la Inspección Médica, adjuntándolos a su informe, bien recabando el órgano instructor tal información al Servicio de Microbiología, tras conocer de su existencia a través del informe de la inspectora.

En cualquier caso, la ausencia en el expediente de los datos numéricos concretos no debe ser obstáculo para dotar de fuerza probatoria a las afirmaciones contenidas en el informe de la Inspección Médica acerca de los valores de incidencia de infecciones nosocomiales en las unidades investigadas, y que fueron constatados en el ejercicio de su función. El modo en que se obtuvieron dichos datos, mediante la visita y consulta de los archivos del Servicio de Microbiología, dotan de especial credibilidad a sus resultados, que no coinciden con los aportados al expediente como parte del estudio EPINE y que sirvieron de base para la realización de los informes médicos de la compañía aseguradora y de la Cátedra de Medicina Legal y Forense de la Universidad de Murcia, que omiten en su estudio cualquier referencia a los datos aportados por la Inspección en su informe.

**TERCERA.- La responsabilidad patrimonial por actuaciones asistenciales-sanitarias. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que particulariza en su artículo 10 los derechos de los usuarios respecto a las distintas Administraciones Públicas.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, en tanto que existirá o no con independencia de cualquier elemento culpabilístico de los agentes de la Administración, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) Utilizar cuantos remedios conozca la

ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículo 9 y 10 de la Ley General de Sanidad); 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

Para los reclamantes el fallecimiento de su hijo se debió al shock séptico provocado por gérmenes hospitalarios, de los que no fue debidamente tratado, pues el tratamiento antibiótico prescrito no fue tan acertado como el pautado a su hermano gemelo, quien sí superó la infección. Afirman, además, que el traslado del niño fallecido de la UCIN a Neonatos, por falta de espacio en la primera, pudo coadyuvar al óbito.

Así pues, la muerte del niño se debió, en su opinión, a diversas circunstancias íntimamente vinculadas entre sí, cuya combinación determinó el fatal resultado: a) la infección nosocomial contraída durante la estancia hospitalaria, b) el inadecuado tratamiento antibiótico instaurado, y c) el traslado de la UCIN a la Sección de Neonatos.

1. La infección nosocomial.

a) En primer lugar, se imputa una actuación negligente en la adopción de las medidas necesarias para impedir que contrajera la infección nosocomial por *Serratia marcescens* y *Klebsiella pneumoniae* que originaron el shock séptico.

Sin perjuicio de las consideraciones que se harán más adelante, lo cierto es que la infección se produjo, quedando suficientemente acreditado a lo largo del expediente tanto la existencia de las bacterias en el organismo del paciente, como la relación causa-efecto existente entre dicha infección y el fallecimiento, pues éste se produce como consecuencia del shock séptico que tiene su origen en la infección por *serratia* y *klebsiella*. A tal efecto, basta repasar las numerosas actuaciones y valoraciones diagnósticas que salpican la historia clínica, especialmente el informe de alta, y los diversos informes que obran en el expediente, todos los cuales admiten sin fisuras dichos extremos.

Más polémica es la consideración de la infección como endógena o exógena. Para los peritos de la compañía aseguradora, las bacterias gram negativas que fueron responsables de la sepsis son bacterias que están presentes en el tubo digestivo, especialmente en el colon, por lo que el origen de aquélla pudo ser endógeno a partir de bacterias que están presentes en el propio organismo del menor y que, debido a las especiales circunstancias del paciente, protagonizaron una supercolonización.

Para el perito de los reclamantes, sin embargo, y en relación a la *serratia*, estos microorganismos comúnmente no residen en el tracto intestinal. Su hábitat natural es el suelo y el agua, y su aislamiento en pacientes sugiere la adquisición de una fuente exógena, siendo

su forma de diseminación mayoritaria la transmisión persona a persona. Descarta, además, la posibilidad de transmisión vertical (de la madre al niño), pues no se dan en el supuesto los bacilos típicos de esta forma de transmisión y porque la sepsis aparece cuando ya han transcurrido tres días de vida. En este sentido, las primeras sospechas de sepsis surgen al sexto día de vida, el 13 de febrero.

El informe de la Cátedra de Medicina Legal y Forense, por su parte, afirma que “nos encontramos ante una infección hospitalaria o nosocomial, *adquirida* durante la estancia del niño en el medio hospitalario”, de donde puede deducirse que sitúa el origen de la infección en una fuente externa al propio organismo del niño, es decir, éste ha sido invadido por microorganismos extraños, no ha sufrido una supercolonización de gérmenes presentes en su flora microbiana intestinal. Asimismo, la alusión a que el mecanismo más frecuente de transmisión es el contacto con otras personas, entre ellas el personal asistencial, y con el material sanitario, a cuya minimización se dirigen buena parte de las medidas de prevención descritas en el informe, apuntan hacia una consideración de la sepsis como infección exógena.

b) Acreditado que nos encontramos ante una infección nosocomial, debe recordarse la doctrina sentada por la jurisprudencia y aceptada por este Consejo Jurídico en diversos Dictámenes (por todos, el 10/2005 y el 39/2005), según la cual, la determinación de si se adoptaron todas las medidas posibles para evitar el contagio se convierte en la cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación, por omisión, de la Administración.

El carácter evitable o no de la infección aparece relacionado con el criterio jurisprudencialmente configurado de la “*lex artis*”. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001 afirma: “*ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente*”.

La inevitabilidad del daño como criterio para negar su antijuridicidad se encuentra positivada en el artículo 141.1 LPAC desde la reforma operada por Ley 4/1999, al prescribir que no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, correspondiendo a la Administración la prueba de dicho estado de la ciencia. Ahora bien, ello no debe ser interpretado en el sentido de exigir que se aplique en toda situación y en cualesquiera circunstancias las técnicas más avanzadas o más complejas, sino que dicha exigencia también aparece limitada por la *lex artis*, como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “*ad hoc*”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder

exigir en todos los casos que el criterio de la *lex artis* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica.

Por otra parte, la determinación de si la actuación médica ha sido conforme o no a la “*lex artis ad hoc*” no deja de ser un problema de prueba, aunque con importantes peculiaridades cuando se trata de acreditar las circunstancias en que se produce una infección nosocomial. Ha de atenderse en estos casos a aquellos principios generales de la prueba que pueden modular la ordinaria distribución de su carga, tomando en consideración tanto el principio de disponibilidad y facilidad probatoria hoy consagrado en el artículo 217.6 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, como la imposibilidad de probar un hecho negativo. En aplicación de tales criterios, correspondería a la Administración regional acreditar qué medidas se adoptaron en orden a evitar el contagio, pues pretender que fuera el reclamante quien hubiera de probar que aquéllas no se adoptaron le abocaría a una verdadera *probatio diabolica*. A estos efectos, el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de julio de 2000, de su Sala 3ª, con ocasión de resolver una reclamación de responsabilidad patrimonial instada por una paciente infectada por estafilococo dorado en el curso de una intervención quirúrgica, viene a declarar que el daño no será antijurídico cuando sea consecuencia inevitable de la actividad curativa y añade que, según informe emitido por Médico Forense, “*la infección por el estafilococo aureus en una intervención quirúrgica, si bien puede resultar en algunos casos inevitable, es un evento previsible y por tanto deben extremarse las medidas precautorias tales como... a) asepsia de quirófanos e instrumental, b) desinfección meticulosa del área operatoria, c) acortar lo más posible el tiempo operatorio, d) evitar dejar cuerpos extraños, eliminación de tejidos desvitalizados, hematomas, etc., e) práctica de antibioterapia profiláctica ...La adopción de tales medidas ha de ser demostrada por la Administración*”.

Dicha línea jurisprudencial tiene su fundamento en la naturaleza de la obligación que incumbe a la Administración en la prestación sanitaria, a la cual, si bien no se le exige obtener un resultado de curación en todos los casos, dado el carácter contingente de la salud y la vida de los pacientes, sí que viene compelida a prestar la asistencia sanitaria con el despliegue de todos los medios a su alcance, debiendo aplicar todas las medidas preventivas posibles para evitar la infección. De no hacerlo así o de no acreditar su efectiva utilización, el daño devendrá en antijurídico. Así lo entiende también la Audiencia Nacional, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 23 de enero de 2002 cuando, al analizar el supuesto de una enferma inmunodeprimida que fallece a causa de una infección nosocomial contraída durante su hospitalización para el tratamiento de la enfermedad de base que padecía y que requería la aplicación de las necesarias medidas de profilaxis, declara que, no constando que antes de la aparición del brote de la infección se hubieran adoptado las medidas reseñadas y que venían aconsejadas por la situación previa de la paciente, “*la actuación de la Administración sanitaria contribuyó, como concausa, a la producción del resultado dañoso cuya reparación se solicita y que los perjudicados no tienen el deber jurídico de soportar*”.

Aplicando al supuesto objeto de reclamación la doctrina general expuesta, se advierte que en los informes de los facultativos intervinientes no se alude a la adopción de las preceptivas medidas profilácticas, ni a si la infección se produjo a pesar de seguirse los dictados de la *lex artis*. No obstante, ha de prestarse especial atención al informe del Servicio de Medicina Preventiva del Hospital, descriptivo de las actuaciones que constituyen el protocolo de prevención y control de infecciones nosocomiales, y que incluye la “*vigilancia epidemiológica de la inspección hospitalaria dirigida por objetivos*”.

*de resultados*". La explicación descriptiva de dicha medida, según consta en el mismo informe, expresa que la vigilancia epidemiológica activa de las infecciones nosocomiales permite conocer la evolución de estos episodios, su incidencia y prevalencia, para poder adoptar medidas de prevención y control según resultados. Éstos se comunican a profesionales y directivos del hospital y a la Comisión de Prevención y Control de Infecciones Nosocomiales.

En relación con este último extremo es de destacar que, solicitado informe de la indicada Comisión acerca de las incidencias de sepsis en la UCIN durante el período comprendido entre junio de 2003 y junio de 2004, especialmente en los controles de bacteriemia asociada a los catéteres IV centrales y neumonía en enfermos ventilados, informa que, en el indicado período, no ha sido informada de ningún brote epidémico de infección nosocomial en UCIN.

El Servicio de Medicina Preventiva, por su parte, afirma que no realiza controles microbiológicos, sino vigilancia epidemiológica activa, que consiste en constatar los episodios infecciosos en las plantas de hospitalización, a través de las historias clínicas, teniendo en cuenta datos clínicos o microbiológicos de los pacientes, la inspección del enfermo y las consultas al personal sanitario que lo atiende, cuando procede. En dicho estudio de prevalencia para el 2004, el facultativo informante se remite a los datos del EPINE.

En la descripción de las acciones en que consiste la vigilancia epidemiológica activa que realiza el Servicio de Medicina Preventiva se echa en falta el último paso descrito en los protocolos: la comunicación de los resultados a los profesionales y directivos del hospital y a la Comisión de Prevención y Control de Infecciones Nosocomiales. En este sentido, preguntada por la incidencia de infecciones nosocomiales en UCIN, la Comisión afirma que no ha sido informada de ningún brote epidémico en UCIN. Tampoco el Servicio de Neonatología hace constar en su informe que hubiera sido informado de la incidencia de infecciones por *Serratia* en aquella unidad. Los datos facilitados por el Servicio de Medicina Preventiva, correspondientes al EPINE del año 2004 y que constan en el expediente, son inexpresivos acerca del agente microbiano que causó las 7 infecciones nosocomiales constatadas en UCI infantil (incluye UCIN y Pediátrica).

En este contexto, reviste especial importancia la actuación inspectora porque desvela datos diferentes a los que hasta ese momento obraban en el expediente. Al estudiar los archivos del Servicio de Microbiología, donde constan los pacientes infectados por *Serratia Marcescens* en la UCIN, UCI pediátrica y en Neonatos, descubre que *"desde el año 2000 aumentaron progresivamente los casos de infección nosocomial por Serratia. En UCIN, de una forma exponencial, el pico, superior a cualquiera de los estudiados en los años mencionados, correspondió al año 2004, siendo un poco menos evidente en 2006. En UCI pediátrica, el incremento, menos pronunciado que en el de la Sección anterior, asciende desde 2000 hasta 2005. En la Sección de Neonatos, tiene su máximo en 2006"*.

Estos datos que, de conformidad con la Inspección, *"no se corresponden con los aportados al expediente procedentes del estudio EPINE"*, desvelan la inexistencia de referencias registrales en cuanto a la realidad de los microorganismos circulantes y sus resistencias, lo que impide una adecuada traslación de información sobre incidencia de infecciones en las UCIs Neonatal y Pediátrica. Ello, a su vez, impide a los facultativos de las unidades afectadas y a los órganos directivos del hospital, tanto adoptar las medidas necesarias para controlar la infección como tratar adecuadamente a los enfermos infectados, ante el desco-

nocimiento de los cambios en los agentes patógenos endémicos de las distintas unidades y de su sensibilidad-resistencia a los antibióticos.

Así queda además claramente reflejado en el informe de la Inspección Médica cuando afirma: *“parece que de las entrevistas con los responsables de la Sección de Neonatología y del Servicio de Microbiología podría deducirse que tienen muy claro que esta tendencia de ciertos microorganismos, en concreto el que ahora estudiamos, Serratia, a mantenerse en el tiempo y dar lugar a incrementos anuales notables, podría revertirse con un adecuado control”*. De donde, a contrario sensu, puede inferirse sin dificultad que los facultativos entrevistados consideran que el control que se lleva actualmente a cabo no es el adecuado, pues resulta ineficaz y que sería posible una reducción de la incidencia de infecciones nosocomiales en sus unidades.

Tanto los datos obtenidos por la Inspección como las valoraciones acerca del funcionamiento de los sistemas de control y prevención aplicados en el Hospital, tienen un notable valor probatorio atendida la razón directa de ciencia de quien los ha obtenido o formulado. En el caso de los datos, son resultado de las actuaciones inspectoras consistentes en la consulta directa de los archivos. Las valoraciones de los facultativos reflejadas en el informe de la Inspección, por su parte, reflejan el parecer de quien convive diariamente con las infecciones nosocomiales y ha de aplicar los protocolos de prevención y control. Por ello, no pueden resultar desvirtuados por otros elementos probatorios como los informes de la compañía aseguradora y el de la Cátedra de Medicina Legal y Forense que, ignorando los datos constatados por la Inspección Médica, consideran que la infección era inevitable, en la medida en que siempre existe un núcleo irreductible cuya completa eliminación resulta hoy día imposible. Sin embargo, en el supuesto planteado, al menos en relación a la incidencia de *Serratia*, no nos encontramos con una situación ordinaria, sino ante una elevación constante del número de infecciones durante un largo período de tiempo y con un incremento “exponenciales” -según expresión de la propia inspectora- en el tiempo en que el menor estuvo ingresado en UCIN.

Además, sobre la evitabilidad o no de la infección, ha de recordarse que el Tribunal Supremo sitúa la carga de dicha prueba en la Administración, no en el reclamante. Por ello, debe la Administración acreditar suficientemente las medidas que se adoptaron y la adecuación de éstas a la *lex artis*, pues sólo así podrá negarse la antijuridicidad del daño padecido por el menor. Sin embargo, la Administración tan sólo ha acreditado la existencia de protocolos hospitalarios de prevención y control de infecciones nosocomiales, los cuales no ha podido demostrar que sean eficaces, ante el incumplimiento advertido por la Inspección Médica de medidas como la existencia de referencias registrales de los microorganismos circulantes y las resistencias, contando con estadísticas del porcentaje de aislados sensibles, categorizados por especies y agentes antimicrobianos, y actualizarlas regularmente. Esta carencia afecta de forma decisiva a la vigilancia epidemiológica activa, reduciendo las posibilidades de control y manejo de las infecciones detectadas.

En este sentido, el informe de la Inspección Médica revela una circunstancia que pone de manifiesto el incumplimiento de esa vigilancia epidemiológica activa que prevén los protocolos de prevención y control de las infecciones nosocomiales, en la medida en que demuestra que, en contra de lo allí establecido, no se habría trasladado al personal de las unidades infantiles los datos sobre incidencia de infecciones por *Serratia* en ellas. En efecto, al folio 318 del expediente, la inspectora hace constar que *“a nuestra pregunta, manifiesta el especialista (se refiere al Dr. x., Jefe de Servicio de Neonatología) que no tienen datos*

*propios de la frecuencia de infección relacionada con los picos de microorganismos en el Servicio”.*

De todo lo expuesto se deriva la calificación del daño padecido como antijurídico. En este sentido, el Tribunal Supremo ha señalado, de conformidad con el criterio establecido en la sentencia de su Sala Tercera de 11 de mayo de 1999, que *“las secuelas del proceso infeccioso padecidas por el recurrente definen una lesión antijurídica que no tiene la obligación de soportar ya que la infección se produce en el contexto de un acto de asistencia sanitaria; y, cualquiera que sea el grado de previsibilidad sobre la existencia o no de gérmenes nocivos que inopinadamente pudieran ser inoculados durante la actuación médica, su presencia en el establecimiento sanitario y su entrada indeseada en el cuerpo de la persona paciente... no puede considerarse como producto de la intervención de acontecimientos exteriores o extraños al propio funcionamiento del servicio, una de cuyas funciones es precisamente la de velar eficazmente por la asepsia, evitando que la presencia de gérmenes nocivos en el recinto de los establecimientos sanitarios pueda originar daños a quienes son atendidos en ellos con el fin de restablecer su salud”.*

## 2. El tratamiento antibiótico inadecuado.

De conformidad con los informes médicos obrantes en el expediente, en la sepsis de transmisión nosocomial el tratamiento se fundamenta en la utilización inmediata de antibióticos de forma empírica, para después dirigir el tratamiento antibiótico según los resultados del antibiograma con las bacterias aisladas en el hemocultivo.

Así se hizo en el presente caso, instaurándose inicialmente un tratamiento con ampicilina y gentamicina, que cabe considerar profiláctico pues se instaura antes de la aparición de los primeros síntomas de sepsis y, después, ante la sospecha de infección, se cambia el tratamiento, pautando también de forma empírica vancomicina y amikacina y recogida de cultivos. Esta pauta es considerada de forma expresa como ajustada a la *lex artis* por el informe del Catedrático, ya que se dirige a combatir el germen más frecuentemente responsable de las infecciones nosocomiales: el estafilococo coagulasa negativo.

También manifiesta su adecuación a normopraxis el informe de la compañía aseguradora *“ya que en este paciente, ante la sospecha clínica de una sepsis tardía nosocomial y no habiéndose detectado un brote patológico en una unidad de neonatología o UCIN que orientara hacia otro germen, el antibiótico de elección que se debe administrar, es el que, tras numerosos estudios consensuados internacionalmente, se considere más prevalente de acuerdo a las características del paciente”.* En este caso sería el estafilococo coagulasa negativo, afirmando que el tratamiento pautado era el correcto.

Una vez más, los referidos informes se elaboran de espaldas a los datos ofrecidos por la Inspección Médica, que ponen de manifiesto la incidencia tendencialmente alta de Serratia en las infecciones nosocomiales de las unidades en las que se encuentra ingresado el niño, coincidiendo dicho ingreso, precisamente, con un momento de especial incidencia del bacilo en UCIN, durante el año 2004.

En este sentido, la propia Inspección Médica afirma que, para las infecciones nosocomiales, la mejor política es comenzar la terapéutica empírica basándose en los patrones prevalentes de susceptibilidad, para aislados conocidos en la institución, razón por la cual considera muy importante que el laboratorio tenga disponibles estadísticas del porcentaje de aislados sensibles, categorizados por especies y agentes microbianos y actualizarlas regularmente, de lo que carece, pues afirma que no existen referencias registrales en cuanto

a la realidad de los microorganismos circulantes y las resistencias. Ello es lo que lleva a la Inspección a concluir que “*existiendo total disponibilidad de medios para conocer las características de los aislados de microorganismos propios y para diseñar la política antibiótica que corresponda, parece que no se han utilizado*”, pues en lugar de pautar un tratamiento antibiótico empírico basado en los microorganismos endémicos de las unidades en las que estuvo ingresado el niño, atendidas sus resistencias y susceptibilidades, se instauró una antibioterapia no específica y no adaptada a los datos epidemiológicos locales, los cuales, como quedó expuesto, al parecer eran desconocidos por los facultativos intervinientes.

Cabe concluir que la Administración no cumplió la obligación de medios a que viene compelida en la prestación de asistencia sanitaria, por lo que existe relación de causalidad entre el funcionamiento, por omisión, de los servicios públicos y el fallecimiento del hijo de los reclamantes, cuya antijuridicidad ya fue afirmada con anterioridad.

### 3. El traslado del niño de la UCIN a la Sección de Neonatos.

Consideran los reclamantes que el traslado de su hijo a la indicada Sección le perjudicó. Sin embargo, queda reflejado en el expediente que dicho traslado no fue a Neonatos, sino a la UCI pediátrica, la cual fue visitada por la Inspección Médica, concluyendo que las características de la UCI pediátrica no difieren de las que son evidentes en la UCIN, incluso podría decirse que la estanqueidad y superficie ofrecen mayor posibilidad de que el control de infecciones fuese mejor, por lo que el traslado en sí mismo considerado no habría tenido incidencia en la infección.

### QUINTA.- Cuantía de la indemnización.

Alcanzada la conclusión de que se dan en el supuesto sometido a consulta todos los elementos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, resta por determinar el importe de la indemnización a satisfacer a los interesados, quienes pretenden que ascienda a 240.000 euros, de los cuales 180.000 corresponderían a los padres y 30.000 euros para cada uno de los hermanos del fallecido.

La doctrina de este Consejo Jurídico viene recogiendo de forma constante los siguientes criterios legales y jurisprudenciales, como pautas principales a seguir en la cuantificación de la indemnización:

a) La extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de reparación integral, es decir, se extiende a todos los daños alegados y probados por el perjudicado incluyendo el daño moral o, con carácter más general, el denominado *pretium doloris*, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (SAN, Sección 4ª, de 27 de noviembre de 2002 y STS, Sala 3ª, de 3 de abril de 2002).

b) La legislación sobre indemnización en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo (STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998), debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del mismo en relación con el funcionamiento de la Administración que ha ocasionado el daño.

c) Incumbe a la parte reclamante la carga de probar cuantos elementos de cuantificación de los daños en virtud de los cuales reclama, como recoge la jurisprudencia del Tribunal



Supremo, entre otras, las Sentencias de la Sala 3ª, de 3 de febrero de 1989 y 19 de febrero de 1992.

d) La cuantía de indemnización ha de calcularse con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo (artículo 141.3 LPAC).

En el supuesto sometido a consulta, se ha producido la muerte del recién nacido, cuando contaba tan sólo unos días de edad, por lo que cabe inferir que la indemnización se reclama en concepto de daños morales por la pérdida de un pariente tan cercano.

La siempre difícil labor valorativa de los daños se complica aún más en los supuestos de daños morales, pues se carece de módulos o criterios objetivos que faciliten la tarea. La referida dificultad aumenta cuando, como en el supuesto sometido a consulta, los reclamantes se limitan a expresar un importe global que solicitan como cuantía indemnizatoria, sin mayor justificación, cuando les correspondía su probanza.

En su ausencia, y dado que los criterios que para el cálculo de la indemnización que ofrece el artículo 141.2 LPAC resultan inaplicables para la cuantificación de un daño que, como el aquí indemnizable, no sea patrimonial, su valoración queda abocada a un juicio prudencial que pondere las circunstancias que concurren, y atienda a lo fijado por los Tribunales de Justicia y por la doctrina del Consejo Jurídico sobre el resarcimiento en supuestos similares. En la conformación de ese juicio, y para tener una mínima referencia objetiva que oriente la labor valorativa, el Consejo Jurídico de ordinario acude al baremo correspondiente al sistema para la cuantificación de las lesiones producidas a las personas en accidentes de circulación.

El baremo vigente en el momento de producirse la muerte del bebé (febrero de 2004), era todavía el introducido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor por la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, actualizado para el año 2004 por Resolución de la Dirección General de Seguros de 9 de marzo de 2004. En la tabla I se fijan las indemnizaciones básicas por muerte, que incluyen los daños morales, para las víctimas del Grupo IV, es decir, que no tienen cónyuge ni hijos, pero sí ascendientes, como es el caso. Siendo menor de 65 años la víctima, a los padres que convivieran con ella les correspondería una indemnización global de 82.754,872101 euros. A cada hermano menor de edad, asimismo conviviente con la víctima, 15.046,339185 euros.

La convivencia del fallecido con su familia fue relativa, en la medida en que toda su corta vida la pasó en el Hospital, sin contacto afectivo con sus hermanos (uno de ellos gemelo) y el otro, cuya existencia no ha sido probada en el expediente, al parecer todavía no había nacido en la fecha del óbito, toda vez que tiene el mismo nombre que los padres habían asignado al gemelo fallecido (x.).

Sin embargo, respecto de los progenitores, sí cabe apreciar una natural y evidente cercanía con el hijo recién nacido, cuya evolución hasta su desgraciada muerte hubieron de sufrir durante días, con la natural angustia y zozobra de la situación a la que se enfrentaban.

No se han acreditado, sin embargo, circunstancias familiares que determinen la aplicación de factor de corrección alguno.

En atención a tales consideraciones y siguiendo el citado baremo como pauta orientativa, cabe fijar el monto total de la indemnización en 83.000 euros, tomando además como referencia las cuantías señaladas por órganos jurisdiccionales en supuestos de recién nacidos fallecidos a los pocos días de su alumbramiento, como las establecidas en sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia, núm. 1873/2000, y Cantabria 447/2005.

En consecuencia, procede indemnizar a los reclamantes en la cantidad de 83.000 euros, más la correspondiente actualización, conforme a lo establecido en el artículo 141.1 LPAC.

Previamente al abono de la indemnización habrán de cumplimentarse los trámites exigidos por las normas presupuestarias, singularmente, en materia de ejercicio de la función interventora.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, toda vez que el Consejo Jurídico sí aprecia en el supuesto sometido a consulta la concurrencia de todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, procediendo declarar el derecho de los reclamantes a ser indemnizados.

**SEGUNDA.**- La cuantía de la indemnización deberá fijarse conforme a lo indicado en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 122/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una vivienda de su propiedad.**

**Consultante: Consejera de Hacienda y Administración Pública (2007)**

**Fecha: 07/07/08**

### **Extracto de Doctrina**

*El Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de junio de 1988, señala que "...toda reclamación de daños y consiguiente indemnización de perjuicios que se pudiera causar por aquellos daños, requiere como elemento indispensable y necesario, el acreditar la realidad de ambos y la necesaria relación de causa a efecto entre el acto o actividad de que se trate y el resultado dañoso, incumbiendo la prueba de todo ello al que reclama".*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 15 de noviembre de 2005 tiene entrada en el Registro General de la Comunidad Autónoma un escrito firmado por x., mediante el que formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos en dos propiedades que ostenta en régimen de gananciales con su esposo: una vivienda sita en la Plaza del Reloj, núm. 5 y una almazara ubicada en la C/ Llanicos, núm. 1, ambas colindantes con el edificio del antiguo Ayuntamiento de Campos del Río.

Según la reclamante los daños sufridos en los inmuebles de su propiedad se deben al mal estado del edificio del antiguo Ayuntamiento, lo que ha permitido la filtración de agua que ha sido la causa de los daños, cuya reparación asciende a 12.116,59 euros.

Une a su escrito la siguiente documentación:

- a) Escritura de compra de los inmuebles antes citados.
- b) Certificación catastral descriptiva y gráfica de dichos inmuebles.
- c) Notas simples del Registro de la Propiedad de Mula, también relativas a la vivienda y a la almazara.

d) Informe elaborado por el Arquitecto Técnico, x., en el que tras describir la situación y linderos de las fincas afectadas, así como los daños en ellas observados, concluye afirmando lo siguiente: *“Se observa que el muro posterior de los patios de las viviendas se encuentra con un acusado desplome provocado por las filtraciones de agua que inducen a un asiento del terreno con un empuje horizontal hacia el muro, ofreciendo humedades, desconchados y pérdidas de sección del propio muro siendo la principal causa de la existencia de grietas en el muro y suelo del patio de x.*

*Se evidencia la continuidad de la grieta de grandes dimensiones que ha sido originada en el patio posterior del “antiguo Ayuntamiento” que tiene su continuidad en el patio de x, afectando a sus muros divisorios lateral y frontal.*

*Asimismo comunicar que si no se realiza ningún tipo de actuación para evitar el desplazamiento constante del muro posterior y dado que la época de lluvias podría estar próxima, podría provocar el desmoronamiento total o parcial del muro afectando a los patios de la “Antigua Almazara” y a las viviendas medianeras con consecuencias irreversibles.*

*Por tanto y como técnicamente es necesario reparar los daños producidos por el patio del edificio situado en la Plaza del Reloj, nº 6 “Antiguo Ayuntamiento” y más concretamente por el estado de abandono al no tener ningún tipo de mantenimiento en estas antiguas dependencias es por lo que el redactor de este informe y atendiendo a la petición de la requirente procede a realizar la medición y valoración de los daños y otros gastos que conllevan las obras de reparación y que precisan para reparar los daños causados y mencionados anteriormente, en zona antedicha los patios posteriores de la vivienda de x., adjuntándole a este escrito el importe estimado por realización de las obras citadas y por los demás gastos que su realización obligadamente conllevan”.*

Finaliza su escrito solicitando se declare la responsabilidad de la Administración regional, acordando:

- 1º. Indemnizar a la reclamante en la cantidad de 12.116,59 euros, más los intereses que correspondan.

2°. Ordenar los trabajos de aseguramiento y reparación del inmueble titularidad de la Administración regional, sito en el número 6 de la Plaza del Reloj, de Campos del Río.

3°. Ordenar a su costa aquellos trabajos de aseguramiento y/o reparación sobre la vivienda de la reclamante, que fueran consecuencia, directa o indirecta, de aquellos que sea preciso acometer en el inmueble de titularidad pública.

4°. Reconocer los demás derechos indemnizatorios que pudieran derivarse a su favor como consecuencia de los distintos trabajos de reparación y aseguramiento que se acometieren.

Señala, a efectos de notificaciones, el domicilio del Letrado x.

**SEGUNDO.-** Seguidamente aparece en el expediente una comunicación interior del Director General de Patrimonio dirigida al Jefe de la Oficina Técnica de dicho centro directivo, por la que solicita la emisión de informe técnico al objeto de determinar el origen de los daños alegados por la reclamante, así como, si es posible, el momento en el que la lesión efectivamente se produjo.

El requerimiento es atendido con fecha 8 de febrero de 2006, mediante informe emitido por el Arquitecto Técnico de la Dirección General de Patrimonio, x., en el se indica lo siguiente:

*“El técnico que suscribe realiza visita el día 2 de febrero de 2006 a la vivienda “A” y al inmueble “B”, ambos propiedad de x. Tras la inspección ocular de los inmuebles afectados, toma de datos y lectura detallada del informe técnico, se observan los siguientes términos:*

*1. En la vivienda “A” existen daños solamente en la parte de atrás del patio (zona “a”), en el pavimento y en los muros de cerramiento colindantes con la finca “C” (antiguo ayuntamiento) y con la finca “B” (antigua almazara).*

*2. Es cierto que el edificio “C” (antiguo ayuntamiento) presenta un deterioro importante y precisa la ejecución de obras para su consolidación y protección. La demolición del edificio solucionaría estos problemas si bien dejaría un solar que al estar en un nivel superior, ocasionaría problemas de humedad por aguas de lluvia a las edificaciones colindantes. La situación de este inmueble ya se ha manifestado en informes anteriores.*

*3. La finca “B” (antigua almazara) consta de la almazara y un gran patio, que ocupan un solar con un lado medianero con los inmuebles “D”, “C”, “A” y “E”; situado en un nivel inferior (unos tres metros) y con acceso por C/ Llanicos. Tiene también un acceso desde el patio de la vivienda “A”. Esta almazara se encuentra en muy mal estado, situación ya reflejada en la escritura de compraventa de 26 de agosto de 2003 (“una almazara vieja y en estado de ruina de tracción animal y prensa a brazo sin actividad desde hace más de treinta años”).*

*4. Las grietas existentes parecen apuntar al “vuelco” parcial del muro de contención y cerramiento (“c”) y este “arrastra” al muro de separación de “A” y “C” provocando las grietas descritas en el informe técnico aportado en la reclamación.*

*5. Una posible causa del principio de vuelco del muro podría estar en la pérdida de asiento del muro por la entrada de agua en el terreno donde está su base. Este muro de contención es también cerramiento con la finca “antigua almazara”, es decir, las aguas que caen en el patio de la almazara que está sin pavimentar con un gran árbol junto al muro,*

*podrían haber debilitado la base de sustentación del referido muro, provocando el inicio de vuelco que ha causado las grietas”.*

Al informe se acompaña un reportaje fotográfico de las fincas afectadas.

**TERCERO.-** Admitida a trámite la reclamación y nombrada instructora del procedimiento, se procede a notificar tales circunstancias a la interesada, al tiempo que se le requiere para que proceda a determinar y acreditar el momento en el que los daños que alega se produjeron.

El anterior requerimiento es cumplimentado por la reclamante que señala que si bien es cierto que la primera vez que detectó los daños origen de la reclamación fue en el año 2004, aquéllos se han ido produciendo progresivamente de forma paralela al también progresivo deterioro del edificio correspondiente al antiguo Ayuntamiento de Campos del Río. Se trata, pues, de unos daños continuados, en los que resulta indiferente el momento de su denuncia ya que el plazo de prescripción no empieza a correr hasta que los daños cesan.

También señala la x. su extrañeza ante la demora en adoptar las medidas que se requieren en evitación de que se produzca el desplome *“en los inmuebles colindantes y afectados, que cause una desgracia personal o material, ya que en tal caso tengan la seguridad de que se ejercerán todas las acciones, esta vez civiles y penales, frente a aquéllos miembros de la función pública que continúan tras más de año y medio sin ofrecer una solución al calamitoso y vergonzoso estado de conservación en el que se ha mantenido el edificio del antiguo Ayuntamiento”.*

**CUARTO.-** Con fecha 9 de mayo de 2007 el Director General de Patrimonio dirige escrito al Alcalde del Ayuntamiento de Campos del Río, en el que se le indica lo siguiente:

*“En esta Dirección General se tramita expediente de responsabilidad patrimonial relativo a los daños causados a x. en una vivienda de su propiedad, sita en Plaza del Reloj, nº 5, y otra con fachada principal a la calle Llanicos, nº 1, como consecuencia del mal estado del edificio Antiguo Ayuntamiento de Campos del Río.*

*Dicho inmueble fue revertido a esa Corporación en virtud de Acuerdo de Consejo de Gobierno de fecha 17 de diciembre de 2004, y aceptada por ese Ayuntamiento mediante Acuerdo de fecha 24 de enero de 2005, ‘en la situación de hecho y de derecho en que actualmente se encuentra’, según el punto PRIMERO de dicho Acuerdo de aceptación. Asimismo en la escritura de reversión suscrita al efecto por ambas Administraciones, se hace constar que la finca en cuestión ‘vuelve a la propiedad del Ayuntamiento de Campos del Río, en la situación de hecho y de derecho en que actualmente se encuentra, con todas sus pertenencias y accesiones, sin que se hayan producido detrimentos que tenga que percibir la entidad beneficiaria, y sin que por tanto tenga nada que reclamar ante la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, por ningún concepto derivado o relacionado con la cesión y reversión’.*

*Por otro lado, como consecuencia de la reclamación de responsabilidad patrimonial de x., se ha emitido informe técnico por este Centro Directivo sobre el estado de conservación del inmueble citado, el cual se acompaña, y en el que se deja constancia del deterioro en que se encuentra el mismo.*

*Finalmente, le adjunto copia del escrito de alegaciones que ha presentado el reclamante en esta Administración, en el que se hace constar la urgencia de la necesidad de*

*reparación de la finca causante de los daños en su vivienda, de lo cual le doy traslado para su conocimiento y con objeto de que se adopten las medidas oportunas”.*

Con la misma fecha se indica a la reclamante que se ha efectuado el envío del anterior escrito.

**QUINTO.-** La instructora dirige comunicación a la Oficina Técnica de la Dirección General de Patrimonio, al objeto de que, a la vista de las alegaciones formuladas por la reclamante, se proceda a emitir un informe complementario al formulado el 8 de febrero de 2006, en el que se haga constar, si es posible, la relación de causalidad entre el daño producido y el origen del mismo, así como el momento en que aquél efectivamente se produjo.

El informe se emite el día 16 de mayo de 2007, y en él se reproduce literalmente el contenido del anterior, aunque, a modo de conclusión, se añade lo siguiente:

*1º. La vivienda de x. (vivienda A) “se encuentra en buen estado de conservación y mantenimiento y uso de vivienda” tal como dice el informe del técnico que aporta la reclamante.*

*2º. Los daños existentes en la propiedad de x. se localizan en el patio, en la parte trasera de la vivienda. El deterioro de la cubierta del edificio Antiguo Ayuntamiento (vivienda C) no tiene ninguna relación con estos daños (el informe técnico tampoco los relaciona).*

*3º. Los daños que presenta la almazara se deben a que se trata de una edificación ya ruinosa cuando x. la compró, tal como dice la escritura de compraventa y la falta evidente de mantenimiento.*

*Además según dice el informe del técnico aportado por la reclamante, la escalera que accede a la almazara y que se encuentra en la parte posterior del patio de su vivienda sirve de ‘aliviadero y/o desagüe’ lo que colabora en gran medida al deterioro de la almazara.*

*4º. Las grietas descritas en el informe del técnico aportado por la reclamante pertenecen al muro medianero que separa la vivienda de x. con el Antiguo Ayuntamiento. Estas se han producido por el arrastre del muro de contención con inicio de vuelco que sirve de linde posterior del patio del Antiguo Ayuntamiento (marcado “c” en anexo II). Este inicio de vuelco se ha producido muy probablemente por la acción de las raíces del árbol (zona rayada en anexo II) que se encuentra en el patio de la almazara -propiedad de la reclamante- junto al muro citado”.*

Incorporados al informe figuran planos y fotos de los inmuebles que se mencionan.

**SEXTO.-** Conferido trámite de audiencia a la reclamante ésta presenta escrito de alegaciones que ratifica las formuladas con ocasión de su reclamación inicial y rebate las conclusiones alcanzadas por el informe del Arquitecto Técnico de la Dirección General de Patrimonio, en los siguientes términos:

1º. La falta de fiabilidad de dicho informe se desprende del hecho de que se emita quince meses después de haber visitado los inmuebles dañados.

2º. La contradicción existente al situar el origen de los daños, ya que en los apartados cuarto y principio del quinto se señala como tal las filtraciones de agua que se producen en el terreno posterior colindante con el muro de contención del “antiguo Ayuntamiento”, en

tanto que en la conclusión cuarta del meritado informe se apunta como tal causa las raíces de un árbol situado en el patio trasero de la vivienda de la reclamante.

3º. El informe del técnico de la Dirección General de Patrimonio no desvirtúa el emitido por el perito x., del que se acompañó copia al escrito de reclamación, en el que se afirma que el acusado desplome que se observa en el muro posterior de los patios de las viviendas es provocado “*por las filtraciones de agua que inducen a un asiento del terreno con un empuje horizontal hacia el muro, ofreciendo humedades, desconchados y pérdidas de sección del propio muro, siendo la principal causa de la existencia de grietas en el muro y suelo del patio de x.*”.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 9 de julio de 2007 la instructora se dirige a la Oficina Técnica de la Dirección General de Patrimonio, acompañando el escrito de alegaciones de la reclamante y solicitando la designación de un nuevo técnico que emita informe contradictorio.

Efectuada tal designación, el arquitecto técnico, x., tras girar visita a los inmuebles afectados el día 3 de agosto de 2007, emite, el siguiente día 7, informe al que acompaña fotografías y planos (folios 108 y siguientes), y de cuyo contenido destaca lo que a continuación se reproduce:

“2. DESCRIPCIONES GENERALES DE INTERÉS:

*2.1. Los inmuebles recayentes a la plaza del Reloj, números 5, 6 y 7, tienen su acceso a similar cota, siendo colindantes entre si, como se aprecia en F1 y F3. El límite posterior de los patios traseros de dichos inmuebles, está configurado como un muro de contención de mampostería de piedra y mortero de cal, de unos 50 cm. de espesor; cuya mayor altura, ‘unos 4 metros’, coincide con el patio del inmueble del Ayuntamiento. Colindante a dicho muro y en su zona inferior se sitúan el patio y la almazara que constituyen la finca de la C/ Llanicos, nº 1, desde donde se han hecho las fotografías F4 y F8.*

*2.2. En las anteriores fotografías puede apreciarse la menor altura del muro posterior de mampostería situado bajo los patios posteriores de las fincas nº 5 y 7 de la plaza del Reloj, a ambos lados de la finca del Ayuntamiento.*

*A la vista de tales fotografías se observan asimismo los siguientes detalles de interés:*

*2.2.1. El desmoronamiento parcial del muro de contención de mampostería, perteneciente al inmueble nº 7 (F4 y F5).*

*2.2.2. La minoración de la resistencia de otro tramo del mismo muro de contención de mampostería, situado en el inmueble nº 5 de la reclamante, el cual se ha sustituido por fábrica de ladrillo cerámico de 12 cm de espesor (F4, F6 y F8).*

*2.2.3. La almazara de la finca de la reclamante sita en C/ Llanicos nº 1, se encuentra en estado de ruina física. Una de las vertientes de su cubierta a dos aguas, tiene una superficie de 110 m<sup>2\*</sup> arrojando el agua de lluvia sobre un patio descubierto, de 275 m<sup>2\*</sup>, en total 385 m<sup>2\*</sup>, que reciben el agua de lluvia, la cual se encharca y filtra al terreno de la zona más baja del patio, que coincide junto a la cimentación del tramo del muro de contención de mampostería situado sobre la vertical del patio del inmueble del ayuntamiento (F2 y F4 a F8).*

*\* Medición en base a documentación catastral.*

### 3. DESCRIPCIÓN DE LOS DAÑOS:

3.1. Compruebo que existe deformación por pérdida de verticalidad en el muro de contención de mampostería del patio posterior del inmueble del Ayuntamiento descrito en el capítulo anterior y una fisura de unos 5 centímetros de anchura, de trazado paralelo a dicho muro y separada del mismo 1,50 metros, que afecta a la solera de hormigón del patio, con resultado de su asentamiento diferencial (F13 y F14). El proceso combinado de vuelco del muro y asentamiento de la solera, produce fisuras verticales e inclinadas características en los muros divisorios de las tres fincas colindantes nº 7, 6 y 5 de Plaza del reloj (F9 a F12), así como fisuras en solera de la finca nº 5 (F10).

### 4. CAUSA DE LOS DAÑOS VERIFICADOS:

4.1. Del estudio minucioso de los indicios observados y de las características constructivas de los inmuebles afectados, deduzco que la ocurrencia de los daños reclamados han seguido el siguiente proceso cronológico:

4.1.1. Disminución paulatina y continuada a lo largo del tiempo, de la estabilidad del muro de contención de mampostería, situado al fondo del patio posterior del inmueble del Ayuntamiento, hasta ocasionar su deformación, a consecuencia de:

a) Pérdida del arriostramiento o sujeción del que gozaba antes de su alteración producida por su interrupción a ambos lados de dicho inmueble, conforme se justifica en los apartados 2.2.1 y 2.2.2.

b) Alteración de la capacidad portante de su base de cimentación derivada de las humedades ocasionadas por el vertido ocasional desde la finca nº 1 de la C/ Llanicos, del agua de lluvia, conforme se justifica en 2.2.3.

4.1.2. La confluencia solidaria de ambas causas, cuyo comienzo en el tiempo no resulta posible determinar, han ido socavado la estabilidad del muro, produciendo un inicio de vuelco, a partir de cual se han desencadenado el resto de daños: Fisuras y descenso de solera, así como las fisuras en los muros colindantes perpendiculares al de contención.

### 5. CONCLUSIONES Y FINAL:

5.1. La causa y origen principal de los daños observados, ha sido el debilitamiento del muro de contención de mampostería, a ambos lados del patio del inmueble del Ayuntamiento, ocurrido en fecha indeterminada, así como la alteración del terreno portante de la cimentación de dicho muro, a consecuencia del agua de lluvia.

5.2. El estado de conservación que presentan las edificaciones de las fincas nº 5, 6 y 7 de la Plaza del Reloj y nº 1 de la calle Llanicos, debido a su alejamiento de la zona afectada, no tiene incidencia ni guarda relación causal con las patologías anteriormente expuestas, así como tampoco el material de escaso peso depositado en el patio del edificio del ayuntamiento.

5.3. Respecto a la contribución de las raíces del arbolado situado junto a la cimentación del muro de mampostería, si bien en sí mismo no resulta un factor principal, no es menos cierto, que contribuyen negativamente a la alteración del terreno portante.

5.4. A la vista del peligro inminente de colapso del muro de contención de mampostería, cuyo estado es de ruina física, se recomienda su demolición y consolidación del talud



*del terreno y hasta que ello se produzca, se impida el acceso de personas a la finca de la Calle Llanicos n° 1”*

**OCTAVO.-** El día 27 de agosto de 2007 la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la pretensión deducida por la reclamante, al considerar que los daños sufridos en los inmuebles de su propiedad no guardan relación causal con el estado de conservación que presenta el edificio del antiguo Ayuntamiento de Campos del Río, según se desprende de los informes técnicos obrantes en el expediente.

**NOVENO.-** Con fecha 31 de agosto de 2007 la instructora dirige escrito a la reclamante remitiéndole copia del informe técnico emitido el día 7 de dicho mes y año, así como de la propuesta de resolución, al tiempo que le indica que ese mismo día 31 se procede a solicitar informe preceptivo y determinante del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, debido a lo cual declara la suspensión de la tramitación del expediente hasta tanto no se reciba el Dictamen, aunque, más abajo, indique que la suspensión acordada no excederá de tres meses.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 27 de septiembre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del RRP.

#### **SEGUNDA.- Plazo y legitimación.**

El artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LPAC), dispone que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, previsión asimismo contenida en el artículo 4.2 RRP. Los perjuicios imputados por la reclamante se configuran como un supuesto de daños materiales que habría sufrido como consecuencia —a su juicio— del mal estado de conservación del edificio del antiguo Ayuntamiento de Campos del Río, y que, según la interesada, fueron detectados por primera vez a finales del año 2004, pero que han sido continuos desde ese momento sin que, a la fecha de interposición de la reclamación, hubiesen cesado. De lo anterior cabe entender que nos encontraríamos ante unos daños continuados, es decir, que habrían nacido de una unidad de acto, y se habrían producido día a día y sin solución de continuidad. En este tipo de daños el cómputo del plazo para reclamar no podrá comenzar a contarse en tanto no cese el evento dañoso. Ahora bien, en estos supuestos de daños de tracto sucesivo tanto el Tribunal Supremo como el Consejo de Estado y este Consejo Jurídico se muestran favorables a admitir la viabilidad de reclamar incluso antes de que cese el evento dañoso. Así el Alto Tribunal, en sentencia de 22 de junio de 1995, afirma que negar tal posibilidad “*conllevaría que el perjudicado debiese soportar estoicamente los daños que de manera continuada se le vienen produciendo sin*

*solicitar su justa compensación al causante de los mismos; nada obsta, por tanto, a que en un momento determinado se reclamen los daños y perjuicios hasta ese instante producidos, mediante la correspondiente evaluación, sin que ello comporte, salvo manifestación expresa en contrario, la renuncia a reclamar los que se originen en los sucesivos, atendida su producción día a día de manera continuada y como consecuencia de un único hecho que no se agota en un momento concreto".* En consecuencia, cabe entender que la reclamación fue formulada dentro de plazo.

La legitimación activa reside, cuando de daños materiales en las cosas se trata, en quien ostenta su propiedad o cualquier otro derecho de goce en cosa ajena, dado que éste será quien sufra el perjuicio patrimonial ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos. En el supuesto sometido a consulta, la reclamante afirma haber sufrido daños en dos inmuebles de su propiedad, lo que acredita con copia de la escritura de compraventa, certificaciones catastrales y notas informativas del Registro de la Propiedad.

Estará legitimada pasivamente la Administración que ostente la titularidad del inmueble que se señala como origen de los daños. Según se desprende de lo instruido, el Ayuntamiento de Campos del Río fue su titular hasta que, mediante acuerdo del Pleno de dicha Corporación de 18 de noviembre de 1988, el edificio fue cedido a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Sin embargo, por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de 17 de diciembre de 2004, se procedió a revertir el inmueble a dicha Corporación Local, reversión que fue aceptada por el Pleno del Ayuntamiento en su sesión del día 24 de enero de 2005

De lo anterior resulta que cuando se detectaron los daños, es decir, a finales del año 2004, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ostentaba su titularidad, pero ya en el momento de iniciación formal del expediente de responsabilidad patrimonial (Orden de la Consejería de Hacienda de 26 de febrero de 2007, admitiendo a trámite la reclamación), el edificio había sido revertido al Ayuntamiento de Campos del Río. Como los daños por los que se reclama en el expediente son de carácter continuado, esta sucesión en la titularidad del inmueble, constante la situación productora del daño, podría dar lugar a una concurrencia de responsabilidades entre Administraciones Públicas (art. 140.2 LPAC), lo que exigía dar audiencia al citado Ayuntamiento, lo que así se cumplimentó, al menos desde un punto de vista formal, con el escrito que se le dirigió notificándole la iniciación del expediente de responsabilidad patrimonial y trasladándole copia del escrito de alegaciones presentado por la interesada.

### **TERCERA.- Procedimiento.**

Si bien es cierto que el artículo 12.2 RRP, señala que el dictamen del órgano consultivo competente se ha de pronunciar sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, también lo es que para un correcto pronunciamiento sobre dichos extremos el Consejo Jurídico ha de valorar el resto de presupuestos que inciden sobre dicho instituto, incluido el examen del procedimiento seguido en orden a determinar su corrección y las consecuencias que sobre aquél pudieran tener los defectos formales en los que se hubiera podido incurrir.

Pues bien, aunque la tramitación ha respetado, en términos generales, lo que sobre este tipo de procedimientos se establece tanto en LPAC como en el RPP, se han de efectuar las siguientes observaciones:

Primera.- La resolución de admisión de la reclamación y designación de instructora -trámite que, a tenor de lo prevenido en el artículo 6.2 RRP, se ha de anteponer a cualquier otro acto o trámite- se dicta con posterioridad a la solicitud y recepción de un informe técnico.

Segunda.- Recibido el escrito de alegaciones de la reclamante, en el que se cuestionan diversas conclusiones de los informes emitidos hasta ese momento por la Oficina Técnica de la Dirección General de Patrimonio, la instructora solicita un nuevo informe que indica que debe ser emitido por técnico diferente al que lo hizo en ocasiones anteriores, con el fin de garantizar la objetividad en el procedimiento.

La actuación instructora en relación con esta cuestión plantea dos cuestiones:

a) La emisión de un informe complementario podría resultar conveniente en orden a despejar determinadas cuestiones planteadas por la reclamante en trámite de alegaciones, pero la objetividad del procedimiento no exigía que aquél se redactara por técnico diferente al que ya lo había hecho con anterioridad, porque la profesionalidad e imparcialidad que se presume a los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cometidos resulta de aplicación en este caso, sin que quepa otorgársela al segundo informante y negársela al primero. Si lo que la instructora pretendía era obtener un tercer informe ajeno a las partes (Administración y reclamante), debería haber solicitado al Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos la designación de un profesional a tal efecto, siendo por cuenta de la Administración los gastos que se originasen, lo que hubiese exigido una previa justificación de su necesidad.

b) Tras el último informe de la Oficina Técnica de la Dirección General de Patrimonio, no se procedió a conceder un nuevo trámite de audiencia a la reclamante con anterioridad a la emisión de la propuesta de resolución; forma incorrecta de proceder que, de generar indefensión, podría comportar la nulidad de lo actuado. Sin embargo, como la interesada tuvo conocimiento, aunque fuese con posterioridad, de la existencia y contenido del informe, se puede concluir que tal indefensión no se produjo y, por lo tanto, en aras de los principios de eficacia y de economía procedimental, entender que resulta adecuado entrar a examinar el fondo de la reclamación.

Tercera.- La instructora notifica a la interesada el envío del expediente para Dictamen del Consejo Jurídico, advirtiéndole de que debido al carácter preceptivo y determinante de dicho Dictamen, el plazo para resolver quedaba suspendido por un tiempo que no excedería de tres meses. En cualquier caso, cabe señalar que cuando se declara la suspensión del plazo para resolver —el día 31 de agosto de 2007—, éste había transcurrido ya con creces, pues el procedimiento se ha de entender iniciado en el momento de interposición del escrito de reclamación, es decir, el día 15 de noviembre de 2005.

Cuarta.- El artículo 142.3 LPAC dispone que reglamentariamente se establecerá el procedimiento para determinar la responsabilidad patrimonial, previsión que se hace efectiva mediante la promulgación del RRP a cuyas disposiciones debe ajustarse la tramitación de dichos expedientes. Pues bien, según el artículo 11 RRP la audiencia al interesado se concederá una vez instruido el expediente e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, no resultando exigible, por lo tanto, trasladar al reclamante la propuesta de resolución.

CUARTA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

Veamos la aplicación de estos principios al supuesto cuyo análisis nos ocupa:

En lo que se refiere a la existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, este Órgano Consultivo considera que ha quedado acreditado que los inmuebles propiedad de la reclamante sufren una serie de daños que han sido descritos en los informes periciales que se han incorporado al expediente aportados por la interesada y por la Administración. Sin embargo, de la realidad de tal hecho no puede colegirse automáticamente que tales daños sean consecuencia del estado de conservación del edificio del antiguo Ayuntamiento de Campos del Río, del cual era titular, en el momento de iniciarse los daños, la Administración Regional.

En efecto, aunque consolidada doctrina jurisprudencial viene manteniendo que no son admisibles concepciones restrictivas del nexo causal que irían en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, ello no significa que la reclamante no deba aportar prueba suficiente que permita afirmar que el daño sufrido es imputable a una actuación administrativa. En este sentido el Tribunal Supremo, en sentencia de 29 de junio de 1988, señala que *“...toda reclamación de daños y consiguiente indemnización de perjuicios que se pudiera causar por aquellos daños, requiere como elemento indispensable y necesario, el acreditar la realidad de ambos y la necesaria relación de causa a efecto entre el acto o actividad de que se trate y el resultado dañoso, incumbiendo la prueba de todo ello al que reclama”*. Añadiendo en su sentencia de 11 de septiembre de 1995 que *“esa responsabilidad se configura por la efectividad de un daño evaluado económicamente e individualizado, la relación directa, inmediata y exclusiva de causalidad entre el daño y el funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, y la inexistencia de fuerza mayor. La prueba de las dos primeras condiciones corresponde al actor, mientras que la de la última, excluyente de esa responsabilidad, corresponde a la Administración”*.

Abunda en esta línea el Consejo de Estado, cuya doctrina en relación con las reclamaciones por responsabilidad patrimonial pone de manifiesto que *“la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante de acuerdo con los viejos aforismos “necessitas probandi incumbit ei qui agit” y “onus probandi incumbit actori” y con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”* (entre otros muchos se pueden citar los Dictámenes números 908/2001, 87/2002 y 98/2002).

También este Consejo Jurídico ha venido destacando la carga probatoria que incumbe a los reclamantes en la acreditación de estas circunstancias (entre otros, Dictámenes números 107/2003 y 28/2004).

En el presente caso la interesada, para probar la existencia de nexo causal, aporta un informe técnico en el que se describe la situación de los tres inmuebles: los dos cuyos daños constituyen el origen de la reclamación patrimonial objeto del presente Dictamen, y el del antiguo Ayuntamiento de Campos del Río, concluyendo que *“el muro posterior de los patios de las viviendas se encuentra con un acusado desplome provocado por las filtraciones de agua que inducen a un asiento del terreno con un empuje horizontal hacia el muro, ofreciendo humedades, desconchados y pérdidas de sección del propio muro siendo la principal causa de la existencia de grietas en el muro y suelo del patio de x.*

*Se evidencia la continuidad de la grieta de grandes dimensiones que ha sido originada en el patio posterior del “antiguo Ayuntamiento” que tiene su continuidad en el patio de x., afectando a sus muros divisorios lateral y frontal”.*

Frente a este informe pericial los técnicos de la Dirección General de Patrimonio emiten hasta tres informes de los que cabe concluir lo siguiente:

1º. El mal estado de conservación en general del inmueble conocido como “antiguo Ayuntamiento”.

2º. El muro de contención de mampostería común a las edificaciones correspondientes a los números 5 (propiedad de la reclamante), 6 (antiguo Ayuntamiento) y 7 de la Plaza del Reloj, ha ido perdiendo estabilidad a lo largo del tiempo debido a la *“pérdida de arriostamiento o sujeción del que gozaba antes de su alteración producida por su interrupción a ambos lados del inmueble (antiguo Ayuntamiento), debido por un lado al “desmoronamiento parcial del muro de contención de mampostería, perteneciente al inmueble núm. 7” y, por otro, a “la minoración de la resistencia de otro tramo del mismo muro de contención de mampostería, situado en el inmueble núm. 5 de la reclamante, el cual ha sido sustituido por fábrica de ladrillo cerámico de 12 cm. de espesor). A lo anterior hay que añadir la “alteración de la capacidad portante de su base (la del muro de contención) de cimentación derivada de las humedades ocasionadas por el vertido ocasional desde la finca núm. 1 de la C/ Llanicos, del agua de lluvia”.*

3º. Los daños que presenta la almazara se deben a que se trata de una edificación ya ruinoso cuando se adquirió (así se hace constar en la escritura de compraventa) y a una falta evidente de mantenimiento.

De todo lo anterior cabe colegir que los daños que presenta una de las propiedades de la reclamante, en concreto la ubicada en la C/ Llanicos, núm. 1, no pueden en absoluto relacionarse con el estado de conservación del edificio del antiguo Ayuntamiento, ni tan siquiera con la situación del muro de separación. Es más, la conclusión que cabe extraer de los informes técnicos es, precisamente, la contraria: ha sido el estado ruinoso de este inmueble el que ha afectado al citado muro, pues, como indica el arquitecto técnico de la Administración, la capacidad portante de la base de cimentación del muro se ha visto alterada por el encharcamiento y posterior filtración de las aguas de lluvia que, provenientes de la cubierta de la edificación de la almazara, se van almacenando en la zona más baja del patio, que coincide junto a la cimentación del tramo del muro situado sobre la vertical del patio del inmueble del Ayuntamiento (folio 111). A esta situación habrían coadyuvado también

las raíces del arbolado situado en el patio de la almazara, asimismo junto a la cimentación de dicho muro (folio 113).

En cuanto a la otra finca, es decir, la vivienda situada en el núm. 5 de la Plaza del Reloj, los daños que presenta el muro de contención son comunes a las tres fincas antes indicadas (las números 5, 6 y 7), sin que haya quedado acreditado de forma indubitada que el origen de los mismos sea imputable a la Administración titular del edificio del antiguo Ayuntamiento cuando se iniciaron dichos daños, sino que más bien las causas parecen apuntar a otra serie de circunstancias debidas a la diferencia de cotas entre dichas fincas, la ya apuntada filtración de agua provenientes de la almazara, la sustitución de parte del muro de mampostería por otro de fábrica de ladrillo cerámico y el desmoronamiento parcial del muro en el tramo correspondiente a la finca núm. 7.

Todo ello, en definitiva, impide que pueda tenerse por cumplidamente acreditado que la situación de deterioro del antiguo Ayuntamiento de Campos del Río ocasionara los daños alegados por la reclamante, todo ello sin perjuicio de que, recordando también lo recogido en el Dictamen 159/2007, referido a unos daños imputados al mismo inmueble, y ante el evidente peligro que supone tanto la situación de ruina de la almazara como el deficiente estado de conservación del edificio del antiguo Ayuntamiento de Campos del Río, resulte aconsejable que la Dirección General de Patrimonio traslade a dicha Corporación Local copia del informe del arquitecto técnico de dicho centro directivo, al objeto de que se puedan adoptar las medidas tendentes a evitar que se sigan produciendo los daños materiales que en dicho informe se ponen de manifiesto, así como otros de tipo personal que pudieran acaecer a la vista de la situación en la que se encuentran los inmuebles que han sido objeto de la pericial.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación, por no concurrir los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 123/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente de circulación, en la carretera de la Alberca.****Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)****Fecha: 07/07/08****Extracto de Doctrina**

*La obligación legal de la Comunidad Autónoma de respetar los usos, existentes y tolerados, para que los terrenos de dominio público de que se trata sirvan para la deambulación peatonal del vecindario de la zona, permitiendo el acceso a las viviendas colindantes, es título suficiente para imputar a la Administración regional los resultados dañosos producidos por la caída de la reclamante, al ver dificultado tal uso por la peligrosa configuración de los terrenos de dominio público de que se venía sirviendo.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El Consejo Jurídico ya conoció de la reclamación presentada por x., emitiendo el Dictamen 63/2007, cuyos antecedentes cabe dar aquí por reproducidos en orden a evitar innecesarias reiteraciones. El Dictamen concluye acordando la necesidad de completar la instrucción del procedimiento, en los siguientes términos:

a) Se acuerde la práctica de la prueba testifical propuesta por la interesada en su escrito de alegaciones o, en su defecto, se dicte resolución declarándola improcedente o innecesaria.

b) Se dé traslado de lo actuado al Ayuntamiento de Murcia —entidad obligada a la construcción de aceras en la zona del siniestro— con el fin de que pueda formular las alegaciones que estime procedentes.

c) Se incorpore al expediente la autorización en virtud de la cual la mercantil --, SA, ejecutó obras en la carretera de titularidad pública en la que ocurrió el accidente.

d) Se conceda trámite de audiencia a dicha mercantil y a la empresa --, SA, con la que, al parecer, la primera empresa contrató la realización de las obras.

c) Cualquier otro dato, informe o actuación que se estime conveniente por el órgano instructor.

**SEGUNDO.-** Cumplimentada en dicho sentido la instrucción, se llevan a cabo las siguientes actuaciones:

1.<sup>a</sup> La instructora solicita a la Dirección General de Carreteras el expediente relativo a la autorización concedida a --, S.A., para la realización de obras en la carretera en la que se produjo el accidente. Cumplimentado el requerimiento se une al expediente copia de la Resolución de autorización, así como pliego de las condiciones técnicas a las que debería atenerse la empresa en la ejecución de las obras.

2.<sup>a</sup> Se concedió trámite de audiencia a las mercantiles "--, SA" y "--, SA", sin que ninguna de ellas hiciera uso del mismo al no comparecer ni presentar alegación alguna.

3.<sup>a</sup> Asimismo se dirigió escrito al Excmo. Ayuntamiento de Murcia adjuntándole copia del expediente a fin de que pudiera formular las alegaciones que estimase convenientes, a

lo que, mediante escrito fechado el 8 de junio de 2007, contesta que la reclamación de la x. fue en su momento tramitada por dicha Corporación Local.

4.ª Fijada fecha para la práctica de la prueba testifical y citados los testigos propuestos por la reclamante, ninguno de ellos compareció, de todo lo cual se levantó acta que fue firmada de conformidad por el representante de la interesada.

**TERCERO.-** Conferido trámite de audiencia, la reclamante comparece mediante escrito firmado por su Letrado x. y fechado el 25 de junio de 2007, en el que da por reproducidas todas y cada una de las alegaciones efectuadas en el expediente desde su inicio y, además, acompaña copia de un artículo de prensa en el que se pone de manifiesto la peligrosidad de la zona en la que ocurrió el accidente.

Posteriormente, presenta un nuevo escrito en el que desglosa la cantidad de 36.000 euros que solicitaba como indemnización, en los siguientes términos:

— Días de ingreso hospitalario, 4x61,97.....	247,88 euros
— Días improductivos, 280x50,35.....	14.098 euros
— Puntos de secuela, 15x864,94.....	12.974 euros
— Gastos médicos.....	1.904,70 euros
— Factor corrector 10%.....	2.922,40 euros
— Daños morales.....	3.853,02 euros

**CUARTO.-** Con fecha 3 de diciembre de 2007 el instructor formula una nueva propuesta de resolución en sentido estimatorio, al considerar que ha quedado acreditado el nexo causal entre el funcionamiento del servicio regional de carreteras y los daños alegados, ya que, autorizadas las obras por la Dirección General de Carreteras, tras su realización ha quedado probado el mal estado de la vía.

Seguidamente se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el pasado 17 de diciembre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

**CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen, legitimación y plazo para reclamar.**

Se dan por reproducidas las Consideraciones del Dictamen 63/2007, relativas a dichos extremos.

**SEGUNDA.- Procedimiento.**

Una vez completada la instrucción en el sentido indicado en el citado Dictamen 63/2007, se puede afirmar que, en términos generales, el procedimiento se ha atendido a lo establecido en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante RRP), aunque, obviamente, subsisten algunas de las observaciones que se recogían en la Consideración Tercera del Dictamen que resultan insubsanables.

**TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**



La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC), la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

Por otro lado, la lesión resarcible puede provenir tanto de una acción como de una omisión de los servicios públicos. En el supuesto que nos ocupa la reclamante sitúa la causa generadora de los daños en una omisión, por cuanto considera que los servicios de conservación y vigilancia dependientes de la Administración Regional no actuaron diligentemente, al haber omitido el deber que le incumbe de mantener las vías de su titularidad en condiciones tales que quede preservada la seguridad de quienes las utilizan. Pues bien, sólo si se consigue establecer una relación de causa a efecto entre la mencionada omisión y el daño alegado podría ser estimada la reclamación, pues el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetiva sólo exime de prueba la existencia de culpa, pero no del imprescindible nexo de causalidad entre la conducta de los servicios públicos y el daño.

La reclamante solicita ser indemnizada en la cantidad de 36.000 euros por los daños sufridos como consecuencia de la caída sufrida el día 7 de marzo de 2001, en la carretera de La Alberca, debido al mal estado en el que se encontraba la zona de dicha carretera situada entre la calzada y las fachadas de las viviendas que a ella dan, debido a unas obras ejecutadas por la mercantil x. con autorización de la Administración regional.

En el análisis de la posible concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial habría que reconocer, en primer lugar, la existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente, producido como consecuencia del accidente sufrido por la reclamante, a causa del cual padeció traumatismo de tobillo derecho, con crepitación, equimosis e impotencia funcional, por lo que tuvo que ser intervenida quirúrgicamente y someterse a un posterior tratamiento rehabilitados, a pesar del cual le quedaron las secuelas que señala el médico forense en su informe obrante al folio 21. Tal circunstancia ha quedado probada por la reclamante, de conformidad con la carga que recae sobre ella, conforme a lo previsto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 6 RRP, mediante la aportación de los informes sanitarios que obran en el expediente, la denuncia efectuada ante la Jefatura Superior de Policía de Murcia y la posterior sustanciación del Juicio de Faltas ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Murcia. La actividad probatoria se intentó completar con la declaración de los Policías Locales que atendieron a la interesada el día del accidente, a cuyo efecto fueron citados

por el instructor para que prestasen declaración, pero, por causas que se desconocen, no acudieron a testificar.

Asimismo, el daño sufrido por la reclamante ha de considerarse antijurídico, no por la forma de producirse, sobre cuya apreciación se razonará más adelante, sino por el hecho de que no existe, conforme a la Ley, un deber jurídico que le imponga la carga de soportarlo.

Por otra parte, puede afirmarse que también concurre el requisito de imputabilidad del daño, pues la omisión consistente en el defectuoso mantenimiento de una vía pública de titularidad regional, que la reclamante considera como causa productora del daño, acontece en el desenvolvimiento de un servicio público que a dicha Administración corresponde.

Pero lo anterior, como ya se afirmaba antes, no es de por sí suficiente para reconocer la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, sino que es necesaria, además, la relación de causa a efecto entre la lesión producida y el funcionamiento del servicio, y en este sentido está debidamente acreditado en el expediente la defectuosa situación de la zona por la que se veía obligada a transitar la reclamante, extremo corroborado por la prueba testifical y por las fotografías aportadas por la interesada, en las que resulta evidente el mal estado de los terrenos adyacentes a la carretera que carecían de acera, mostraban grandes desniveles y estaban cubiertos por maleza.

Dichos terrenos pertenecen a la zona de dominio público de la carretera MU-3021, cuya explotación corresponde a la Administración regional mediante actuaciones que incluyen el uso de las zonas de dominio público y de protección (art. 20 de la Ley 9/1990, de 27 de agosto, de Carreteras de la Región de Murcia), debiendo respetarse los usos existentes en tanto sean compatibles con la ejecución de un nuevo proyecto de construcción (art. 23. 2, de la citada Ley).

En los mismos terrenos y con autorización regional de fecha 4 de julio de 2000, se ejecutaron obras de tendido de cableado, las que, concluidas, dejaron descompactado el primitivo suelo, con hundimiento posterior de zanja y desniveles, creciendo luego matorral que dificultaba el paso. A tenor de las condiciones de la autorización, la mercantil “--, S.A.” había de realizar las obras *“debiendo reparar inmediatamente cualquier deterioro que sufra la carretera o sus elementos funcionales”* (Condición 5ª), y con la prescripción de que *“la canalización se alejará el máximo posible a la calzada de la carretera”* (Condición 7ª, 1ª).

Según expresa el informe de la Sección de Conservación de Carreteras, Sector de Murcia, *“la calzada de la Carretera MU-302, a su paso por el lugar señalado, se encontraba en buen estado de acuerdo con los partes de trabajo obrantes en este Servicio”*, por lo que cabe entender que la ejecución fue conforme con lo autorizado. Sobre dicho particular razona bien la propuesta de resolución de que tal información se refiere al estado de la vía en el momento de las obras, pero no al existente posteriormente y, por ende, al momento de la caída, en que la vía estaba impracticable: sin aceras, con el arcén cubierto de maleza y con una zanja mal cubierta con cemento, afirmando seguidamente que *“estando la vía en estas condiciones, una caída en modo alguno puede ser consecuencia de una actuación descuidada o negligente de la reclamante, pues es perfectamente lógico que los matorrales existentes ocultaran posibles baches y obstáculos en la calzada y se produjera, como consecuencia de ellos, la caída”*.

Lo anteriormente expuesto permite reprochar a la propuesta de resolución que, tras afirmar la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio y el daño producido,

expresa “...*si bien debiendo repetir solidariamente contra la empresa x, y, ulteriormente*”, ya que si la citada Sección de Conservación de Carreteras entiende que, de acuerdo con los partes de trabajo existentes, la calzada de la carretera se encontraba en buen estado, mal podrá repetirse contra la empresa autorizada “--, S.A.”, y aún menos de x., real ejecutora de las obras, pero unida contractualmente con la autorizada y no con la Comunidad Autónoma, por lo que habría de eliminarse también de la propuesta de resolución la argumentación jurídica basada equivocadamente en la legislación de contratos de las Administraciones públicas en lo que se refiere a la repetición solidaria que consigna, aunque luego no la haya llevado a los contenidos dispositivos de la propuesta.

La conclusión que deriva de cuanto antecede es que la obligación legal de la Comunidad Autónoma de respetar los usos, existentes y tolerados, para que los terrenos de dominio público de que se trata sirvan para la deambulación peatonal del vecindario de la zona, permitiendo el acceso a las viviendas colindantes, es título suficiente para imputar a la Administración regional los resultados dañosos producidos por la caída de la reclamante, al ver dificultado tal uso por la peligrosa configuración de los terrenos de dominio público de que se venía sirviendo.

**CUARTA.- Determinación del alcance de los daños y cuantificación de la indemnización.**

Fijada en los términos que se señalan en la anterior Consideración la concurrencia de los requisitos exigidos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario pronunciarse sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, por disponerlo así el artículo 12.2 RRP.

Para proceder a la evaluación de los daños que aparecen descritos en el informe médico forense de sanidad que obra al folio 21, se puede aplicar analógicamente los criterios de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, actualmente contenidos en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación e vehículos a motor, y que en la fecha en que se produjo el daño venían establecidos en la Disposición Adicional Octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, por la que se modifica la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, obteniendo el siguiente resultado:

**1. Días de incapacidad temporal.**

La reclamante tardó en alcanzar la curación 280 días, todos ellos improductivos para sus ocupaciones habituales, precisando en 4 de ellos hospitalización.

**2. Secuelas.**

Según el citado informe forense la x. padece las secuelas que a continuación se indican, las cuales se encajan en las categorías que, aplicando el contenido de la Tabla VI del citado Baremo, le corresponden:

- Trastornos tróficos leves en tobillo derecho, con una valoración de 3 puntos.
- Flexión dorsal de pie derecho menor de 30 grados (1-5), con una valoración de 2 puntos.
- Flexión plantar de pie menor de 50 grados (1-10), con una valoración de 4 puntos.

— Material de osteosíntesis en peroné derecho —placa atornillada— (2-6), con una valoración de 3 puntos.

— Cicatriz de 17 cms. en cara externa de pierna derecha. Perjuicio estético de grado ligero (1-4), con una valoración de 3 puntos.

Respecto a la valoración de lo daños sufridos, este Consejo Jurídico, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial existente al respecto, y como anteriormente se ha dicho, considera razonable acudir, como criterio orientativo, a lo establecido en la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados (vigente en el momento que se ha de tomar como referencia para la valoración) y del baremo actualizado de las indemnizaciones (incluidos los daños morales) para el año 2001, ya que, tal como prescribe el artículo 141.3 LPAC, la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por Instituto Nacional de Estadística.

Conforme a dicho baremo, ha de calcularse el *quantum* indemnizatorio del siguiente modo:

a) En lo relativo a la incapacidad temporal, se hará efectiva la cantidad de 11.538,56 euros, correspondiente a los 276 días que la reclamante estuvo incapacitada sin estancia hospitalaria y a una indemnización diaria de 41,806401 euros. A esta cantidad habría que adicionar la de 205,81 euros, por los 4 días en los que estuvo hospitalizada, a razón de 51,452646 euros/día.

b) En lo que se refiere a las secuelas, se calcula la cuantía correspondiente a 15 puntos a razón de 718,137343 euros el punto (atendiendo a la edad de la reclamante en el momento de ocurrir los hechos -45 años-), lo que supone un total de 10.772,06 euros.

c) En cuanto al factor de corrección del 10%, sólo estaría justificada su aplicación a la indemnización correspondiente a las lesiones permanentes, aun cuando la afectada no justifique ingresos según el citado baremo, pero no respecto a las indemnizaciones por incapacidad temporal cuando la interesada no ha acreditado ni su ocupación habitual ni los perjuicios económicos en atención a sus ingresos anuales. Por este concepto, pues, le correspondería el 10% de 10.772,06 euros, es decir, 1.077,20 euros.

d) No procede abonar cantidad alguna en concepto de gastos médicos, no sólo porque en el expediente no se encuentre debidamente acreditado que tal desembolso se produjese (sólo aparece al folio 34 una factura proforma), sino porque tal como se desprende del conjunto de la documentación sanitaria que en él obra, la reclamante fue atendida por los servicios sanitarios públicos, a los que, tal como ha indicado este Consejo en varios Dictámenes (por todos, el núm. 134/2006) tiene el lesionado la obligación de acudir en primera instancia, ya que *“la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración causante de daños físicos no constituye título suficiente para que el lesionado, beneficiario del sistema de seguridad social, tenga el derecho de elegir la medicina privada como instrumento para la curación de sus lesiones y se le resarza de los gastos ocasionados por ello, sino que debe acudir al sistema sanitario público, y sólo tras una denegación o retraso asistencial indebidos o un error de diagnóstico procede el resarcimiento de los gastos devengados por acudir, después, a la medicina privada”*.

De la suma de las cantidades señaladas anteriormente se obtendría un *quantum* indemnizatorio de 23.593,63 euros, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se informa favorablemente la propuesta de resolución al existir relación de causalidad entre el daño sufrido por la reclamante y el funcionamiento del servicio público de carreteras de la Administración Regional.

**SEGUNDA.**- Debe de eliminarse de la propuesta de resolución la argumentación jurídica basada equivocadamente en la legislación de contratos de las Administraciones públicas en lo que se refiere a la repetición solidaria que consigna, en los términos que se señalan en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**TERCERA.**- Los daños objeto de indemnización a cargo de la Administración Regional han de ser evaluados en 23.593,63 euros, más su actualización conforme a lo expresado en la Consideración Cuarta de este Dictamen, debiendo procederse a su fiscalización previa por la Intervención.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 124/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 07/07/08**

### **Extracto de Doctrina**

*La obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “lex artis”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la lex artis es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la lex artis venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica, o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 3 de marzo de 2005, x. presenta reclamación ante la Consejería de Sanidad, por responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de los daños y perjuicios sufridos debido a un error de diagnóstico, basándose en los siguientes hechos:

El 3 de abril de 2004 acude al Servicio de Urgencias de Totana con síntomas de dolor en pierna izquierda, que estaba amoratada, inflamada y caliente.

El médico de Atención Primaria remite al paciente al Hospital Rafael Méndez de Lorca para descartar Trombosis Venosa Profunda (TVP). Según el reclamante, el referido facultativo lo envía con urgencia al Hospital, advirtiéndole de la gravedad de su situación y aconsejándole que el traslado lo realizara con la pierna en alto por la amenaza de que un trombo pudiera causarle una embolia pulmonar.

Es atendido en el Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez por la Dra. x., que realiza exploración física y analítica, diagnosticando que la lumbalgia que venía padeciendo con anterioridad se había convertido en lumbociática. Se le da el alta y se remite al paciente a revisión por su Mutua, que tiene lugar el 20 de abril, día en que acudió al neurocirujano de la Mutua, quien solicita Eco-Doppler. La prueba informa de Trombosis Profunda del miembro izquierdo, por lo que es ingresado en el Hospital de la Mutua, desde el 21 hasta el 30 de abril de 2004, para tratamiento con anticoagulantes.

Para el reclamante, la doctora de urgencias debió descartar inicialmente la posibilidad de trombosis mediante la realización de una simple prueba (Eco-Doppler), que habría confirmado la sospecha diagnóstica del facultativo de Totana. Al no hacerlo, y dado que el diagnóstico temprano es esencial, el paciente permaneció durante 18 días sin tratamiento, lo que le colocó en un elevadísimo riesgo de muerte por trombosis pulmonar, el desarrollo futuro de recidivas tromboembólicas pulmonares, 8 días de hospitalización, baja laboral y, como secuela, síndrome postflebítico severo.

En la reclamación patrimonial se detallan los daños que relaciona con la asistencia recibida:

- 10 días de hospitalización para controlar y fijar el tratamiento.
- Previsión de 15 meses de baja, contando todos como días improductivos, en los que debe hacer reposo.
- Secuela permanente de Síndrome Postflebítico Severo.
- Imposibilidad total para realizar su actividad habitual, que es la de supervisor de almacén.

Se adjuntan a la reclamación los siguientes documentos:

- Copia del parte de Urgencias de Totana.
- Parte del Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez.
- Informe de alta hospitalaria de la Mutua.
- Informe de Eco-Doppler realizada por el área de radiología de la Clínica Virgen de la Vega.

— Documento de contestación a la queja presentada frente al Director Gerente del Hospital Rafael Méndez de Lorca. En él reconoce el Gerente que el diagnóstico que se estableció en el Hospital no coincidió con el dado por el médico del Servicio de Urgencias de Totana, el cual a la postre resultó correcto. También precisa que los facultativos que atienden el Servicio de Urgencias pueden y deben establecer sus propios diagnósticos y pedir las pruebas que estimen convenientes en base a su apreciación clínica y a la exploración del paciente. En atención a los antecedentes e informaciones disponibles se realizó una exploración física dirigida a determinar la presencia de una Trombosis Venosa Profunda, resultando todos los datos negativos, por lo que la doctora descartó la misma y se inclinó por un diagnóstico de Lumbociática, en base también a los antecedentes recientes.

— Informe del cirujano x., que describe el tratamiento a seguir por el paciente.

— Informe del cirujano cardiovascular x., que es del siguiente tenor literal:

*“Paciente con antecedentes de Obesidad, HTA y lumbociática.*

*Visto en consulta por primera vez el 21 de Septiembre del 2004 con problemas de dolor, edema e impotencia funcional en extremidad inferior izquierda. A raíz de reposo en cama por lumbociática Tromblebítis (sic) profunda MII con evolución posterior en los primeros días mala por tratamiento insuficiente.*

*Practicado Ecodoppler venoso el día 14 de Diciembre de 2004, que muestra signos de insuficiencia de cayado interno y externo de MII, así como engrosamiento de pared en vena poplítea de esa misma pierna y signos de S. Postflebitico severos.*

*La evolución posterior es la de un Síndrome Postflebitico Severo, con impotencia funcional e incapacidad para permanecer de pie o sentado largo tiempo, debiendo seguir terapéutica anticoagulante durante un año, tratamiento postural venotónico y elástico.*

*Dichas lesiones le provocan una incapacidad severa para realizar todo tipo de trabajos que le obliguen a permanecer de pie o sentado, así como flexionadas las rodillas largo tiempo”.*

Se insta, asimismo, la apertura del periodo probatorio, solicitando que se recaben informes escritos del profesional que le atendió en el Servicio de Urgencias de Totana y el del Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez.

El interesado no cuantifica la indemnización que solicita, *“relegando su concreción para el momento en el que se tengan los días de baja definitivos”.*

**SEGUNDO.-** Con fecha 31 de marzo de 2005, la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) dicta resolución de admisión a trámite de la reclamación patrimonial, encargando la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del Ente.

Por el órgano instructor se comunica la reclamación a la correduría de seguros del SMS, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, así como al Hospital Rafael Méndez y a la Gerencia de Atención Primaria del Área III, solicitando la historia clínica del paciente y los informes de los facultativos que lo atendieron.

**TERCERO.-** Con fecha 25 de abril de 2005, la Gerencia de Atención Primaria de Lorca remite la historia clínica del reclamante e informe del facultativo que le atendió en Totana, quien dice no recordar los hechos y se remite a la historia clínica.

**CUARTO.-** Con fecha 26 de agosto de 2005, el Hospital Rafael Méndez remite historia clínica del paciente e informe suscrito por el Jefe de la Unidad de Urgencias y una de las doctoras de dicho Servicio, la Dra. x., que se expresa en los siguientes términos:

*“En cuanto a la asistencia realizada por mi parte el 3-04-2004, a x., y por lo que puedo recordar, el paciente no presenta en el momento de la asistencia ningún síntoma sugestivo de trombosis venosa profunda y dado que la exploración clínica indicaba claramente una lumbociática, no estimé necesario la realización de un ECO-DOPPLER.*

*Dado que el único signo objetivable, era un aumento de la masa gemelar, que ya había sido valorada por cirugía cardiovascular y con ECO-DOPPLER normal, no hallé otros signos en la exploración que me hicieran pensar que la patología había cambiado.*

*En cuanto a lo sucedido en las 2 semanas posteriores a su asistencia en este servicio, es probable que evolucionara desfavorablemente desarrollando posteriormente como complicación una trombosis venosa profunda. En este supuesto, la presencia de cambios clínicos recomendaría una segunda valoración y la realización de un 2º ECO-DOPPLER”.*

**QUINTO.-** Con fecha 14 de julio de 2006 se le requiere a Ibermutuamur (Mutua que asiste al paciente) la historia clínica del reclamante, que es remitida el 28 de julio.

En ella consta la evolución de la lumbalgia que inicialmente afecta al reclamante. El día 5 de abril de 2004, dos días después de ser visto en el Hospital Rafael Méndez de Lorca, acude a revisión a la Mutua. El médico hace constar que el paciente *“comenta notar alguna mejoría, pero a veces nota dolor intenso en toda la pierna izquierda. Debido a una crisis de este tipo fue visto en urgencias del Rafael Méndez para descartar posible TVP. Continuar tratamiento y rehabilitación”.* Se le cambia el tratamiento pautado para la lumbalgia y se remite a neurocirugía.

En relación con la consulta de neurocirugía, el 20 de abril, consta en el historial la siguiente anotación: *“Resumen de historia: se hizo daño en la zona lumbar el 8 de marzo. Estuvo trabajando hasta el día 29 de marzo. Ante la falta de mejoría se pone en reposo 5 días y cuando se levanta comienza a tener dolor en pierna derecha cuando comienza a caminar. Tiene antecedentes de varices en esa pierna. La exploración neurológica es normal. La RM no muestra compromiso radicular, aunque tiene discopatía L5-S1. Creo que la lumbalgia inicial es por la discopatía, pero hay que descartar un problema vascular en la pierna. Pido Doppler de esa pierna. Pongo Clexane 40”.*

En anotación correspondiente al 6 de mayo de 2004, consta el resultado de Eco-Doppler: trombosis femoropoplítea.

El resto de la historia confirma la existencia de síndrome postflebítico severo irreversible, con una mala evolución que cursa con fuertes dolores, edema, lesiones ulcerosas en la piel, tumefacción y fascitis plantar.

**SEXTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica, es remitido con fecha el 13 de septiembre de 2006. En él explica en qué consiste la TVP:

*“La Trombosis venosa profunda es una patología que puede desarrollarse de forma subclínica, alrededor de la mitad de los pacientes no presentan signos ni síntomas obvios. El grado de sintomatología guarda a veces relación con el tamaño y la localización del trombo y con la cantidad de circulación colateral. El comienzo de los síntomas puede ser sutil, con ligera elevación de la temperatura y dolor en la pantorrilla. Es más probable*



*que la palpación provoque dolor que el clásico signo de Homans (dorsi-flexión del pie). Es difícil en obesos palpar el cordón venoso.”*

También relaciona los factores de riesgo de esta enfermedad y finalmente, concluye:

*“1. El diagnóstico dado por el médico del Hospital Rafael Méndez de lumbociática se realizó en base a los antecedentes personales y con una exploración física dirigida a descartar la presencia de patología vascular aguda, resultando todos los datos negativos.*

*2. El aumento de la masa gemelar ya había sido valorado por cirugía 4 meses antes con Eco-Doppler normal, se achacó a la obesidad y a patología muscular.*

*3. En el tratamiento, dados los antecedentes personales, se recomienda volver a utilizar medias de compresión y que acuda a su mutua para seguir evolución dado que a esta es a quien le corresponde la asistencia sanitaria por lo que en ningún momento estuvo desasistido como refiere.*

*4. Acude de forma puntual a consulta del Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez, si bien el inicio y las revisiones periódicas del proceso corresponden a la Mutua, (donde permanece en incapacidad temporal por ser accidente de trabajo) conocedora de la evolución del proceso.”*

Finaliza el informe con propuesta desestimatoria de la reclamación.

**SÉPTIMO.-** Consta en el expediente que el reclamante presentó recurso contencioso-administrativo ante la Sala del mismo orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, contra la desestimación presunta de su reclamación, dando lugar al Procedimiento Ordinario 2/2006.

**OCTAVO.-** Solicitado informe complementario de la doctora que asistió al paciente en el Hospital Rafael Méndez (Dra. x.), para que conteste a las preguntas que, de forma expresa, le formula el interesado en su reclamación, se remiten dos informes. El primero coincide sustancialmente con el que ya envió en su momento el Jefe de la Unidad de Urgencias, que obra al folio 39 del expediente, y que firmaba una facultativa (Dra. x.) distinta a la que había asistido al reclamante.

El segundo, de fecha 8 de noviembre de 2007, indica que dado el tiempo transcurrido resulta imposible recordar la conversación mantenida con el paciente, pero que, examinada la historia clínica del paciente y los informes del Servicio de Urgencias, no consta que el x. aportara en el momento de su examen ningún informe del Servicio de Urgencias de Totana, aunque sí consta que acudió por prescripción facultativa.

Respecto a si los síntomas que presentaba el paciente son los característicos de una trombosis venosa, responde la Dra. x. que *“el paciente únicamente presentaba un leve aumento del perímetro MM.II. izquierdo ya conocido previamente (desde hacia más de 6 meses), sin aumento de la temperatura ni cambios de coloración. Respecto al dolor que efectivamente presentaba el paciente, recordar que el mismo estaba en reposo por lumbalgia y que refería haberse realizado RMN, presentando protusión discal.”*

Preguntada, asimismo, la Dra. x., acerca de si los manuales aconsejan que siempre que se sospeche de la posible existencia de una TVP, se realicen pruebas —habitualmente Eco-Doppler— para confirmarla o descartarla, contesta que los antecedentes personales del paciente y su exploración clínica no le hicieron sospechar una TVP, y por lo tanto, no consideró necesaria ninguna exploración complementaria más.

Por último informa que es cierto que la detección y tratamiento precoz de la TVP disminuyen los riesgos de tromboembolismo pulmonar, no así el del síndrome postflebítico, que es la secuela habitual y lógica de una TVP, sucediendo en un 80% de los casos, y más en un paciente con patología venosa previa.

**NOVENO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, el reclamante presenta escrito de alegaciones en el que reitera las contenidas en su escrito de reclamación y se remite al procedimiento contencioso administrativo por él incoado.

Asimismo presenta alegaciones a la Mutua Ibermutuamur, que son del siguiente tenor:

*“X., el día 8 de marzo de 2004 acudió a la clínica de mi representada al haber sufrido un tirón en la zona lumbar; en la anamnesis se comprobó la presencia de dolor en zona lumbar irradiado a 1/3 superior zona interna, fue diagnosticado de lumbalgia, en la exploración se comprobó dolor que no aumenta a la presión en zona lumbar Lasegue positivo a 70º, con contractura lumbar.*

*El día 10 de marzo de 2004 nuevamente acudió el reclamante a las instalaciones de Ibermutuamur, manifestando tener la sensación de quemazón en el lugar de la inyección manifestando que se encontraba mejor del dolor lumbar.*

*El día 23 de este mismo mes de marzo, asistió a consulta médica, manifestando haber vuelto a notar dolor en zona lumbar, particularmente en la derecha, sin irradiación, se apreció dolor a la presión y contractura paralumbar derecha, realizada radiografía se apreció discreta lumbartrosis.*

*X., también acudió a consulta el siguiente día 29, manifestando que se notaba como bloqueado con dolor constante en zona lumbar derecha que se irradiaba hacia delante, se le prescribió la práctica de una resonancia nuclear magnética, fue dado de baja médica este día.*

*El siguiente día 31 otra vez asistió a consulta médica, comentando que no le dolía la zona estando en reposo, con sensación de flojedad en ambas piernas, el resultado de la resonancia nuclear magnética fue; protusión discal L5-S1, discopatía L3-L4 y L5-S1, aumento de la lordosis lumbar, bloque vertebral D10-D11, se prescribió cinco sesiones de rehabilitación.*

*La siguiente visita al servicio médico de mi representada fue el día 5 de abril, manifestando notar mejoría, aunque a veces sentía intenso dolor en toda la pierna izquierda, según dijo, debido a una crisis de este mismo tipo, había sido visto en urgencias del Hospital Rafael Méndez para descartar una posible tromboflebitis*

*El doctor x. visitó al paciente el día 20 de abril, y ante una exploración neurológica normal, descartado compromiso radicular según informe de resonancia nuclear magnética, decidió practicar un ecodoppler que diagnosticó de trombosis femoropoplítea, siendo ingresado inmediatamente en el hospital de Ibermutuamur”.*

Concluye la Mutua como sigue:

— *“X., acudió al servicio médico de mi representada refiriendo daño lumbar en el trabajo.*

— *Se le prescribió reposo en cuanto al trabajo, razón por la que se da la baja médica el 29 de marzo de 2004, al tiempo que se prescribe tratamiento farmacológico y rehabilitador.*

— *El trabajador estaba haciendo rehabilitación, antes del episodio de TVP, lo que descarta la inmovilidad como causa de la patología.*

— *En la historia clínica no consta que se le prescribiera reposo en cama, en cuyo caso el tratamiento hubiera sido otro.*

— *El paciente tiene antecedentes de dificultad circulatoria en miembros inferiores (varices, inflamación en piernas y obesidad).*

— *El paciente comentó el día 5 de abril de 2004, haber acudido al hospital de la Seguridad Social por la sospecha de Trombosis Venosa.*

— *La obesidad y la hipertensión que padece x. y, el deterioro paulatino de su estado, pueden ser la causa razonable del evento patológico.*

— *No ha existido “demora diagnóstica”, el paciente acudió a los servicios médicos de Ibermutuamur con sintomatología de la que se le trató y fue diagnosticado de trombosis venosa profunda en cuanto surgieron los primeros síntomas.*

*El dolor lumbar y/o el tratamiento prescrito no desencadenó el episodio de trombosis ni tampoco lo favoreció, sino que ocurrió como evento casual, consecuencia exclusivamente de la mala situación circulatoria del paciente, por lo que no ha habido una actuación médica errónea en ningún momento ni un retraso en el diagnóstico de la trombosis venosa profunda, así pues la actuación médica de mi representada, en todo momento, fue adecuada a la situación del momento.”*

**DÉCIMO.-** Conferido nuevo trámite de audiencia al reclamante y a la compañía de seguros, el primero presenta escrito reiterando sus alegaciones iniciales. La segunda no hace uso del mismo al no aportar documentos ni formular alegación alguna.

**UNDÉCIMO.-** Con fecha 8 de febrero de 2008, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que en ella no concurren los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido el pasado 28 de febrero.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento de tramitación.**

1. La legitimación activa corresponde al reclamante en su condición de paciente que sufre en su persona los daños imputados a la atención sanitaria recibida, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 4.1 RRP.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, en cuanto titular del centro hospitalario y del servicio público de asistencia sanitaria a cuyo funcionamiento se imputan los daños, conforme a lo previsto en el artículo 142.2 LPAC y 3 RRP, correspondiendo su resolución a la Consejera de Sanidad.

2. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de un año que, para la prescripción del derecho a reclamar, establece el artículo 142.5 LPAC. En el supuesto sometido a consulta, la atención a la que se imputa el daño tuvo lugar el 3 de abril de 2004 y la reclamación se interpuso el 3 de marzo de 2005.

3. En cuanto a la tramitación, el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP.

Sin embargo, conviene destacar la ausencia de prueba por parte del reclamante de algunos de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, atribuible en exclusiva al mismo. En el presente supuesto los informes médicos de la facultativa que le atendió en el Hospital, de la Inspección Médica y de Ibermutuamur no han sido cuestionados o rebatidos por la parte reclamante a través de las correspondientes alegaciones en los sucesivos trámites de audiencia que se le ha otorgado. Las consecuencias de la omisión de dicha actividad probatoria por parte del interesado serán analizadas en ulteriores consideraciones. Baste ahora con recordar el carácter de prueba necesaria y esencial que en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por pretendidos errores médicos o deficiente asistencia sanitaria, reviste la prueba pericial, como de forma contundente expresa la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 27 de junio de 2001, según la cual *“quien reclama debe probar la relación de causalidad antes expuesta (artículo 6.1.2º in fine Reglamento de Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial (...), y a tal efecto lo propio habría sido interesar una prueba pericial sobre la bondad de los tratamientos dispensados, prueba vital pues se está en un pleito en el que son convenientes o necesarios conocimientos científicos (...) al carecer este Tribunal de conocimientos oncológicos”*.

Asimismo, comoquiera que el reclamante no efectúa una valoración económica de los daños por los que reclama, debió requerírsele para que la efectuara, como mejora de la solicitud.

De otra parte, la circunstancia de que se haya interpuesto por el reclamante ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Murcia el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta, no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (art. 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues los reclamantes podrían desistir o solicitar la ampliación del

recurso contencioso administrativo a la resolución expresa. En todo caso convendría que el departamento consultante actuara coordinadamente con la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad, en su condición de centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que es parte la Administración regional (art. 4.2 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), como también sugerimos en nuestro Dictamen núms. 72/06 y 102/08, entre otros.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivados del artículo 106.2 de la Constitución: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (art. 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa-efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del personal sanitario ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o modulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo jurídico). Por tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

Para el reclamante, la doctora que le asistió en el Servicio hospitalario de urgencias de Lorca cometió un error de diagnóstico, al considerar que la enfermedad que aquejaba al paciente era una lumbociática, como evolución de una patología anterior conocida, una lumbalgia, cuando en realidad padecía una trombosis venosa profunda. La etiología vascular de las dolencias del paciente, según indica, podría haberse detectado mediante la realización de una simple prueba, una Eco-Doppler, que era exigible ante los síntomas que presentaba el paciente y que debieron hacer sospechar a la doctora de la existencia de una insuficiencia vascular, procediendo a descartarla o confirmarla mediante la realización de la indicada prueba diagnóstica.

Atendido el objeto de la reclamación, la imputación del daño al servicio público se objetiva como omisión de medios, bien por escatimar la Administración pruebas y recursos que hubieran revelado la verdadera naturaleza de la enfermedad, bien por ser la doctora que le atendió incapaz de diagnosticarla con las pruebas practicadas.

La determinación de si se adoptaron las medidas necesarias para llegar al temprano diagnóstico de la enfermedad y si la facultativa valoró adecuadamente los síntomas y resultados de las pruebas realizadas, se convierte en cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación de la Administración.

Y es que la obligación que incumbe a la Administración en la prestación sanitaria es, como ya se ha dicho, de medios, no de resultados, pues si bien no se le puede exigir una curación en todos los casos, dado el carácter contingente de la salud y la vida de los pacientes, sí que viene compelida a prestar la asistencia sanitaria con el despliegue de todos los medios a su alcance. De no hacerlo así, o de no acreditar su efectiva utilización, el daño devendrá en antijurídico.

Aplicado al supuesto objeto de consulta, la antijuridicidad del daño y el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño sufrido, derivarían de la no aplicación de todos los medios diagnósticos adecuados (una Eco-Doppler) y de una valoración médica errónea de los datos aportados por las pruebas practicadas (anamnesis, exploración física y analítica), cuestiones que aparecen íntimamente relacionadas con el criterio jurisprudencialmente configurado de la “lex artis”. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predecible de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones.

Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y

técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “*lex artis*”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la *lex artis* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica, o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico.

Descrita a grandes rasgos la doctrina relativa a la *lex artis*, habremos de acudir al expediente para desvelar en qué medida la actuación de los profesionales intervinientes se adecuó a dicho estándar, pues tal cuestión no deja de ser un problema de prueba.

La valoración de dicha actuación y en qué medida en la asistencia facilitada al paciente el 3 de abril de 2004 en el Hospital Iorquino podía ya haberse identificado la verdadera etiología de la dolencia que presentaba el paciente, bien con las técnicas exploratorias utilizadas bien mediante la realización de una Eco-Doppler, exige un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la medicina. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto —artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)—, resultaba trascendental la aportación de un informe pericial —el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999—. Ante la ausencia en el procedimiento de informes periciales que sustenten las alegaciones del reclamante, no existen suficientes elementos probatorios que demuestren o, al menos, permitan inferir que en atención a los signos y manifestaciones de enfermedad que mostraba el paciente, pudiera detectarse la verdadera naturaleza de su mal. Del mismo modo, tampoco queda acreditado en el expediente que, atendidas las circunstancias, la *lex artis* impusiera la necesidad o la conveniencia de realizar la Eco-Doppler con anterioridad al momento en que se llevó a efecto, por prescripción del neurocirujano de Ibermutuamur, el 20 de abril de 2004.

Y es que, ante la escasa actividad probatoria del reclamante, la única valoración técnica de la asistencia prestada por los facultativos la constituye el informe de la Inspección Médica. Éste, si bien no manifiesta de forma contundente que la actuación de los profesionales intervinientes en la atención sanitaria prestada al paciente se ajusta a la ciencia médica, sí que cabe inferir dicha conclusión de los términos en que se expresa. Así, dirá que el diagnóstico dado por la facultativa del Hospital se realizó tras la consideración de los antecedentes personales del paciente y de realizar una exploración física dirigida a descartar la presencia de patología vascular aguda, resultando todos los datos negativos. Asimismo, el síntoma de aumento de masa gemelar, ya había sido valorado cuatro meses antes con Eco-Doppler normal, por lo que se achacó a la obesidad y a patología muscular.

De dichas consideraciones y, sobre todo, de la propuesta desestimatoria que concluye el informe de la Inspección Médica, que asimismo sanciona el tratamiento instaurado, cabe inferir que la inspectora actuante considera la asistencia sanitaria prestada el día 3 de abril de 2004 en el Hospital Rafael Méndez como ajustada a normopraxis, en el sentido de entender que el diagnóstico efectuado fue correcto y que, a pesar de la sospecha del facultativo de

urgencias de Totana de existencia de una TVP, ante el resultado arrojado por la exploración, no era necesaria la realización de la prueba tantas veces citada.

Este informe y la ausencia de una pericia de parte que lo contradiga y ampare las meras opiniones del reclamante, acerca de la necesidad de realizar una Eco-Doppler para alcanzar un diagnóstico diferencial de la TVP, impiden considerar acreditado que los daños padecidos por el interesado son imputables al funcionamiento del Servicio Murciano de Salud. La determinación de qué pruebas diagnósticas son precisas y en qué momento del proceso asistencial han de realizarse, es una cuestión estrictamente técnica que sólo pueden apreciar los profesionales de la ciencia médica, en la medida que es preciso ponderar múltiples factores que harán aconsejable o no su realización. Nada prueba el interesado al respecto, quien se limita a señalar la conveniencia de su realización.

Además, los diversos juicios clínicos alcanzados por los facultativos de Totana y Lorca pueden deberse a la apreciación de síntomas diversos en una y otra exploración. En efecto, mientras que el médico de Atención Primaria hace constar en su informe la presencia del signo de Homan —dolor en la pantorrilla por dorsiflexión del pie en la trombosis de las venas de la pierna— lo que es sugestivo de TVP, la facultativa del servicio de urgencias hospitalario no lo hace constar en su informe de asistencia, por lo que no debió de apreciarlo. Además, en la exploración efectuada en el Hospital, se hace constar la presencia de Lasègue, signo sugestivo de la irritación radicular propia de la lumbociática, que no consta en el informe del facultativo de Totana.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### CONCLUSIÓN

**ÚNICA.-** Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, toda vez que no se advierte la concurrencia de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 125/08.- Proyecto de Decreto sobre el Registro de empresas acreditadas como contratistas y subcontratistas en el sector de la construcción en la Región de Murcia.**

**Consultante: Consejero de Empleo y Formación (2007)**

**Fecha: 14/07/08**

### **Extracto de Doctrina**

*En la medida que el Proyecto de Decreto contiene la obligación de comunicación por vía telemática con la Administración regional para la realización de cualquier trámite relacionado con el Registro de Empresas Acreditadas en el Sector de la Construcción (artículo*



*4.1), a través del Registro Electrónico de la Comunidad Autónoma (artículo 4.2), el Consejo Jurídico considera preceptiva la consulta a la Consejería de Hacienda y Administración Pública, que no consta documentada en el expediente remitido.*

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Elaborado en fecha indeterminada un Anteproyecto del Decreto sobre el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas y Subcontratistas en el Sector de la Construcción en el ámbito de la Región de Murcia, el Director General de Trabajo lo remite al titular de la Secretaría General para que complete el procedimiento de elaboración y continúe con los trámites, acompañando la siguiente documentación:

— Un informe sobre la necesidad, oportunidad, motivación técnica y jurídica de la regulación, suscrito por el Jefe de Servicio de Normas Laborales y Sanciones el 12 de febrero de 2008.

— El certificado del acuerdo adoptado en la misma fecha por el Consejo Asesor Regional de Relaciones Laborales, informando favorablemente el texto.

— Un informe sobre impacto por razón de género evacuado también en la misma fecha que los anteriores.

**SEGUNDO.-** Consta el informe del Jefe de Servicio Económico y de Contratación, al que presta su conformidad la Vicesecretaria (folio 8), de 18 de febrero de 2008, que pone de manifiesto que las necesidades económicas derivadas de su entrada en vigor se encuentran ya previstas por los Presupuestos de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (CARM en lo sucesivo) para el ejercicio 2008, cumpliendo con lo establecido en la Disposición adicional del Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia.

Asimismo figura el informe del Asesor Jurídico, con el visto bueno de la Vicesecretaria, de 29 de febrero de 2008, que informa favorablemente el texto, al considerar que se ajusta a la normativa estatal que ejecuta, concretamente, a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Subcontratación en el Sector de la Construcción (en lo sucesivo Ley 32/2006) y al Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, que desarrolla la precitada Ley; también que no se extralimita en las competencias de ejecución de la legislación laboral que corresponden a la CARM.

**TERCERO.-** El Pleno del Consejo Económico y Social (CES) aprueba el Dictamen sobre el Proyecto de Decreto el 28 de marzo de 2008, valorando positivamente su aprobación, porque tiene como finalidad el establecimiento de un elemento fundamental del sistema que instaura la Ley 32/2006, que tiene, entre otros fines, conseguir una mejor ordenación del régimen de subcontratación, eliminando aquellas subcontrataciones que son improductivas desde el punto de vista económico y, sobre todo, perjudiciales para la seguridad y salud de los trabajadores.

Al mismo tiempo se valora positivamente el establecimiento de la obligación de comunicarse por vía telemática con la Administración regional para la realización de cualquier trámite con el Registro de Empresas Acreditadas como contratistas y subcontratistas en el sector de la construcción, utilizando la posibilidad contemplada en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos

(en lo sucesivo Ley 11/2007), por las evidentes ventajas que la misma conlleva. No obstante se recomienda que, junto a la obligación de comunicación telemática, se regule el sistema para el pago electrónico de las tasas derivadas de las actuaciones relativas al Registro.

Finalmente, realiza una consideración general acerca de la conveniencia de que la Administración regional extienda la obligación de comunicación electrónica a otros sectores donde sea posible, con la finalidad de coadyuvar por esta vía al establecimiento de una nueva cultura, pero de forma complementaria con acciones tendentes a facilitar la accesibilidad general de los ciudadanos a las nuevas tecnologías de la información, que permitan el ejercicio efectivo del derecho a relacionarse con las Administraciones Públicas en el plazo más breve posible.

**CUARTO.-** La Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma emite informe el 9 de mayo de 2008, realizando las siguientes observaciones:

1ª) Respecto al procedimiento de elaboración y documentación integrante del expediente, considera incompleto el certificado del acuerdo adoptado por el Consejo Asesor de Relaciones Laborales, informando favorablemente el Proyecto, pues omite datos esenciales, de acuerdo con la doctrina del Consejo Jurídico, que cita; por ello entiende que debería incorporarse al expediente una copia del acta que contenga los reseñados en el artículo 27 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). También destaca la escasa motivación del informe de impacto por razón de género y la insuficiencia del informe económico.

2ª) En cuanto a las tasas por la inscripción en el Registro, considera que es una cuestión que debe quedar resuelta con carácter previo a la aprobación del Proyecto por parte del Consejo de Gobierno.

3ª) En cuestiones de técnica normativa, recomienda una revisión gramatical del texto.

4ª) Además, se realizan una serie de observaciones al título del Proyecto de Decreto y a su articulado, en concreto:

— Al artículo 3, respecto al que se formula una observación tendente a la protección de datos referentes a la intimidad de las personas.

— Al artículo 4, en el sentido de sugerir que se justifique la exclusividad del sistema de comunicación telemática.

— Al artículo 6, sobre la falta de previsión del recibo o resguardo acreditativo de la solicitud de inscripción y de su contenido. También evidencia la falta de regulación del plazo de inscripción y los efectos del silencio administrativo.

**QUINTO.-** Las observaciones del órgano preinformante son objeto de consideración por el centro directivo competente, a través del informe del Jefe de Servicio de Normas Laborales y Sanciones (folios 67 a 76), a consecuencia del cual:

— Se incorporan al expediente una nueva certificación del acuerdo del Consejo Asesor de Relaciones Laborales y una estimación de los ingresos previstos por las tasas de inscripción o certificación.

— Se motiva la exclusividad de realización de trámites por vía telemática.

— Se acepta la observación realizada al artículo 3 y, respecto al artículo 6, se estima la observación de mejorar la redacción; asimismo se adiciona un nuevo apartado, no propuesto por la Dirección de los Servicios Jurídicos.

— Se introducen todas las observaciones de técnica normativa.

El Proyecto de Decreto resultante de este trámite obra en los folios 82 a 98 del expediente, cuyo texto es el definitivo.

**SEXTO.-** Con fecha 4 de junio de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El Dictamen ha sido solicitado con carácter preceptivo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), al tratarse de un Proyecto de disposición de carácter general que desarrolla la legislación estatal, en concreto, la Ley 32/2006, que establece la creación de un Registro de Empresas Acreditadas dependiente de la autoridad laboral autonómica (artículo 6), en el que han de inscribirse las empresas contratistas o subcontratistas con carácter obligatorio a partir del 26 de agosto de 2008, así como el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, que la complementa, regulando el régimen de funcionamiento de este Registro.

#### **SEGUNDA.-** Procedimiento de elaboración.

##### **I. Tramitación.**

En líneas generales el procedimiento de elaboración del Proyecto de Decreto se ha ajustado a lo previsto en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (Ley 6/2004), si bien han de realizarse dos observaciones:

1ª) Nada que objetar a la participación de las organizaciones o asociaciones que agrupan o representan a ciudadanos con intereses legítimos, que, en el presente caso, se circunscriben al sector de la construcción, que ha sido instrumentalizada a través de las consultas efectuadas al Consejo Asesor de Relaciones Laborales y al CESRM, en los que se integran representantes de los colectivos afectados, cumpliendo con ello la posibilidad prevista en la letra d) del artículo 53.3 de la Ley 6/2004.

2ª) Por el contrario, en la medida que el Proyecto de Decreto contiene la obligación de comunicación por vía telemática con la Administración regional para la realización de cualquier trámite relacionado con el Registro de Empresas Acreditadas en el Sector de la Construcción (artículo 4.1), a través del Registro Electrónico de la Comunidad Autónoma (artículo 4.2), el Consejo Jurídico considera preceptiva la consulta a la Consejería de Hacienda y Administración Pública, que no consta documentada en el expediente remitido, aun cuando presumiblemente hayan existido contactos entre ambos departamentos orientados a la coordinación interadministrativa, por las siguientes razones:

a) La Disposición Transitoria Segunda de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, atribuye al departamento competente en materia de organización administrativa la competencia para proponer al Consejo de Gobierno las normas del desarrollo del sistema previsto en el artículo 32 (Registros). Igualmente le corresponde dictar las normas de coordinación precisas, en orden a determinar, con carácter general, la adecuada uniformidad con el funcionamiento de los registros de entrada y salida de documentos de la Administración pública y la publicidad de los sistemas de acceso.

b) El Proyecto de Decreto reconoce la competencia instrumental de aquel departamento, tanto en la parte expositiva del Proyecto, con la cita a la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 14 de junio de 2006, por la que se crea un Registro Telemático Auxiliar del Registro General, como en el artículo 1.2, que deja a salvo las competencias del órgano de la Administración regional responsable del sistema informático que soporte el mismo.

c) La Orden de 14 de junio de 2006 (artículo 3.1) establece que *“el Registro Telemático únicamente estará habilitado para la recepción y remisión de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se presenten por vía telemática ante la Comunidad Autónoma de Murcia, relacionados con los trámites y procedimientos incluidos en el Anexo I”*; para la inclusión de nuevos trámites y procedimientos se requiere una resolución de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, que será publicada en el BORM, según la citada Orden, salvo que con la regulación proyectada se pretenda modificar puntualmente la Orden referida, en cuyo caso habría de recogerse entre las disposiciones afectadas.

En consecuencia, debería recabarse el parecer de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, en su condición de departamento competente en materia de organización administrativa, en los aspectos del texto concernientes al Registro Telemático, con carácter previo a su aprobación por el Consejo de Gobierno, pues no existe constancia de la audiencia en el expediente remitido. Si a resultas de dicho informe se introdujeran modificaciones sustanciales, habría de someterse el texto de nuevo a Dictamen del Consejo Jurídico.

## II. Documentación.

En cuanto a la formalización de la documentación, se ha plasmado adecuadamente en el expediente la evolución del contenido del Proyecto, habiéndose informado las alegaciones presentadas.

A resultas de las observaciones del órgano preinformante, se ha completado la documentación existente; particularmente se ha aportado, en atención a lo indicado sobre la insuficiencia del estudio de las repercusiones económicas de la disposición, un análisis cuantificado de los ingresos por abono de las tasas por los hechos imponibles de expedición de certificados o la inscripción (folios 77 a 79).

## **TERCERA.- Competencia material y habilitación legal.**

En ejercicio de las competencias exclusivas estatales en materia de legislación laboral (artículo 149.1.7 CE) se aprobó la Ley 32/2006, que reconoce que el sector de la construcción está sometido a unos riesgos especiales y continúa registrando una siniestralidad laboral muy notoria por sus cifras y gravedad. Uno de los factores, según recoge la Exposición de Motivos de la precitada ley, está relacionado con la subcontratación, dado que el exceso en las cadenas de subcontratación ocasiona, en no pocos casos, la participación de empresas sin una mínima estructura organizativa que permita garantizar que se hallan en

condiciones de hacer frente a sus obligaciones de protección de la salud y de la seguridad de los trabajadores. De ahí que se reconozca que los excesos de subcontratación pueden facilitar la aparición de prácticas incompatibles con la seguridad y salud del trabajo.

Entre los requisitos que la Ley citada exige a las empresas para que puedan intervenir en el proceso de subcontratación, como contratistas o subcontratistas, se establecen la acreditación de que disponen de recursos humanos, que cuentan con la formación necesaria en prevención de riesgos laborales y de una organización preventiva adecuada, así como que están inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas (artículo 4.2 de la Ley 32/2006). Dicho Registro dependerá de la autoridad laboral competente del territorio de la Comunidad Autónoma donde radique el domicilio social de la empresa (artículo 6) y la inscripción tendrá validez para todo el territorio nacional, siendo sus datos de acceso público con la salvedad de los referentes a la intimidad de las personas.

El artículo 6.3 de la Ley 32/2006 llama al reglamento para establecer el contenido, la forma y los efectos de la inscripción en el Registro, así como los sistemas de coordinación de los registros dependientes de las autoridades laborales autonómicas. En su desarrollo, el Gobierno de la Nación aprobó el Real Decreto 1109/2007, que aglutina en el capítulo II las normas generales sobre el Registro de Empresas Acreditadas, la obligación de inscripción, el contenido de la solicitud, el procedimiento y la cancelación de la inscripción.

Resulta de interés traer a colación, por lo que más adelante se indicará sobre una extralimitación formal de la competencia autonómica, la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con la competencia exclusiva del Estado en materia laboral, por cuanto la expresión legislativa que la define (Sentencia 51/2006, de 16 de febrero) *“ha de de ser entendida en sentido material, sea cual fuere el rango formal de las normas y comprendiendo, por tanto, no sólo las leyes, sino también los reglamentos. Así lo señaló la STC 18/1982, de 4 de mayo, respecto de los reglamentos ejecutivos, es decir, de los que aparecen como desarrollo de la Ley y, por ende, como complementarios de la misma, pues, si ello no fuera así, se frustraría la finalidad del precepto constitucional de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, así como, en general, respecto de aquellos que afecten a la situación o derechos de los administrados. La exigencia de uniformidad que informa el título competencial del Estado sobre legislación laboral ex art. 149.1.7 CE (STC 227/1998, de 26 de noviembre) determina, en definitiva, que ningún espacio de regulación externa les queda a las Comunidades Autónomas, las cuales únicamente pueden disponer de una competencia de mera ejecución de la normación estatal (...)”*.

En correspondencia con dicha previsión constitucional, el Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia establece que corresponde a la CARM la función ejecutiva en materia laboral (artículo 12.Uno,10).

Así se plasma en la parte expositiva del Proyecto de Decreto, si bien debería suprimirse la expresión *“en su caso”* del primer párrafo, que no contiene el precepto constitucional citado (artículo 149.1.7ª) y corregirse la cita al precepto estatutario en el segundo párrafo (artículo 12.Uno,10, en lugar de 12.1,10). También convendría suprimir, por innecesaria, la fecha de publicación en el BOE (entre paréntesis) del RD 375/1995, de 10 de marzo, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la CARM en materia de trabajo (ejecución de la legislación laboral).

De las anteriores consideraciones se desprende que el Proyecto de Decreto se encuentra plenamente habilitado por la normativa estatal citada para la creación del Registro, si bien,

dado que la CARM ostenta únicamente la función ejecutiva en materia laboral, sin olvidar la potestad de autoorganización (artículo 51 EARM), podría interpretarse como una extralimitación de la competencia autonómica, aunque posteriormente no se traduzca en el articulado, la utilización del vocablo “regular” para referirse al objeto del Proyecto de Decreto (artículo 1), cuando el régimen jurídico del Registro viene detallado en el RD 1109/2007, que acompaña, incluso, los modelos de documentos a presentar por los afectados. Igual reflexión cabría realizar respecto al penúltimo párrafo de la parte expositiva del Proyecto, al referirse a la competencia autonómica reguladora del Registro, que es susceptible del mismo reproche. Esta observación no se ve alterada por la circunstancia de que otra disposición autonómica de contenido similar (por ejemplo, el Decreto 93/2008, de 27 de mayo, del Gobierno de Aragón), haya acogido una redacción análoga.

En consecuencia, el Consejo Jurídico recomienda que se circunscriba el objeto del Proyecto a la creación del Registro, acorde con la función ejecutiva autonómica, pudiendo limitarse a tal enunciado, suprimiendo el vocablo “regular” o, alternativamente, sustituirlo por el de “organizar”, que trasluce la potestad de la Administración regional para autoorganizarse antes citada.

**CUARTA.- Observaciones al conjunto normativo.**

**I. El Registro de Empresas Acreditadas.**

A diferencia de otras disposiciones autonómicas de contenido similar, no contempla el Proyecto de Decreto un precepto dedicado a aglutinar las distintas funciones del Registro de Empresas Acreditadas, previstas en la normativa estatal citada, cuya inserción en el texto mejoraría su estructura, por cuanto permitiría una mayor integración y relación de los procedimientos de inscripción y renovación, cancelación, comunicación de variación de datos y certificaciones, que se contienen en el articulado del Proyecto, en aplicación de aquella normativa.

En otro orden de ideas, si bien es cierto que el Proyecto de Decreto (artículo 4.4) establece, con carácter general, la aplicación de la LPAC en lo no previsto en la normativa aplicable en él reseñada, se han omitido en los procedimientos ciertos efectos, que resultan convenientes concretar en el texto desde el punto de vista de su conocimiento por los administrados y que implican, en definitiva, su adecuación a las normas reguladoras contenidas en la LPAC:

1º) En el procedimiento de inscripción en el Registro (artículo 7.2) se establece que, si la solicitud reuniera los requisitos previstos en el decreto, se procederá a efectuar la inscripción de la empresa contratista o subcontratista, sin que se recoja el plazo para practicarla, si bien, acudiendo a una interpretación sistemática de otros apartados del mismo precepto, se desprende que el órgano competente dispondrá de un plazo de 15 días desde la entrada de la solicitud en el Registro, según recoge el Proyecto para dictar la resolución denegatoria (artículo 7.4), de acuerdo con el artículo 5.4 del RD. 1109/2007.

Sin embargo, no se establece el efecto del silencio administrativo, que no puede ser otro que positivo, a tenor de lo previsto en el artículo 43.2 LPAC, sin que la concreción de este efecto en el texto pueda ser interpretado como una invasión a la competencia estatal, como sugiere algún informe, pues, muy al contrario, implica la aplicación a un concreto procedimiento de la LPAC.

2º) Tampoco se ha previsto el recurso contra la resolución denegatoria en el apartado 7.4 del Proyecto.

En consecuencia, se recomienda completar el procedimiento con los aspectos reseñados.

## II. El establecimiento de la obligación de comunicarse por vía telemática.

El carácter preceptivo de la utilización de los medios electrónicos para realizar cualquier trámite relacionado con el Registro (artículo 4 del Proyecto), es uno de los aspectos de la disposición destacados por los órganos preinformantes, bien para ser valorado positivamente por las ventajas que proporciona la administración electrónica como exigencia del principio de eficacia, bien para estimar la necesidad de considerar algunos de los efectos de su utilización con carácter exclusivo; indudablemente es una previsión que viene a materializar el derecho de los ciudadanos a acceder mediante comunicaciones electrónicas a la Administración, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (artículo 6). Como contrapartida las Administraciones Públicas están obligadas a habilitar medios para la prestación de los servicios electrónicos, garantizando el acceso a los mismos de todos los ciudadanos (artículo 8 de dicha Ley).

La LPAC, en su artículo 45.1, recoge que las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias. Su Disposición adicional decimoctava, añadida por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y derogada por la Ley 11/2007, estableció —en relación con las solicitudes y comunicaciones dirigidas a la Administración General del Estado— que las personas físicas, organizaciones o asociaciones, pertenecientes a colectivos o sectores, que ordinariamente hagan uso de este tipo de técnicas y medios de desarrollo de su actividad normal (apartado 2), deberán necesariamente utilizar medios telemáticos en aquellos supuestos y condiciones en que se determine por Orden del titular del departamento ministerial competente, que deberá ser informada previamente por el Ministerio de Administraciones Públicas.

Mediante Orden de 14 de junio de 2006 de la Consejería de Economía y Hacienda, modificada ulteriormente por otra de la Consejería de Hacienda y Administración Pública de 26 de febrero de 2008, se creó un Registro Telemático auxiliar del Registro General de la Comunidad Autónoma, configurando el acceso a dicho Registro con carácter voluntario, siendo alternativa la utilización de los lugares descritos en el artículo 38 LPAC.

Sin embargo, cabe destacar que el impulso en esta materia se ha producido con la Ley 11/2007 que reconoce, con carácter general, el derecho de los ciudadanos a la elección de la manera de comunicarse con las Administraciones Públicas (artículo 27.1), sin que la opción elegida vincule al interesado, que podría optar por un medio distinto al inicialmente elegido. No obstante, el artículo 27.6 de dicha Ley recoge, como excepción a dicha regla general, a la que se ha acogido el presente Proyecto:

*“Reglamentariamente, las Administraciones Públicas podrán establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando sólo los medios electrónicos, cuando los interesados se corresponsan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica dedicación u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos”.*

La Consejería consultante entiende de plena aplicación dicha excepción al presente caso, pues los destinatarios del Registro de Empresas Acreditadas, es decir, las empresas

contratistas y subcontratistas, disponen en su totalidad de los medios precisos para comunicarse electrónicamente con la Administración Pública (folio 72).

Constata, por tanto, el Consejo Jurídico la habilitación para tal previsión contenida en el artículo 4 del Proyecto, cuyos destinatarios encajarían en los requisitos exigidos por la normativa básica, al igual que reconoce que la vía electrónica permite simplificar a la Administración regional la tarea material pendiente por el elevado número de los sujetos destinatarios (40.000 empresas, según el folio 77), cuya inscripción resultará obligatoria a partir del 26 de agosto próximo (Disposición transitoria única del Proyecto de Decreto); sin embargo, también sugiere el Consejo Jurídico la conveniencia y prudencia de contemplar otras vías de comunicación alternativas, por ejemplo, en los casos de que los administrados demostraran no disponer de medios telemáticos para acceder al Registro o incluso ante problemas puntuales de interrupciones técnicas de acceso al mismo que pudieran presentarse; conviene señalar que las Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Castilla La Mancha y Foral de Navarra, si bien han dado preferencia a la tramitación electrónica, han previsto procedimientos alternativos, frente a las Comunidades Autónomas de Cataluña, Castilla y León y Galicia, que han optado por la vía de acceso exclusivo prevista en el Proyecto.

En todo caso, la elección de la vía telemática de forma exclusiva, legalmente posible, es una decisión que debe ser adoptada atendiendo a las particulares circunstancias de cada Administración.

**QUINTA.- Observaciones particulares.**

**— Parte expositiva.**

Podría mejorarse la redacción del párrafo segundo si, en lugar de relacionar las distintas leyes orgánicas de reforma de nuestro Estatuto, cuyo listado, además, no es completo, pues omite la primera de ellas (LO 1/1991, de 13 de marzo), se redactara de la siguiente forma, suprimiéndose, en todo caso, el punto y coma antes de “establece”:

“El artículo 12. Uno, 10 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/1998, de 15 de junio, establece que corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia la función ejecutiva (...).

Además, debería suprimirse la coma delante del paréntesis y el mismo paréntesis, por lo indicado con anterioridad.

**— Artículo 2. Ámbito de aplicación.**

La Ley 32/2006 y el RD 1109/2007, que la desarrolla, es de aplicación a las empresas contratistas y subcontratistas que ejecuten los siguientes trabajos relacionados con la construcción: excavación; movimientos de tierra; construcción, montaje y desmontaje de elementos prefabricados; acondicionamientos o instalaciones; transformación; rehabilitación; reparación; desmantelamiento; derribo; mantenimiento; conservación y trabajos de pintura y limpieza; y saneamiento

En su aplicación, el Proyecto de Decreto (apartado 1), en referencia a los distintos trabajos englobados, emplea la expresión “en todos sus ámbitos”, que luego vuelve a reiterar en el apartado 2 haciendo referencia (sic) “a los ámbitos antes referidos” (al igual que en el artículo 5.1), si bien, pese a estas referencias, aquéllos no son recogidos en el texto.

Puesto que los trabajos de ejecución de obras, que entran en su ámbito de aplicación, están definidos en la normativa estatal, bastaría con reseñar en el apartado 1:



“El presente Decreto será de aplicación a las empresas que pretendan ser contratadas o subcontratadas para trabajos de obras de construcción descritos en el artículo 2 de la Ley 32/2006 (...)”.

Mayor interés reviste la observación al apartado 2 de este artículo, cuando se especifica que también será de aplicación a las empresas que desplacen trabajadores a España, en virtud de lo previsto en la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, cuya primera prestación de servicios de este tipo en España vaya a realizarse en el ámbito territorial de la CARM, reiterando esta determinación en el artículo 5, desde la vertiente de los sujetos obligados a la inscripción; sin embargo, dicha previsión no contempla la excepción también recogida en el RD 1109/2007 (Disposición adicional primera), que prescribe que no será necesaria cuando la duración del desplazamiento no exceda de ocho días. Por tanto, en el apartado 2 de este artículo convendría detallar la excepción, o bien adicionar un párrafo al final que especificara: “en los términos establecidos en la Disposición adicional primera del RD 1109/2007, de 24 de agosto”.

Al hilo de lo expuesto, se suscita la cuestión a la Consejería consultante de cómo compatibilizar las previsiones del Proyecto de Decreto sobre el medio de acceso a través del Registro Electrónico de la Comunidad Autónoma, con lo señalado en la precitada Disposición adicional del RD 1109/2007 para las empresas comunitarias que desplacen trabajadores, al establecer que la solicitud podrá remitirse o presentarse en cualquiera de los lugares señalados en el artículo 38.4 LPAC: en registros de cualquier órgano administrativo que pertenezca a la Administración General del Estado, en las oficinas de correos, en las representaciones diplomáticas, etc.

— **Artículo 4. Medio de acceso y relaciones de los ciudadanos con el registro.**

En relación con el contenido de este artículo se realizan las siguientes observaciones:

a) Con la finalidad de que el apartado 1 pueda ser interpretado en el sentido de que el Proyecto de Decreto dispone la obligación de comunicarse por vía telemática, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, y no aparezca descrito como mera posibilidad, debería incorporarse una coma tras la cita del artículo 27.6 de dicha Ley.

b) El apartado 2 hace referencia al listado de normas para el acceso al Registro Electrónico, señalándose que todas ellas serán de aplicación respecto a los modelos normalizados de acceso, si bien se omite que los modelos de instancias ante el Registro de Empresas Acreditadas figuran en los Anexos del RD. 1109/2007, que recogen el contenido mínimo, pudiendo ser adaptados por las autoridades laborales autonómicas a sus necesidades específicas, según la Disposición adicional tercera de aquél.

c) El apartado 3 establece que cualquier actuación para la que sea exigible el pago de tasas requerirá la previa justificación a la Administración regional de su abono. El órgano preinformante advirtió que no constaba en el expediente que se hubieran establecido dichas tasas, ni que se hubiera recabado el informe de la Consejería competente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 y ss. del Decreto Legislativo 1/2004, de 9 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales, considerando que es una cuestión que debía quedar resuelta previamente antes de la aprobación del Decreto.

En tal sentido, se coincide con el informe del Servicio de Normas Laborales y Sanciones en que las tasas por las actuaciones previstas en el Proyecto se encuentran ya creadas

en la normativa indicada (Anexo Segundo), concretamente, la expedición de certificados e inscripción en los registros oficiales, y respecto al pago telemático de las tasas, suscitado por el CES, se aclara por el citado informe que la Dirección General de Tributos, a instancias de la Dirección General de Trabajo, está implementando un procedimiento de pago de estas tasas, similar al implantado en otros tipos impositivos.

— **Artículo 6. Solicitud de inscripción y declaración aneja.**

Se señala en el apartado 2,d) que se deberá acompañar un poder de representación válido en derecho para el caso de actuar en nombre del titular de la solicitud. En tal sentido, para que resulte conforme con lo previsto en el artículo 32 LPAC, debería sustituirse por la expresión por “cualquier medio válido en derecho que acredite la representación”, que es una fórmula más amplia que la adoptada.

— **Artículo 7. Procedimiento de la inscripción.**

Además de las observaciones tendentes a completar la regulación (Consideración Cuarta, I), se suscitan las siguientes cuestiones:

— En el apartado 2 se establece que si la solicitud reuniera los requisitos se procederá a la inscripción de la empresa, pero se omite si se notificará al interesado la resolución por la que estima la inscripción, o la emisión del certificado de inscripción en el Registro.

Asimismo se hace referencia al Anexo I, cuando éste es único.

— En el apartado 3 se establece que si la solicitud no reuniera los requisitos se requerirá al solicitante para que, en el plazo de diez días, proceda a la oportuna subsanación, si bien debería especificarse que quedará suspendido el plazo para la inscripción durante dicho periodo, si se tiene en cuenta que el apartado 4 siguiente establece, para el caso de denegación de la inscripción, que se dictará la resolución en el plazo de quince días desde la entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación.

— **Artículo 11. Procedimientos de renovación y cancelación de la inscripción y comunicaciones de variación de datos.**

En el apartado 1 se establece que las solicitudes de renovación, cancelación y variación de datos se harán por vía telemática a través de la dirección del Registro Telemático establecida y, en cualquier caso, habrán de formularse dentro del mes siguiente al hecho que motive cada uno de los trámites.

Sin embargo, dicho plazo no es aplicable a los procedimientos de renovación, según lo establecido el artículo 8.2 del Proyecto y 6.1 del RD 1109/2007, que estipulan que las empresas deberán solicitar la renovación dentro de los seis meses anteriores a la expiración de su validez y con arreglo al procedimiento establecido en el Decreto.

En consecuencia, debe eliminarse la contradicción expuesta, salvando la diferencia expresada.

— **Disposición adicional única. Aplicación y desarrollo.**

La Disposición adicional primera del Proyecto de Decreto faculta al Consejero competente en materia laboral para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo del Reglamento.

La redacción puede inducir a confusión sobre el alcance de la habilitación al titular de la Consejería, puesto que conforme a lo previsto en el artículo 52 de la Ley 6/2004, la titularidad de la potestad reglamentaria corresponde al Consejo de Gobierno, salvo que esté específicamente atribuida al Consejero por disposición de rango legal o en materias de ámbito organizativo interno.

En consecuencia, de acuerdo con nuestra doctrina (por todos Dictamen 137/2007), debería modificarse la redacción, en el sentido de recoger únicamente la habilitación al titular de la Consejería para dictar los actos de ejecución que sean necesarios para su desarrollo, aunque los Consejeros ya ostentan *ex lege* la competencia para aprobarlos. Entre ellos, podría incluirse la adecuación de los modelos de solicitud, conforme a la Disposición adicional tercera del RD 1109/2007, aspecto sobre el que guarda silencio el Proyecto de Decreto, que no los acompaña.

— **Parte final.**

Al crearse el Registro *ex novo* en el ámbito de la Región de Murcia no contiene el Proyecto una disposición derogatoria, si bien se ha indicado con anterioridad que la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda de 14 de junio de 2006, a la que se remite el texto (artículo 4.2), configura el acceso por vía telemática con carácter voluntario (artículo 3.2) y de forma alternativa la utilización de los lugares señalados en el artículo 38 LPAC, de lo que se desprende que la vía telemática de acceso con carácter exclusivo, prevista en el Proyecto, deroga puntualmente dicha regulación a los procedimientos contemplados en el Proyecto de Decreto.

**SIXTA.- Correcciones gramaticales.**

— En la parte expositiva, además de las indicadas en la Consideración Tercera, debería suprimirse la coma tras “Estado”, o acotarse entre comas el precepto que se cita. También deberían suprimirse los espacios entre palabras. Por ejemplo, en el tercer párrafo antes de “reguladora”, o en el cuarto párrafo antes de “en su capítulo II”, o en el sexto antes de “atribuye”.

— En el artículo 5.2 podría suprimirse la segunda referencia “a la empresa”.

— Las citas al Decreto son empleadas indistintamente con mayúsculas y minúsculas (por ejemplo, artículos 7 y 10).

— En el título del artículo 11 podría suprimirse la conjunción copulativa antes de cancelación, sustituyéndose por una coma.

— En el artículo 11.3, último párrafo, debería suprimirse “Autoridad Competente”, pues se indica anteriormente que la Dirección General de Trabajo es la autoridad laboral competente. También se aconseja sustituir el punto y coma por una coma delante de “con carácter previo”.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

**CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ostenta competencias para aprobar el presente Proyecto de Decreto, habilitada por la Ley 32/2006 y RD

1109/2007, si bien debería reconsiderarse el vocablo “regular” para concretar su objeto (artículo 1), por las razones esgrimidas en la Consideración Tercera. También deberían corregirse las observaciones sobre el contenido del precepto constitucional y la cita al precepto estatutario, que sustentan la competencia autonómica.

**SEGUNDA.-** Respecto al procedimiento de elaboración de la presente Disposición, no consta en el expediente la audiencia a la Consejería competente en materia de organización administrativa (Hacienda y Administración Pública), que debería figurar por las razones expresadas en la Consideración Segunda.

**TERCERA.-** El carácter preceptivo de la utilización de los medios electrónicos para realizar cualquier trámite relacionado con el Registro de Empresas Acreditadas, al que se acoge el Proyecto de Decreto, está sustentado en la Ley 11/2007, si bien el Consejo Jurídico advierte que es una decisión que debe ponderar la exclusión de otras vías alternativas previstas por la Orden de 14 de junio de 2006, que quedaría puntualmente afectada por la presente Disposición (Consideraciones Cuarta, II, y Quinta, Parte final).

**CUARTA.-** Se consideran de carácter esencial las siguientes observaciones al articulado (Consideración Quinta):

- La relativa a la técnica normativa del artículo 4.1 del Proyecto.
- La previsión referida a las empresas que desplacen trabajadores a España (artículo 2.2), que no contempla la excepción.
- La eliminación de la contradicción advertida en el artículo 11.1, en relación con el procedimiento de renovación (artículo 8.2).
- La habilitación del titular de la Consejería (Disposición adicional única).
- La observación sobre la Parte Final del Proyecto.

**QUINTA.-** Las demás observaciones contribuyen a la mejora e inserción del texto en el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 126/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 14/07/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*En los sistemas sanitarios públicos de cobertura universal, las listas de espera constituyen un factor regulador de la demanda. Sin embargo, los tiempos excesivamente prolongados tanto por lo que se refiere a los procedimientos diagnósticos, como terapéuticos, pueden comprometer sensiblemente el principio de equidad que inspira estos sistemas.*

*La cuestión relativa a la problemática que plantean las listas de espera no es ajena a la jurisprudencia de nuestros tribunales, habiéndose considerado, en casos de dilación injustificada, un mal cumplimiento de la prestación médico-sanitaria al enfermo. Así la STS, Sala 1ª, de 27 de mayo de 2003, afirma:*

*“El problema de las listas de espera es un mal que acarrea nuestra sanidad y pone de manifiesto que su funcionamiento no es el que demanda la necesidad de procurar la salud de los enfermos, a los que se les hace difícil comprender que estando diagnosticados de un padecimiento grave y perfectamente establecido, y necesitado de operación, ésta no se lleve a cabo de inmediato, o en el menos tiempo posible (...) lo que hace necesario intensificar los esfuerzos hospitalarios para adoptar cuanto antes la solución de intervención y con carga suficiente de poder resultar positiva y eficaz (...).*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 9 de agosto de 2005, x., en nombre y representación de x., según acredita con la escritura de poder para pleitos que acompaña, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud, por los daños corporales sufridos por su representado con motivo del retraso en la práctica de la cirugía programada en el pie izquierdo (colgajo fasciocutáneo), dado que fue incluido en la lista de espera del Hospital General Universitario Reina Sofía el 26 de enero de 1999, siendo intervenido finalmente el 16 de junio de 2005.

Según describe el reclamante, esta enorme dilación (2.333 días) en la gestión de la lista de espera ha irrogado graves secuelas a su representado, produciéndole la enfermedad que padece consistente en cicatriz hiperqueratósica dolorosa en área de apoyo de borde medial de talón izquierdo. Añade que nunca fue informado de las contingencias burocráticas, ni le dieron explicación de las razones para no operarle.

Considera la existencia de un nexo de causalidad directo e indiscutible entre el funcionamiento anormal del servicio público y el daño alegado, que cuantifica en 165.501,62 euros, a cuyo efecto acompaña informe médico sobre valoración del daño corporal e incapacidad elaborado por la Dra. x.

Por último, presenta una serie de documentos numerados del 1 a 20 (folios 12 a 40).

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial por resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, de 5 de septiembre de 2005, se notifica al letrado actuante, a la compañía aseguradora, a través de la correduría de seguros, y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria. En la misma fecha se solicita al Hospital General Universitario Reina Sofía copia de la historia clínica y de los informes de los profesionales que asistieron al paciente.

**TERCERO.-** El 6 de septiembre de 2005 (registro de entrada), el letrado actuante solicita información sobre el estado de tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial. Además presenta escrito aportando nueva documentación: informe clínico de alta del Hospital Virgen de la Arrixaca, tras la intervención practicada (folio 59).

El 20 de septiembre siguiente vuelve a comparecer, acompañando reportaje fotográfico de la lesión que padece el paciente, indicando que evoluciona de forma no deseable e informando de una nueva intervención quirúrgica.

**CUARTO.-** Consta la historia clínica del paciente (folios 72 a 110), así como los informes de facultativos del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología (en lo sucesivo COT) del Hospital General Universitario.

El primero del Dr. x., Jefe de Servicio de COT (folio 73), refiere lo siguiente:

*“Paciente de 41 años de edad, que acudió como 1ª visita a nuestro servicio el día 28/12/1998, remitido por el Servicio de Dermatología, para valorar úlcera tórpida en cara interna de pie izquierdo como secuela de accidente de tráfico el 16/05/1981.*

*Fue visto posteriormente los días 15/01/1999 y 26/01/1999 en que tras valoración clínica radiológica y estudio Doppler es incluido en lista de espera por el Dr. x. para colgajo libre escapular o dorsal ancho.*

*Por problemas derivados del traslado del Hospital General Universitario al Hospital de la Cruz Roja, no pudo ser intervenido, siendo el paciente debidamente informado por el Dr. x..*

*Actualmente, está derivado al Servicio de Cirugía Plástica y Reconstructiva del Hospital Arrixaca desde el día 21/04/05, circunstancia de la que también ha sido informado”.*

El segundo del Dr. x., médico adjunto de COT, quien señala (folio 74):

*“Paciente visto en nuestro Servicio en el año 1999 por presentar cicatriz queloidea sobre pérdida de sustancia en pie izquierdo. Se realizó, en su día, estudio doppler para valorar la posibilidad de una cobertura cutánea con colgajo libre con anastomosis microvasculares.*

*Por problemas del traslado del Hospital General a la Cruz Roja, este paciente no pudo ser intervenido, siendo debidamente informado el paciente y el Insalud.*

*Actualmente ha sido remitido al Servicio de Cirugía Plástica y Reconstructiva de la CSVA para su tto. definitivo”.*

**QUINTO.-** Con fecha 10 de octubre de 2005, el letrado actuante acompaña nueva documentación (folios 117 a 139) consistente en:

— Las tres consultas de preanestesia a las que se sometió el paciente, remitidas por el Director Gerente del Hospital Reina Sofía.

— La solicitud de intervención e ingreso en el Hospital Virgen de la Arrixaca para practicarle una segunda intervención.

— El informe provisional de alta de 20 de septiembre de 2005, así como reportaje fotográfico del estado actual de la lesión.

Por ulterior escrito de 14 de octubre de 2005 se remite informe clínico de alta, de 30 de septiembre de 2005.

**SEXTO.-** Consta la historia clínica del paciente en el Hospital Virgen de la Arrixaca (folios 144 a 197) y un informe del facultativo que le atendió en consultas externas de cirugía plástica (folio 198).

**SÉPTIMO.-** El 28 de noviembre de 2005 se presenta por la parte reclamante un nuevo escrito, en el que el letrado actuante, además de solicitar información sobre el estado de tramitación del expediente, expone que su representado se ha sometido a tres intervenciones

quirúrgicas del pie izquierdo, tendentes a la extirpación de la cicatriz cronicada del borde externo del talón del pie izquierdo, mediante la cobertura con colgajo fasciocutáneo, sin que el resultado haya sido satisfactorio, lo que se debe, en su opinión, a que se ha cronicado la cicatriz, y sus dolorosos efectos los achaca a que el paciente no ha sido intervenido en su momento. En orden a acreditar dicha afirmación acompaña un informe clínico del Dr. Fernández Pascual, del Servicio Regional de Cirugía Plástica y Quemados (folio 203), así como reportaje fotográfico del estado de la lesión.

**OCTAVO.-** Con fechas 5 de diciembre de 2005 y 10 de enero de 2006 se presentan sendos escritos por la parte reclamante; de una parte se aporta un informe evacuado por el Adjunto Segundo del Defensor del Pueblo, en respuesta a una queja presentada; de otra se solicita información sobre el estado de la tramitación del expediente.

**NOVENO.-** Desde el Hospital General Universitario Reina Sofía se remitió un informe del Dr. x., facultativo del Servicio de COT que en su día atendió al paciente, actualmente en situación de excedencia, en el que explica lo siguiente (folios 210 y 211):

*“En contestación a la solicitud de información de la Dirección del Hospital Universitario Reina Sofía, respecto a la espera en la intervención del paciente x., he de decir que dicho paciente fue visto por mí en consultas externas a petición del Servicio de Dermatología en enero de 1999, por presentar una cicatriz amplia e inestable en el pie, para evaluar la posibilidad de mejoría. Se le informó al paciente de la posibilidad de reseca dicho defecto y sustituirlo mediante un colgajo libre tomado de la espalda, denominado colgajo escapular, que presenta la ventaja de dejar una cicatriz lineal en la región escapular y aportar un tejido sano bien vascularizado y almohadillado, pues se obtiene la piel y el tejido celular subcutáneo con su circulación (arteria y vena) y se transfirió de forma libre mediante anastomosis microvasculares a la zona cicatricial del pie.*

*Dicha técnica fue explicada al paciente, pues es de una complejidad alta y no exenta de riesgos al tener que realizar las microanastomosis vasculares, pero que habíamos realizado en múltiples ocasiones para otros casos clínicos con éxito, lo que el paciente aceptó aun con el riesgo de no funcionar, pues este paciente ya presentaba la opción de realizar técnicas menos complejas con colgajos obtenidos de su propia pierna o de la pierna contraria, pero dejando un defecto estético importante en el miembro donante. Para realizar dicha intervención se precisa de un instrumental específico de microcirugía y de un microscopio adecuado para realizar con éxito la parte más compleja consistente en las anastomosis microquirúrgicas. En mi caso utilizaba por entonces el microscopio cedido por el Servicio de ORL para realizar dichas intervenciones, por no tener el Servicio de COT uno propio.*

*Poco después, el Hospital que entonces se llamaba General Universitario de Murcia, fue cerrado y trasladado el Servicio de COT al Hospital General Universitario Morales Meseguer durante 7-9 meses.*

*Durante este tiempo solicité al Jefe de Servicio de dicho Hospital la posibilidad de intervenir a este paciente, obteniendo el visto bueno, por lo que el paciente pasó por el estudio preoperatorio, no llegando durante mi estancia en el mencionado hospital a disponer de ningún quirófano programado, al igual que el resto de mis compañeros, creo que por la gran demanda de pacientes que presentaba por entonces el Hospital al fusionarse los dos centros; de tal manera que aun intentándolo no pude intervenir al paciente. Posteriormente fuimos trasladados al Hospital antiguo de la Cruz Roja, en el cual las instalaciones por todos conocidas no reunían las condiciones para realizar dichas intervenciones, no dis-*

*poniendo de lo fundamental para este tipo de cirugía como es el microscopio quirúrgico, puesto que además el Servicio de ORL que nos prestaba tan amablemente el microscopio se encontraba ubicado en otro centro de la ciudad (H.G.U. Morales Meseguer).*

*Durante este tiempo el paciente fue informado de la situación que estábamos pasando los médicos del Hospital y de la imposibilidad de realizarle la intervención por el momento, teniendo que esperar a que se dieran las condiciones idóneas para poder intervenirlo y ofreciéndole en todo momento la posibilidad de ser intervenido en otro centro de la región, pero con la técnica quirúrgica que decidiera el cirujano, pues no se le ofertaba la posibilidad técnica que yo le ofrecía.*

*También durante este tiempo comuniqué por escrito a la Inspección Médica de la Seguridad Social la imposibilidad de realizar la intervención, puesto que el paciente se encontraba de baja laboral y yo no podía acelerar el proceso por las causas anteriormente expuestas.*

*He de decir además, que durante todo el tiempo que estuvimos fuera de Hospital, no realice ninguna intervención de microcirugía vascular a ningún otro paciente. En febrero de 2005 fuimos trasladados por fin al nuevo Hospital Reina Sofía, que además compró un microscopio nuevo para el Servicio de COT para que personalmente pudiera realizar este tipo de intervenciones, sin necesidad de tener que pedir prestado el microscopio a otro Servicio.*

*En abril de 2005 solicité, por motivos personales, la excedencia en el Servicio Murciano de Salud para pasar a prestar mis servicios en otro centro de la región no vinculado al SMS, por lo que antes de mi salida facilité un informe médico respecto de este paciente para que pudiera ser intervenido en la Ciudad Sanitaria Virgen de la Arrixaca por el Servicio de Cirugía Plástica y Quemados y hablando personalmente con el cirujano encargado del caso para no demorar la intervención. Además a todos mis pacientes y en coordinación con la Dirección Médica y el Jefe de Servicio de COT, se les ofreció la posibilidad de que los interviniera personalmente en un centro concertado de la Seguridad Social puesto que estaban en lista de espera tiempo.*

*Quiero finalizar diciendo que en todo momento le explique al paciente la situación y el porqué de la espera, tanto en consultas externas como en los días que estaba de guardia, siempre fue atendido correctamente por mi y siempre realicé los informes a la Inspección Médica y a su Médico de Familia para tenerlos al corriente de la situación. Actualmente me encuentro fuera del SMS, pero siempre me he ofrecido voluntariamente a ir al Hospital Reina Sofía para intentar solucionar cualquier caso clínico de reconstrucción microquirúrgica, al igual que quedo a la disposición de la Dirección del centro para volver a ver a este paciente si fuera necesario y requiriera de mis servicios como cirujano que realiza técnicas de microcirugía”.*

**DÉCIMO.-** Mediante comunicación interior de la Unidad de Lista de Espera Quirúrgica, se detalla la situación del paciente en relación con la misma y su derivación en varias ocasiones a centros concertados (folios 212 y 213).

**UNDÉCIMO.-** En fechas 21 de febrero y 7 de marzo del 2006, el letrado actuante presenta sendos escritos en los que manifiesta que va a interponer recurso contencioso administrativo por la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial y que su representado va a ser intervenido en el Hospital Valle de Hebrón de Barcelona, solicitando la copia de dos actuaciones obrantes en el expediente. Respecto a esta última



petición, el órgano instructor le comunica la obligación de ingresar previamente la tasa correspondiente, lo que es cuestionado por el interesado mediante escrito de protesta formal (folio 225), siendo finalmente cumplimentado el 17 de abril de 2006.

**DUODÉCIMO.-** El 4 de octubre de 2006 tiene entrada en la Administración regional la Providencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 28 de julio de 2006, anunciando la admisión a trámite del recurso contencioso administrativo (procedimiento ordinario 353/2006), interpuesto por la parte reclamante, solicitando la remisión del expediente administrativo y el emplazamiento a las partes interesadas (folio 253).

**DECIMOTERCERO.-** Con fecha 17 de noviembre de 2006, el letrado actuante presenta escrito solicitando, tras la intervención practicada al paciente en el Valle de Hebrón, el reintegro de los gastos ordinarios ocasionados que ascienden a la cantidad de 1.445,60 euros (folios 261 y ss.). Acompaña un informe de asistencia de aquel Hospital y una relación de gastos realizados con ocasión de la intervención.

**DECIMOCUARTO.-** La Inspección Médica emite informe el 19 de febrero de 2007, alcanzando las siguientes conclusiones:

*— Cuando fue valorado en 1999, se trataba de una lesión cronicada, no urgente. El tratamiento propuesto no era el convencional. El tipo de recursos necesarios, tanto humanos como materiales, eran específicos y no estaban disponibles a partir del traslado del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología a otros hospitales.*

*— La decisión de derivar al paciente a un hospital distinto al de referencia, depende del responsable del servicio hospitalario correspondiente, con el consentimiento del afectado. Ese traslado no se hizo hasta 2005.*

*— El paciente permanece en LEQ desde el 1999 hasta 2005. Durante ese periodo, la Unidad de LEQ le deriva repetidamente a centros concertados. La razón de la salida de LEQ fue un cambio en la codificación del “motivo de salida” tras ser derivado al mismo centro concertado por tercera vez, constanding “curación/no indicación quirúrgica” cuando en realidad no se había realizado la intervención quirúrgica.*

*— Aunque el paso de los años ha podido aumentar la cicatriz hiperqueratósica, el tratamiento propuesto en 1999 y el finalmente realizado en 2006 están dentro de la misma opción reconstructiva del pie.*

*— Las secuelas descritas como permanentes en el informe aportado por el reclamante: talalgia, dorso lumbalgia, coxalgia izquierda, daño estético por cojera y uso de la muleta para deambular, no son una consecuencia directa y exclusiva del retraso de la cirugía, sino debidas a su patología previa”.*

**DECIMOQUINTO.-** El 3 de julio de 2007 se remite por la correduría de seguros informe valorativo del daño alegado por el reclamante, que concluye en lo siguiente:

*“1.- El daño físico no es imputable a la demora, sino al accidente y a la complejidad de la intervención.*

*2.- La demora de la cirugía es obligada por la complejidad de la misma y se realizaron todas las derivaciones exigibles para intentar adelantarla en el tiempo. Los cambios de centro hospitalario no han influido en el retraso, ya que han sido solventados en cada momento, según el modo más adecuado.*

3.- *Existe un error de codificación que ocasionó la salida injustificada de LEQ del paciente entre junio 2003 y junio 2005, que sería el tiempo del que es responsable el Servicio Murciano de Salud*".

**DECIMOSEXTO.-** Otorgado un trámite de audiencia a los interesados, comparece el letrado actuante al objeto de obtener copia de los informes de la Inspección Médica y de la correduría de seguros (folios 329).

**DECIMOSÉPTIMO.-** Constan una serie de actuaciones en el expediente sobre la solicitud de reintegro de gastos ordinarios, en relación con la intervención quirúrgica practicada al paciente en el Hospital Valle de Hebrón:

— Escrito del Secretario General Técnico del Servicio Murciano de Salud de 21 de diciembre de 2007, dirigido al Director General de Régimen Económico y Prestaciones, solicitando que se proceda a resolver la solicitud de reintegro de gastos (folio 340).

— Contestación del Director General de Régimen Económico y Prestaciones, de 4 de diciembre de 2007, adjuntando la documentación presentada por el reclamante, al entender que dicha petición se está tramitando como reclamación de responsabilidad patrimonial (expte. 304/05). Entre la documentación presentada, consta un escrito del letrado actuante, de 28 de marzo de 2007 (folio 344), en el que solicita el reintegro de los gastos ya aportados, más los correspondientes a la visita médica de su representado al precitado Hospital el 11 de enero de 2007, que ascienden a 228,25 euros. Se vuelve a reiterar por escrito ulterior de 3 de diciembre de 2007.

**DECIMOCTAVO.-** El 30 de enero de 2008 (registro de entrada), la parte reclamante presenta escrito, en el que realiza las siguientes consideraciones: 1ª) En fechas 17 de noviembre de 2006 y 28 de marzo de 2007 ha presentado ante el Servicio Murciano de Salud sendas reclamaciones de reintegro ordinario de gastos soportados por el paciente; 2ª) por Auto de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de 14 de noviembre de 2007, se ha denegado la ampliación del recurso contencioso administrativo que se sigue en dicha Sala (353/06), por la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial, a la reclamación de reintegro de gastos, por entender que corresponde el conocimiento de esta última a la jurisdicción laboral; 3ª) denuncia la falta de resolución expresa del procedimiento de reintegro de gastos, pese a la obligación de la Administración, aclarando que no se trata de gastos sanitarios, sino gastos ordinarios derivados de un traslado a otro centro sanitario acordado por el sistema regional de salud; 4ª) considera necesario formular la reclamación previa al ejercicio de acciones judiciales laborales, de acuerdo con lo indicado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia.

**DECIMONOVENO.-** La propuesta de resolución, de 9 de abril de 2008, estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial en la cantidad de 22.621,24 euros, por los días de incapacidad laboral derivados de la salida injustificada de la Lista de Espera Quirúrgica (LEQ) del paciente desde junio del 2003 al mismo mes del año 2005, tras aplicar, como factores de corrección, la edad laboral del interesado (incremento del 10%) y la pasividad del paciente para solicitar la asistencia (disminución del 30%).

**VIGÉSIMO.-** Con fecha 22 de abril de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento.

1. La reclamación fue interpuesta por el propio paciente, es decir, por quien sufrió el daño que se imputa al funcionamiento del servicio público, lo que le otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva de la Administración regional, no existen dudas acerca de la titularidad pública del centro hospitalario en el que se produjo la atención sanitaria a la que se imputa el daño.

2. La reclamación se presenta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar, toda vez que el paciente fue intervenido en el Hospital Virgen de la Arrixaca el 16 de junio y 7 de julio del 2005 y la reclamación fue presentada el 9 de agosto del mismo año.

3. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el establecido para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, que ha excedido en mucho el de seis meses establecido por el artículo 13 RRP. Precisamente esta circunstancia ha llevado al reclamante a presentar el correspondiente recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta por silencio de su reclamación. En cualquier caso, ni el mero transcurso en exceso del plazo de resolución, ni el inicio de la vía contenciosa exoneran a la Administración de la obligación de resolver de manera expresa la reclamación, que le impone el artículo 42.1 LPAC.

No obstante, se excluye del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial la reclamación de los gastos ocasionados por la intervención del paciente en el Hospital Valle de Hebrón de Barcelona, por canalización del Servicio Murciano de Salud, en la medida que la parte reclamante se ha acogido al procedimiento específico encaminado al reintegro de los gastos ordinarios (excluidos los sanitarios y farmacéuticos), ocasionados con motivo de la intervención en dicho Hospital, al amparo de lo previsto en la Orden de la Consejería de Sanidad de 21 de febrero de 2005, que determina las ayudas compensatorias a pacientes del Servicio Murciano de Salud por el desplazamiento y la estancia derivada de asistencia sanitaria.

### **TERCERA.-** Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por

la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
- b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

En el ámbito de las prestaciones, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, establece que los servicios sanitarios, así como los administrativos, económicos y cualesquiera otros que sean precisos para el funcionamiento del Sistema de Salud, adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad.

En el mismo sentido, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, ha regulado las garantías de seguridad, calidad, accesibilidad, movilidad y tiempo en las prestaciones sanitarias.

En cuanto a la garantía de tiempo, los artículos 4 y 25 de dicha Ley consagran el derecho de los ciudadanos a recibir asistencia sanitaria en su Comunidad Autónoma de residencia en un tiempo máximo, de acuerdo con los criterios marco que fije el Gobierno, definiendo las Comunidades Autónomas el tiempo máximo de acceso a su cartera de servicios.

En desarrollo del Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre listas de espera en el Sistema Nacional de Salud, aunque con posterioridad a los hechos que motivan el presente expediente, se aprobó por la Administración regional el Decreto 25/2006, de 31 de marzo, que desarrolla la normativa básica estatal en materia de información sobre listas de espera y establece las medidas necesarias para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del sistema sanitario público de la Región de Murcia.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

En su escrito de reclamación, el interesado atribuye a la Administración regional un funcionamiento anormal, en tanto como paciente del sistema público sanitario fue incluido en la lista de espera del Hospital General Universitario el 26 de enero de 1999 para practicarle una intervención quirúrgica en el pie izquierdo (colgajo fasciocutáneo), siendo finalmente realizada en el Hospital Virgen de la Arrixaca el 16 de junio y 7 de julio del 2005. Es decir, contrae su reclamación inicialmente a la tardanza en practicarle la intervención quirúrgica (más de 6 años), que le ha irrogado, en su opinión, unas graves secuelas, consistentes en cicatriz hiperqueratósica dolorosa en el área de apoyo de borde medial de talón izquierdo. También alega la falta de información sobre las contingencias burocráticas, desconociendo las razones por las que no se le operó durante tanto tiempo.

En los sistemas sanitarios públicos de cobertura universal, las listas de espera constituyen un factor regulador de la demanda. Sin embargo, los tiempos excesivamente prolongados tanto por lo que se refiere a los procedimientos diagnósticos, como terapéuticos, pueden comprometer sensiblemente el principio de equidad que inspira estos sistemas.

La cuestión relativa a la problemática que plantean las listas de espera no es ajena a la jurisprudencia de nuestros tribunales, habiéndose considerado, en casos de dilación injustificada, un mal cumplimiento de la prestación médico-sanitaria al enfermo. Así la STS, Sala 1ª, de 27 de mayo de 2003, afirma:

*“El problema de las listas de espera es un mal que acarrea nuestra sanidad y pone de manifiesto que su funcionamiento no es el que demanda la necesidad de procurar la salud de los enfermos, a los que se les hace difícil comprender que estando diagnosticados de un padecimiento grave y perfectamente establecido, y necesitado de operación, ésta no se lleve a cabo de inmediato, o en el menos tiempo posible (...) lo que hace necesario intensificar los esfuerzos hospitalarios para adoptar cuanto antes la solución de intervención y con carga suficiente de poder resultar positiva y eficaz (...).*

En principio debe indicarse que el Sistema de Asistencia Sanitario Público tiene unos recursos limitados, que implican la necesidad de existencia de listas de espera; esta circunstancia no genera responsabilidad patrimonial, siempre y cuando dicha espera deba considerarse razonable y adecuada, para lo cual deberá atenderse a las circunstancias concretas en cada caso; para que nazca responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria en estas situaciones es preciso que se produzca un daño.

El Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 2642/2001, realiza la siguiente consideración:

*“Parece innecesario resaltar que las listas de espera constituyen algo en sí mismo indeseable, lo que no significa que su sola existencia implique necesariamente declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración titular del servicio público sanitario. En efecto, es evidente que los poderes públicos tienen el mandato constitucional de organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios (artículo 43 de la Constitución). Pero a pesar de que uno de los objetivos de su actuación en este ámbito sea el de luchar contra las listas de espera, la escasez de medios u otras circunstancias coyunturales demuestran que aquéllas son una realidad. Sostener que el paciente tiene en todos los casos derecho a la inmediatez, por ejemplo, en lo que a la intervención quirúrgica se refiere, significaría abrir sin límites la posibilidad de que cualquier asegurado (en la sanidad pública) pudiera acudir —si no se cumpliera dicha inmediatez— a la sanidad privada, pudiendo repercutir sobre los presupuestos públicos*

*su coste (a través del instituto de la responsabilidad) además de los eventuales daños y perjuicios que ello pudiera ocasionar. Siendo deseable la referida inmediatez en el tratamiento y reiterando el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos desde la perspectiva del derecho a la protección de la salud, sin embargo nuestro ordenamiento jurídico no articula un sistema que implique en todos los casos la referida inmediatez en la sanidad pública.*

*Así las cosas, la solución en casos como el presente debe ir precedida por el examen de las circunstancias concurrentes, en particular de las dolencias del paciente, previsible tardanza en el tratamiento y demás circunstancias que puedan arrojar luz sobre lo que cabría considerar un retraso razonablemente admisible. De esta manera, la tardanza que entre dentro de los estándares existentes y que no implique una ruptura con la razonabilidad de la espera, debe ser soportada por el paciente, pues en tales casos no cabrá considerar el retraso como un daño individualizado, sino como una carga que todos los asegurados en la sanidad pública tienen el deber jurídico de soportar. Sin que ello deba interpretarse como una impropia relajación en la lucha contra las listas de espera, lo expuesto constituye, a juicio de este Consejo, una solución equilibrada al problema planteado, que, como se dice, deberá ser resuelto caso por caso”.*

Veamos pues las imputaciones de la parte reclamante, en atención a las circunstancias concretas del caso:

1ª. Demora en la práctica de la primera intervención quirúrgica.

Se ha comprobado en el presente procedimiento que el paciente estuvo incluido ininterrumpidamente en lista de espera quirúrgica (LEQ) desde el 26 de enero de 1999 hasta junio de 2003, derivándose durante aquel tiempo a centros privados concertados (Clínica San José, Hospital de Molina, y tres veces al Hospital de San Carlos), donde en la práctica no se podía llevar a cabo la intervención quirúrgica de una complejidad alta. El motivo por el que no pudo ser intervenido con anterioridad en el Hospital General Universitario es detallado por el Dr. x., traumatólogo perteneciente al Servicio de COT, que atendió al paciente (Antecedente Noveno), refiriéndose básicamente a dos circunstancias: a) El cierre del Hospital General Universitario, que motivó que el Servicio se trasladara provisionalmente al Hospital Morales Meseguer, en donde no se pudo disponer de ningún quirófano programado por la gran demanda de pacientes; posteriormente dicho Servicio se trasladó al Hospital de la Cruz Roja, en el que las instalaciones no reunían las condiciones para realizar este tipo de intervenciones, al no disponer de un elemento esencial para su práctica (microscopio quirúrgico), dado que el utilizado pertenecía al Servicio de ORL, que no se encontraba en las mismas dependencias, sino en otro centro hospitalario; b) La técnica propuesta para la intervención del paciente, utilizada en aquel momento sólo por el Dr. x. en la Región de Murcia, requería de un instrumental específico de microcirugía y de un microscopio adecuado para realizar con éxito la parte más compleja consistente en las anastomosis microquirúrgicas, siendo descrita por el citado facultativo de la siguiente manera: “*Se le informó al paciente de la posibilidad de resecar dicho defecto y sustituirlo mediante un colgajo libre tomado de la espalda, denominado colgajo escapular, que presenta la ventaja de dejar una cicatriz lineal en la región escapular y aportar un tejido sano bien vascularizado y almohadillado, pues se obtiene la piel y el tejido celular subcutáneo con sus circulación (arteria y vena) y se transfiere de forma libre mediante anastomosis microvasculares a la zona cicatricial del pie*”. Por tanto, los preoperatorios realizados respondían a los intentos de intervención quirúrgica, luego frustrados por las razones expresadas.

Sin embargo, desde julio de 2003 hasta el 21 de junio de 2005 no consta que el paciente estuviera en LEQ, según la Inspección Médica, que atribuye dicha circunstancia a un cambio en la codificación del motivo de salida, tras ser derivado a un centro concertado (folios 305 y 306). En el año 2005 se le vuelve a incluir en la lista de espera, siendo enviado al Hospital Virgen de la Arrixaca, donde sí se le intervino.

El transcurso del plazo indicado (1999-2005) ya denota “*per se*” un funcionamiento anómalo del servicio público, que no puso a disposición del paciente todos los medios disponibles del sistema público de salud, pues podría haberle derivado a otro Hospital Público de la Región, aunque le aplicaran otras técnicas o, en su ausencia, a otro centro hospitalario fuera de la Región, como se propuso posteriormente, concretamente, al Hospital Valle de Hebrón, tras el resultado insatisfactorio de la cirugía practicada por el Servicio de Cirugía Plástica y Reparadora del Hospital Virgen de la Arrixaca.

En consecuencia, se constata una tardanza desproporcionada en la intervención del paciente incluido en la lista de espera y un error en la codificación del motivo de salida, que ocasionó una salida injustificada del reclamante de la LEQ hasta junio de 2005, sin que se haya probado que el paciente renunciara o se negara a practicar la intervención en otros centros hospitalarios, en espera de la posibilidad de su realización por el Dr. x., por la existencia de una relación de confianza médico-paciente, aludida por la Inspección Médica en su informe.

Sirva, a efectos meramente indicativos puesto que no se encontraba en vigor cuando ocurrieron los hechos, que las previsiones del Decreto regional 25/2006, sobre los plazos máximos de acceso a las intervenciones quirúrgicas de carácter programado y no urgente, son de 150 días naturales, sobrepasados de forma excesiva en el presente caso.

### 2ª. Relación de causalidad del daño alegado y el retraso en la intervención quirúrgica.

Constatado un funcionamiento anormal del servicio público sanitario, nuestra siguiente consideración ha de orientarse a determinar si el daño alegado por el reclamante “*esta enorme dilación ha irrogado graves secuelas al x. produciéndole la enfermedad que padece en la actualidad consistente en una cicatriz hiperqueratósica dolorosa en área de apoyo de borde medial de talón izquierdo*”, se ha debido efectivamente al retraso en la primera intervención quirúrgica.

Sin embargo, si acudimos a sus antecedentes médicos, resulta que el paciente tenía una lesión cronicada, pues sufrió un traumatismo el 16 de mayo de 1981, que afectó al talón izquierdo con gran zona de necrosis, que abarcaba incluso el calcáneo, por lo que fue intervenido en seis ocasiones, constando desde 1982 una secuela de hiperqueratosis (folio 304). Así se detalla en el informe de la Inspectora Médica (folio 293):

*“El x. sufrió un accidente de tráfico el 16/05/1981 cuando tenía 18 años de edad, motivo por el cual fue intervenido en seis ocasiones del pie izquierdo, todas ellas en el HUVU.*

*En la primera debido a la gran zona de necrosis que abarcaba incluso el calcáneo y por infección se pensó en la posibilidad de amputar y las cinco últimas intervenido mediante injertos y ulteriormente colgajo aleatorio de transposición posterior en 1983. Desde 1982 hay constancia de hiperqueratosis”.*

Por lo tanto, un primer dato digno de resaltar es que la cicatriz hiperqueratósica no es consecuencia de la tardanza en practicarle la intervención quirúrgica, sino debido a su patología previa. Ahora bien, lo anterior no excluye que la demora pudiera agravar su situación,

siendo reconocido, en cierto modo, por la Inspectora Médica en sus conclusiones (Antecedente Decimocuarto): “*con el paso de los años ha podido aumentar la cicatriz*”, al igual que sostiene que las secuelas descritas como permanentes en el informe pericial aportado por el reclamante (talalgia, dorso lumbalgia, coxalgia izquierda, daño estético por cojera y uso de la muleta para deambular) “*no son consecuencia directa y exclusiva del retraso en la cirugía*”, lo que no excluye “*a sensu contrario*” que haya podido incidir, conjuntamente, con su patología previa.

Respecto a las listas de espera, la jurisprudencia sostiene que el daño es antijurídico cuando venga dado por una lista en sí mal gestionada o irracional, de duración exagerada —como concurre en el presente supuesto—, o cuando hubiese un error en la clasificación de la prioridad del enfermo, o cuando en el curso de esa espera se produjesen empeoramientos o deterioros de la salud que llevan secuelas irreversibles (SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 1 de mayo de 2000).

En consecuencia, advertida la desproporcionada e injustificada demora en la práctica quirúrgica al paciente, tras su inclusión en la LEQ, que no queda enervada por la circunstancia de que el Hospital General Universitario estuviera cerrado durante un tiempo, ni porque el tratamiento propuesta no fuese considerado convencional, ni porque ningún otro facultativo de la Región realizara la técnica recomendada, al igual que acreditada la efectividad del daño y su antijuridicidad (artículo 141.1 LPAC), el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que ha de ser estimada la presente reclamación de responsabilidad patrimonial.

A mayor abundamiento, los parámetros de razonabilidad o normalidad en el funcionamiento de las listas de espera han sido abordados por otros Consejos jurídicos; así el Consejo Consultivo Valenciano (Dictamen núm. 471/2006) y el Consejo Consultivo de Galicia (Dictamen núm. 446/2004).

Al igual que el TSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso Administrativo, en su sentencia 12/2008, de 18 de enero, ha considerado, en el supuesto en ella enjuiciado, que existe nexo causal entre la demora de la intervención y la eliminación de su posible curación, dando lugar a un daño antijurídico, al producirse una actuación contraria a la *lex artis*. También el TSJ de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, en su sentencia 342/2006, de 29 de noviembre, ha resuelto en sentido estimatorio a la pretensión de la reclamante con una tardanza en la gestión de un paciente en la lista de espera de más de 10 años.

Por el contrario, no estima probado el Consejo Jurídico el alegato de que se han conculcado los derechos de información, pues del expediente se infiere que el paciente era conocedor de las vicisitudes, dado que, en caso contrario, habría negado la información precisa suministrada por el Dr. x. (folios 210 y 211) en su informe de 21 de diciembre de 2005: “*durante este tiempo el paciente fue informado de la situación que estábamos pasando los médicos del Hospital y de la imposibilidad de realizarle la intervención por el momento, teniendo que esperar a que se dieran las condiciones idóneas para intervenirle ofreciéndole en todo momento la posibilidad de ser intervenido en otro centro de la Región, pero con la técnica quirúrgica que decidiera el cirujano, pues no se le ofertaba la posibilidad técnica que yo le ofrecía*”. Concluye el citado facultativo que, en todo momento, le explicó al paciente la situación y el por qué de la espera tanto en consultas externas, como cuando se encontraba de guardia.



También se infiere del contacto que mantuvo el citado facultativo con la Inspección Médica de la Seguridad Social y con el médico de familia del paciente para poner en su conocimiento la imposibilidad de practicarle la intervención en aquel momento, y prolongar su baja laboral. Incluso se desprende de las fuentes citadas por el informe de la perito de la parte reclamante; por ejemplo, se hace referencia al parte de consulta y hospitalización emitido por su médico de cabecera y dirigido al Dr. x., de 20 de agosto de 1999, para que el paciente pudiera seguir con la baja hasta que pudiera ser intervenido (folios 33 y 34); o el informe del Dr. x. dirigido al INNS, de 25 de septiembre de 2002, en el que manifiesta que el paciente se encuentra pendiente de nueva intervención para cobertura cutánea mediante colgajo libre.

#### **QUINTA.- Cuantía indemnizatoria.**

El reclamante solicita una cuantía indemnizatoria de 165.501,62 euros, que desglosa en 44.167,14 euros en concepto de secuelas y 121.334,48 euros por incapacidad, aplicando el sistema de valoración de daños y perjuicios causados a personas en accidentes de circulación correspondiente al año 2005, según refiere, porque la lesión primigenia procede de un accidente de tráfico.

Por el contrario, la instructora del expediente propone una cuantía indemnizatoria de 22.621,24 euros, correspondiente a los días de incapacidad temporal derivados de la salida injustificada de la LEQ del paciente entre junio de 2003 y 2005, aplicando como factores de corrección la edad laboral y su pasividad para solicitar la asistencia.

Sin embargo, el Consejo Jurídico aprecia importantes carencias, por exceso o por defecto, en ambos sistemas para determinar el *quantum* indemnizatorio:

1º) El reclamante sostiene la aplicación del sistema de valoración de daños por accidentes de tráfico por el origen de la lesión, cuando aquél no motiva la presente reclamación, sino la demora en la práctica quirúrgica, que constituye *la ratio decidendi* de la misma. De otra parte es bien sabido que la legislación sobre indemnización en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio puramente orientativo (STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998) en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial (por todos, nuestro Dictamen 108/2008). Asimismo se computa íntegramente todo el periodo, sin excluir un periodo razonable de permanencia en la LEQ, teniendo en cuenta la complejidad de la intervención quirúrgica, que no era de carácter urgente, pues se trataba de una lesión cronicada (folio 304) y que ningún traumatólogo de la Región realizaba la técnica recomendada por el Dr. x. De otra parte constan diversos periodos de ILT, apoyados por el citado facultativo en espera de la intervención, que no han sido deducidos de las indemnizaciones reclamadas por días improductivos.

2) También es discutible el modo de cálculo contenido en la propuesta de resolución, puesto que se contrae a un periodo de dos años (desde junio de 2003 al 2005), cuando le dieron de baja al paciente de forma improcedente en la LEQ, sin tener en cuenta su permanencia anterior en la citada lista (más de cuatro años), como si este último periodo fuera razonable. De otra parte no se considera justificada la aplicación de un coeficiente reductor por la pasividad del paciente (30%), pues corresponde a la Administración sanitaria la gestión de la LEQ, sin que el afectado pudiera conocer *a priori* cuando se produciría la apertura del Hospital General Universitario y su intervención por el Dr. x., que le había recomendado una determinada técnica en la que presumiblemente confiaba.

Aun a sabiendas de lo difícil que puede resultar en ocasiones la determinación del *quantum* indemnizatorio, pues conlleva un juicio prudencial, el Consejo Jurídico considera esencial centrarse en el daño antijurídico ocasionado por la tardanza en la intervención quirúrgica, a la vista de los antecedentes clínicos del paciente.

Establecida así la cuestión, ha de indemnizarse el daño producido al paciente por el retraso en la gestión de la lista de espera, concretado en el dolor físico, molestias, incertidumbres, todos ellos integrantes en el denominado *pretium doloris*, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente y que comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (SAN, Sección 4ª, de 27 de noviembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 3 de abril de 2002).

En atención a los datos aportados por la perito de la parte reclamante, que concreta las secuelas padecidas por el paciente durante dicho periodo, tras el reconocimiento efectuado el 5 de mayo de 2005 (folio 31), que acota perfectamente el periodo en el que estuvo incluido en la LEQ, con independencia de la evolución ulterior tras la intervención quirúrgica en el Hospital Valle de Hebrón, cuyo informe señala que es favorable (folio 263), resulta que el paciente padeció durante aquel tiempo dolor de talón (talalgia izquierda), dorsolumbalgia, coxalgia izquierda (dolor de cadera) y daño estético por cojera y uso de muleta para deambular, lo que se traduce en un total de 25 puntos de secuelas, en atención al baremo arriba indicado, según la perito.

Por estos conceptos la parte reclamante solicita específicamente las siguientes cantidades:

- 25 puntos x 1041,43 euros: 26.035,75 euros.
- Factor de corrección (10%): 2.603,57, por encontrarse en edad laboral.
- Lesiones por incapacidad permanente parcial, que impiden la ocupación habitual: 15.527,82 euros.
- Total secuelas: 44.167,14 euros.

El Consejo Jurídico considera adecuado tomar como presupuesto de partida para concretar la indemnización dichas cuantías reclamadas, en la medida que, según el baremo al que se acoge el reclamante, también incluyen el daño moral, si bien, puesto que dichas lesiones no son consecuencia exclusiva de la tardanza en la gestión de la lista de espera, según indica la Inspección Médica, debido a la patología previa del paciente descrita en el presente Dictamen, la cantidad resultante ha de modularse en atención a la concurrencia de causas; en ausencia de un criterio médico que determine en qué medida ha incidido aquella actuación de la Administración en las secuelas alegadas, nos acogeremos al porcentaje del 50%, como en otros precedentes (Dictamen núm. 71/06).

Además, a la cantidad resultante habría que añadir el porcentaje correspondiente al error injustificado de la salida del paciente de la lista de espera durante el periodo de dos años, tomando como referencia el sistema de valoración correspondiente al año 2003, fecha en la que se produjo la salida conforme al artículo 141.3 LPAC, valorándose dicho periodo como días improductivos.

La suma de las cuantías por ambos conceptos (*pretium doloris* y días improductivos por error de la salida del paciente de la LEQ) integrarían el *quantum* indemnizatorio, que debería actualizarse a la fecha en la que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial (artículo 141.3 LPAC), todo ello sin perjuicio del reconocimiento, si procediera,

de los gastos no sanitarios solicitados con motivo de la intervención en el Hospital Valle de Hebrón, cuya reclamación sigue el procedimiento específico aludido en la Consideración Segunda.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, al considerar el Consejo Jurídico que sí concurren los elementos generadores de responsabilidad patrimonial de la Administración, procediendo a la estimación de aquélla.

**SEGUNDA.**- En cuanto a la cuantía indemnizatoria habrá de estarse a los criterios señalados en la Consideración Quinta.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 127/08.- Consulta facultativa sobre la composición de los tribunales que han de juzgar las pruebas selectivas para el acceso a personal funcionario y laboral tras la entrada en vigor del Estatuto de la Función Pública (Ley 7/07).**

**Consultante:** Alcalde del Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz

**Fecha:** 14/07/08

### **Extracto de Doctrina**

*1. Cuando la ley no contiene una cláusula derogatoria explícita o, aun teniéndola, resulta incompleta por no contemplar otras normas cuya vigencia es susceptible de verse afectada por la nueva ley, nace la cuestión de averiguar qué disposiciones quedan derogadas en cada caso. Para la jurisprudencia es evidente que cuando hay una contradicción insuperable con las leyes anteriores, la derogación se puede presumir; pero en todo caso se impone una difícil tarea interpretativa, que han de llevar a cabo los Tribunales, para determinar su alcance y contenido. Para guiar esa labor hermenéutica y apreciar la denominada derogación tácita, una doctrina ya clásica establece una triple exigencia, de forma que entre la ley nueva y la vieja medien igualdad de materia, identidad de los destinatarios y contradicción e incompatibilidad entre los fines de los preceptos (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de marzo de 1998), de forma que la derogación deba presumirse sólo respecto de aquellos preceptos que estén en oposición o no puedan coexistir con los de la nueva Ley (STS de 8 de marzo de 1904 —citada por De Castro en Derecho Civil de España—). Esa contradicción entre los preceptos de la nueva y la vieja ley habrá de ser, además, “clara y tajante” en expresión de la STS, 3ª, de 27 diciembre 1988, y sólo alcanzará a aquellos preceptos de las disposiciones anteriores cuya incompatibilidad con la nueva Ley resulte indudable por ser imposible efectuar una interpretación conciliadora de ambos.*

*2. De la lectura del artículo 60.3 EBEP, que establece que “la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie”, parece desprenderse que el artículo 4, letra f) RD 896/1991 ha de entenderse tácitamente derogado en lo referente a que en los tribunales de selección figurará necesariamente un representante de la Comunidad Autónoma. Así mismo, también habría quedado derogado el artículo 25 LCPL cuando señala que en los tribunales de selección de policías locales figurará un representante de la Consejería competente.*

*Para el Consejo Jurídico no existe tal derogación tácita en atención a la función que desempeña el indicado vocal en el órgano selectivo y el interés que se persigue con su participación en el mismo.*

*Y es que más allá de la vestidura de las palabras importa acudir a la esencia de la participación de funcionarios de la Administración autonómica en los tribunales calificadoros de la Administración local, que no responde al ejercicio de una función representativa de la Administración a la que pertenecen. El interés que el vocal autonómico está llamado a perseguir en el órgano de selección no es el propio de la Comunidad Autónoma, entendido como algo distinto del que anima a la Administración convocante y de la que depende el tribunal, sino que acude al órgano en virtud de un principio de colaboración interadministrativa, con la finalidad de ejercer un cometido estrictamente profesional y careciendo de un interés propio y ajeno a la organización administrativa de la que depende el órgano calificador.*

*Ello será así cuando el miembro propuesto por la Administración autonómica no sea portador de mandatos o instrucciones de actuación que, por responder a intereses propios del órgano o institución proponente, pudieran interferir en la actuación estrictamente técnica de la selección. Ahora bien, debe recordarse que el “representante” de la Comunidad Autónoma acude al órgano de selección designado por una Administración que viene obligada a actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y servir con objetividad los intereses generales (artículo 103.1 CE y 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 2 de abril de 2008, el Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Caravaca de la Cruz, se dirige al Consejo Jurídico para recabar su parecer acerca de cuatro dudas que, según el texto de la consulta formulada, le habrían surgido a la Corporación acerca de la composición de los órganos de selección de su personal, tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en lo sucesivo EBEP).

Las dudas surgen ante la aparente contradicción existente entre la nueva normativa, fundamentalmente el artículo 60 EBEP, y la que hasta la fecha se ha venido aplicando para establecer la composición de los órganos de reclutamiento (artículo 4, letra f) del Real Decreto 896/1991, por el que se establecen las reglas básicas y programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de la Administración Local, con especial atención a los destinados a la selección de los Policías Locales (artículo 25 de la Ley 4/1998, de 22 de julio, de Coordinación de las Policías Locales de la Región de Murcia, en adelante LCPL).

En síntesis, la consulta versa sobre las siguientes cuestiones:

a) Posibilidad de nombrar como Presidente del Tribunal para la selección de funcionarios del Cuerpo de la Policía Local al Jefe de dicho Cuerpo.

b) Si sigue siendo necesario el nombramiento de un representante de la Comunidad Autónoma en los tribunales calificadoros de los procesos selectivos de la Policía Local e incluso generales.

c) Si sigue siendo necesario el nombramiento, en los tribunales de selección del personal laboral o funcionario, de un miembro designado a propuesta de la representación de los trabajadores o de la Junta de Personal, respectivamente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter facultativo, conforme a lo que dispone el artículo 11 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en cuya virtud el Consejo Jurídico emitirá Dictamen en cuantos asuntos sea consultado por los Ayuntamientos a través de sus Alcaldes.

#### **SEGUNDA.- Sobre el escenario normativo.**

1. La consulta se formula en un contexto normativo marcado por una cierta provisionalidad, germen de las dudas que surgen a la Corporación Local consultante.

En efecto, la entrada en vigor del EBEP el 13 de mayo de 2007 ha generado no pocas incógnitas acerca del régimen jurídico vigente, toda vez que, de conformidad con su Exposición de Motivos, la densidad de la legislación básica en materia de función pública debe reducirse en comparación con épocas pasadas, de forma que el nuevo Estatuto nace necesitado de un desarrollo legislativo por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas, que habrán de aprobar o modificar las leyes de función pública de sus respectivas Administraciones, así como las normas aplicables a la Administración Local. En este sentido, el artículo 3.1 EBEP establece que el personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte el Estatuto, y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local.

A nivel autonómico tal legislación todavía no ha visto la luz, si bien el Consejo Jurídico conoce de la existencia de trabajos preparatorios, todavía en un estadio inicial, para la redacción y aprobación de una nueva Ley de la Función Pública regional que, adaptada a las nuevas previsiones básicas, sustituya al vigente Texto Refundido de la Ley de Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero (en lo sucesivo, TRLFP).

En cualquier caso, y de acuerdo con la Disposición final cuarta, apartado 3, EBEP, hasta que se dicten las correspondientes leyes de función pública y sus normas de desarrollo, se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en el mismo Estatuto. En consecuencia, aun de forma meramente provisional, subsisten las normas estatales y autonómicas en la materia, a las cuales ha de quedar sometida la actuación

de las Administraciones públicas. El carácter transitorio del contexto jurídico-normativo dibujado, obvio es decirlo, se hace extensivo a los criterios interpretativos que sobre el mismo se vierten en este Dictamen.

2. De conformidad con lo expuesto, la composición de los órganos de selección del personal de las Corporaciones Locales se sigue rigiendo por las normas hasta ahora aplicables, en todo aquello que no se opongan al Estatuto.

En lo que respecta al personal laboral, los artículos 91.2 y 103.1 LBRL guardan silencio acerca de la composición de los órganos selectivos de personal laboral, si bien sujetan el acceso de este tipo de personal a los mismos principios que rigen la selección de los funcionarios locales, exigiendo, en definitiva, que las Corporaciones Locales contraten a su personal de acuerdo con un procedimiento legalmente establecido, el cual, además, tiene carácter administrativo (STS de 21 de julio de 1992), en tanto que se trata de actos previos de la administración, independientes de la regulación laboral que regirá el contrato de trabajo. Por ello, a los órganos de selección del personal laboral se les han venido aplicando las mismas normas que a los tribunales de funcionarios. El EBEP, por su parte, incluye al personal laboral dentro de su ámbito subjetivo de aplicación (art. 2.1), si bien sólo “en lo que proceda”. Esta expresión ha de interpretarse, conforme a lo establecido en el artículo 7 del mismo cuerpo legal, en el sentido de que le serán aplicables los preceptos del Estatuto que así lo dispongan.

Si bien el artículo 60 EBEP no establece de forma expresa su aplicabilidad a los órganos de selección del personal laboral, lo cierto es que se incardina en el Título IV (Adquisición y pérdida de la relación de servicio), Capítulo I, destinado a regular el acceso al empleo público y la adquisición de la relación de servicio. Norma cabecera de este Capítulo es el artículo 55, que establece los principios rectores del acceso al empleo público —entre ellos algunos específicos de la composición de los órganos selectivos—, y que, de conformidad con su apartado 2 y coherentemente con lo indicado en la Exposición de Motivos del Estatuto Básico, habrán de aplicarse a los procedimientos de selección tanto de personal funcionario como laboral. Cabe entender, en consecuencia, que las normas de selección establecidas en dicho Capítulo, incluido el artículo 60, que responden a tales principios, son aplicables al personal laboral, salvo cuando expresamente limiten su ámbito al personal funcionario (artículos 61.6 y 62, por ejemplo).

En lo que se refiere al personal funcionario propio de las entidades locales, y haciendo una interpretación integradora del EBEP con el artículo 134.2 del Texto Refundido de las Disposiciones Vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, las normas reguladoras de la composición de los órganos de selección serán las siguientes: 1) el artículo 60 EBEP; 2) el artículo 4, letras e) y f) del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de la Administración Local; 3) en lo allí no previsto, la regulación que para el ingreso en la función pública establezca la Comunidad Autónoma, que vendría constituida, esencialmente, por el artículo 32 TRLFP y el Decreto 6/2006, de 10 de febrero, por el que se regula la composición, designación y funcionamiento de los tribunales calificadoros de las pruebas selectivas para acceso a la Función Pública Regional; y, en último lugar y de forma supletoria, las normas que sobre dicha materia se establecen en el artículo 11 del Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional

de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo.

Por lo que se refiere a los Cuerpos de la Policía Local, el artículo 3.2 EBEP los somete a sus disposiciones y a la legislación de las Comunidades Autónomas, con la excepción de lo establecido para ellos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (LOFCS). El artículo 52.1 de esta Ley Orgánica establece que la Policía Local se rige, en cuanto a su régimen estatutario, por los principios generales de los Capítulos II y III del Título I y por la Sección 4ª del Capítulo IV del Título II de dicha Ley —que no contienen normas relativas a la composición de los órganos de selección—, con la adecuación que exija la dependencia de la Administración correspondiente, las disposiciones dictadas al respecto por las Comunidades Autónomas (artículo 25 LCPL y base séptima del Decreto 82/1990, de 16 de octubre, por el que se establecen los criterios a los que deberán atenerse las bases de las convocatorias que se aprueben por las Corporaciones Locales de la Región de Murcia para el ingreso y ascenso en los Cuerpos de la Policía Local) y los Reglamentos específicos para cada Cuerpo y demás normas dictadas por los correspondientes Ayuntamientos. En consecuencia, en la medida en que la LOFCS no contiene normas relativas a la composición de los órganos de selección que pudieran quedar excluidas de la aplicación del EBEP en virtud de su artículo 3.2, las reglas que en dicha materia fija el Estatuto Básico son también de aplicación a la Policía Local.

3. La entrada en vigor del EBEP y su naturaleza de norma básica obliga, como hemos indicado, a analizar las normas preexistentes en orden a determinar su adecuación a la legislación estatal o, de lo contrario, su derogación tácita.

Dispone el artículo 2.2 del Código Civil, que las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior.

La derogación supone la privación de eficacia de una norma válida por medio de otra norma posterior e implica una modificación y abolición de una norma jurídica, lo que se traduce en el reconocimiento en nuestro sistema jurídico de aquel principio general según el cual las leyes sólo se derogan por otras posteriores, de modo expreso, cuando el legislador así lo declara, y de modo tácito cuando la ley es incompatible con la anterior.

Cuando la ley no contiene una cláusula derogatoria explícita o, aun teniéndola, resulta incompleta por no contemplar otras normas cuya vigencia es susceptible de verse afectada por la nueva ley, nace la cuestión de averiguar qué disposiciones quedan derogadas en cada caso. Para la jurisprudencia es evidente que cuando hay una contradicción insuperable con las leyes anteriores, la derogación se puede presumir, pero en todo caso se impone una difícil tarea interpretativa, que han de llevar a cabo los Tribunales, para determinar su alcance y contenido. Para guiar esa labor hermenéutica y apreciar la denominada derogación tácita, una doctrina ya clásica establece una triple exigencia, de forma que entre la ley nueva y la vieja medien igualdad de materia, identidad de los destinatarios y contradicción e incompatibilidad entre los fines de los preceptos (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de marzo de 1998), de forma que la derogación deba presumirse sólo respecto de aquellos preceptos que estén en oposición o no puedan coexistir con los de la nueva Ley (STS de 8 de marzo de 1904 —citada por De Castro en *Derecho Civil de España*—). Esa contradicción entre los preceptos de la nueva y la vieja ley habrá de ser, además, “clara y tajante” en expresión de la STS, 3ª, de 27 diciembre 1988, y sólo alcanzará a aquellos preceptos de las

disposiciones anteriores cuya incompatibilidad con la nueva Ley resulte indudable por ser imposible efectuar una interpretación conciliadora de ambos.

Estas consideraciones preliminares serán útiles en el análisis de las cuestiones suscitadas por la consulta del Ayuntamiento y que a continuación se aborda.

**TERCERA.- Posibilidad de que el Jefe de la Policía Local sea Presidente del órgano de selección de los funcionarios de dicho Cuerpo.**

La consulta se plantea en los siguientes términos:

— El artículo 25 LCPL establece las normas a las que habrán de sujetarse los órganos de selección para el acceso a las diferentes escalas y categorías de los Cuerpos de Policía Local. Así:

*“2. Los tribunales contarán con un presidente, un secretario y los vocales que se determinen en las bases de la convocatoria, y estarán constituidos por un número impar de miembros no inferior a cinco ni superior a siete.*

*3. Actuará como presidente el alcalde o concejal en quien delegue. Los vocales serán funcionarios de carrera que deberán poseer un nivel de titulación igual o superior al exigido para el ingreso en la escala y categoría de que se trate. En su composición se velará por el principio de especialidad.*

*4. Formarán parte como vocales de los tribunales en todo caso, un representante de la Consejería competente en la materia, el Jefe del Cuerpo y un policía local que pertenezca a igual o superior categoría a la de las plazas convocadas, propuesto por los sindicatos que hayan obtenido un 10 por100 o más de delegados de personal en el Ayuntamiento respectivo.*

*5. Actuará como secretario del tribunal el de la Corporación o el funcionario en quien delegue, pudiendo tener la condición de vocal”.*

La entrada en vigor del artículo 60 EBEP, en cuya virtud no podrán formar parte de los tribunales de selección el personal de elección, el de designación política, el interino ni el eventual, impide que la presidencia del órgano selectivo recaiga en el Alcalde o en un Concejal, planteándose el Ayuntamiento si, en defecto de aquéllos, la presidencia del tribunal podría recaer en el Jefe de la Policía Local aun cuando el artículo 25 LCPL le asigna la condición de vocal, pues entienden que dicha previsión *“estaba pensada para el supuesto de que el Presidente del Tribunal lo fuera el Presidente de la Corporación o miembro de la misma en quien delegue”*.

No resulta dudoso incluir en la categoría de personal de elección política a los miembros de la Corporación Local, atendida la forma en que acceden a tales cargos, pues, de conformidad con el artículo 19.2 LBRL, los Concejales son elegidos mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, y el Alcalde es elegido por los Concejales o por los vecinos.

En consecuencia, en los procesos selectivos convocados a partir del 13 de mayo de 2007, ni el Alcalde ni los Concejales pueden ser nombrados miembros de los tribunales calificadores, no ya sólo para el acceso a los cuerpos de la Policía Local, sino en cualquier órgano de selección del personal local, debiendo entender tácitamente derogadas todas aquellas normas que prevean su participación, como el primer inciso del segundo párrafo del artículo 4, letra f) RD 896/1991. Así lo ha entendido también el Ministerio de Admi-



nistraciones Públicas, que, al dictar criterios interpretativos que faciliten la aplicación del EBEP por las Corporaciones Locales, ha señalado que a partir de la entrada en vigor de dicho Estatuto las convocatorias de pruebas selectivas y la composición de los órganos de selección deben ajustarse a lo establecido en su artículo 60, precisando que *“por “personal de elección política” debe entenderse los cargos públicos representativos locales como son Alcaldes, Concejales, Presidentes de Diputación, Diputados provinciales, etc. Se entiende, pues, implícitamente derogado el segundo párrafo de la letra f) del artículo 4 RD 896/1991”* (criterio 2.1).

Ahora bien, que el presidente del tribunal calificador no pueda ser el Alcalde y que, en consecuencia, deba entenderse inaplicable la norma regional que prevé su participación en los procesos selectivos de la Policía Local, no habilita para entender derogado el resto del artículo 25 LCPL, en lo que se refiere a la condición de vocal del Jefe de la Policía Local, pues tal previsión no es ni mucho menos incompatible con el artículo 60 EBEP ni con los principios que rigen la selección de los empleados públicos, singularmente el de profesionalidad (art. 55.2, letra c).

Descartada la derogación tácita del artículo 25 LCPL en lo que se refiere a la participación del Jefe de la Policía Local en los órganos de selección del correspondiente cuerpo funcional, la siguiente incógnita a despejar es si dicho precepto posibilita el nombramiento del Jefe de la Policía Local como presidente del tribunal. La respuesta a dicha cuestión ha de ser necesariamente negativa, pues su designación como vocal, impuesta por la norma, impide su nombramiento como presidente, en un sistema en que la propia Ley especifica quién ha de ser qué en el órgano de selección (establece quién ha de ser presidente, secretario y vocal). Adviértase que la norma regional no se limita a prever la participación del Jefe de la Policía Local en el órgano de selección como mero miembro del órgano colegiado —término genérico que englobaría a todos los componentes del órgano sin predeterminedar la función que habrían de desempeñar en su seno—, sino que de modo expreso le otorga una determinada condición, la de vocal, cuyo perfil funcional es sustancialmente diferente al del Presidente del órgano selectivo, cuyas prerrogativas, exorbitantes respecto de las de los vocales, son enumeradas por las normas reguladoras del funcionamiento de los tribunales calificadores (art. 8, Decreto 6/2006, en defecto de previsión expresa contenida en el Decreto 82/1990).

En consecuencia, considera el Consejo Jurídico que, a la luz de la normativa hoy vigente, el Jefe de la Policía Local ha de participar en los órganos de selección de dicho Cuerpo, si bien no como Presidente del Tribunal, pues de lo contrario se incumpliría la norma que impone su condición de vocal.

Por otra parte, para evitar esas situaciones que la consulta califica de “no lógicas” en que un policía local de rango inferior al Jefe ejerce la presidencia del tribunal, quedando éste relegado a la condición de mero vocal, bastaría con nombrar como presidente del órgano a una persona ajena al Cuerpo, respetando el resto de principios y requisitos que, según el EBEP y demás normas todavía vigentes, rigen la selección. A tal efecto, el principio de profesionalidad del órgano selectivo no debe interpretarse en el sentido de que obligue a que todos los miembros del tribunal pertenezcan al Cuerpo de cuyo acceso se trate, lo que sería incompatible con el artículo 32.6 TRLFP, según el cual, siempre que se garantice la idoneidad de sus componentes, los tribunales u órganos técnicos de selección no se integrarán mayoritariamente por miembros de los Cuerpos o Escalas de funcionarios y categorías laborales de cuya selección se trate. Este artículo, deudor del artículo 19.2 de la Ley 30/1984,

de 2 de agosto, de Medidas de Reforma de la Función Pública, precepto que no ha sido derogado expresamente por el EBEP (la Disposición derogatoria sólo afecta a los apartados 1 y 3 del artículo 19), ha de considerarse vigente, aun cuando el nuevo Estatuto —de forma coherente con la regulación anterior, que no atribuyó la condición de norma básica al artículo 19.2 de la Ley 30/1984— no haya recogido expresamente una regla similar.

En definitiva, el principio de profesionalidad en este escenario sería respetado si se nombrara como presidente del órgano a quien, sin ser necesariamente policía local, tuviera conocimientos técnicos sobre la materia o sobre selección de empleados públicos (criterio 2.1 de los establecidos por el MAP para la aplicación del EBEP en el ámbito de la Administración Local), siguiendo así las recomendaciones de la Comisión de Expertos designada para la preparación del EBEP, que considera condición necesaria de todo miembro de órgano selectivo, tener *“un amplio conocimiento del área profesional en que estén incardinados los puestos o funciones a que se dirige la selección o un dominio de las técnicas y habilidades específicas de selección de personal, o ambas cosas al mismo tiempo”*.

**CUARTA.- ¿Sigue siendo necesario el nombramiento de un representante de la Comunidad Autónoma en los tribunales calificadoros de los procesos selectivos de la Policía Local e incluso generales?**

Según la consulta, de la lectura del artículo 60.3 EBEP, que establece que *“la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie”*, parece desprenderse que el artículo 4, letra f) RD 896/1991 ha de entenderse tácitamente derogado en lo referente a que en los tribunales de selección figurará necesariamente un representante de la Comunidad Autónoma. Así mismo, también habría quedado derogado el artículo 25 LCPL cuando señala que en los tribunales de selección de policías locales figurará un representante de la Consejería competente.

Para el Consejo Jurídico no existe tal derogación tácita en atención a la función que desempeña el indicado vocal en el órgano selectivo y el interés que se persigue con su participación en el mismo.

Y es que más allá de la vestidura de las palabras importa acudir a la esencia de la participación de funcionarios de la Administración autonómica en los tribunales calificadoros de la Administración local, que no responde al ejercicio de una función representativa de la Administración a la que pertenecen. El interés que el vocal autonómico está llamado a perseguir en el órgano de selección no es el propio de la Comunidad Autónoma, entendido como algo distinto del que anima a la Administración convocante y de la que depende el tribunal, sino que acude al órgano en virtud de un principio de colaboración interadministrativa, con la finalidad de ejercer un cometido estrictamente profesional y careciendo de un interés propio y ajeno a la organización administrativa de la que depende el órgano calificador.

Ello será así cuando el miembro propuesto por la Administración autonómica no sea portador de mandatos o instrucciones de actuación que, por responder a intereses propios del órgano o institución proponente, pudieran interferir en la actuación estrictamente técnica de la selección. Ahora bien, debe recordarse que el “representante” de la Comunidad Autónoma acude al órgano de selección designado por una Administración que viene obligada a actuar con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y servir con objetividad los intereses

generales (artículo 103.1 CE y 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Así lo entiende también el Ministerio de Administraciones Públicas en los criterios interpretativos ya citados, cuando afirma que los funcionarios de carrera que prestan sus servicios en otras Administraciones Públicas pueden formar parte de los órganos de selección de las Corporaciones Locales siempre que no ostenten una representación orgánica o institucional de aquélla.

Del mismo modo, la Consejería de Justicia y Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma de Valencia, en su Circular número 6, sobre el EBEP considera que *“el personal que actúa en órganos de selección por nombramiento de la Generalitat Valenciana, en la medida en que su actuación no está promovida por vínculos políticos, sindicales o corporativos con la Administración pública local convocante, sino que la misma está justificada por razones de interés general, su participación en los órganos de selección resulta adecuada conforme al espíritu del Estatuto”*. Si bien esta circular carece de valor normativo, su interés estriba en ofrecer pautas hermenéuticas que ya están siendo aplicadas por Administraciones vecinas.

Las incógnitas que la interpretación del artículo 60 EBEP está generando en el ámbito de la Administración Local han motivado consultas similares a la que ahora nos ocupa a otros órganos consultivos, que ya han tenido ocasión de pronunciarse. Así, respecto a si el representante de la Comunidad Autónoma en los procesos selectivos del personal local se vería afectado por las limitaciones establecidas en el apartado 3 del precepto, el Consejo Consultivo de Andalucía, en Dictamen 83/2008 de forma expresiva, considera que *“en ningún momento llegó a pasar por la mente del legislador que el “representante” de la Comunidad Autónoma pudiera estar incurso también en el referido supuesto, pues actúa a título individual, y no puede estar sujeto a instrucciones que predeterminen el resultado de la selección y se alejen del fin último de selección de los aspirantes más capacitados. Por supuesto, también tiene que cumplir todos los requisitos exigibles, comenzando por su rigurosa preparación técnica, profesionalidad e imparcialidad. En suma, el representante de la Comunidad Autónoma no puede considerarse en modo alguno que incurra en la prohibición de concurrir al órgano colegiado “en representación o por cuenta de”, en el sentido querido por el artículo 60.3 y, desde luego, no acude al mismo para hacer valer una voluntad de una “entidad representativa de intereses”, pues es designado por la Administración de una Comunidad Autónoma obligada a actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho y a servir con objetividad los intereses generales, como resulta de los artículos 103.1 de la Constitución, 133.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía y 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”*.

En definitiva, considera el Consejo Jurídico que en la interpretación de las normas implicadas, lo definitivo es el carácter técnico del órgano de selección, como garantía del cumplimiento de los principios que rigen el acceso al empleo público, tanto los de rango constitucional (igualdad, mérito y capacidad de los artículos 23.2 y 103.3 CE) como legal —independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección (artículo 55.2, letra d, EBEP)— que exige un desempeño estrictamente imparcial y profesional de todos sus miembros (art. 55.2, letra c, EBEP) y que está absolutamente reñido con la eventual contraposición en el seno del tribunal de intereses de carácter orgánico, institucional o corporativo, que puedan interferir en la consecución del interés general común a todas

las Administraciones Públicas y que en esta concreta actividad administrativa se manifiesta en la selección como servidores públicos de los mejores entre los capaces.

En consecuencia, en la medida en que el personal designado por la Comunidad Autónoma para participar en los procedimientos selectivos de la Administración local acuda a los mismos para el desempeño de una labor estrictamente técnica y profesional, colaborando en la consecución del fin de interés general propio del tribunal calificador y que es común a todas las Administraciones Públicas, no existe obstáculo para seguir admitiendo su presencia en los órganos selectivos de la Administración local.

**QUINTA.-** ¿Sigue siendo necesario el nombramiento, en los tribunales de selección del personal laboral o funcionario, de un miembro designado a propuesta de la representación de los trabajadores o de la Junta de Personal, respectivamente?

La consulta en este extremo efectúa una distinción en función de la clase de personal a seleccionar: laboral o funcionario.

a) Respecto del personal laboral se plantea el Ayuntamiento si, en los tribunales de selección, sigue siendo necesario el nombramiento de un miembro designado a propuesta de la representación de los trabajadores, conforme a lo que regula el artículo 30 del Real Decreto 364/1995.

b) En cuanto a los funcionarios, la consulta se contrae a determinar si el artículo 4.2 del Acuerdo Marco que regula las condiciones de empleo del personal funcionario del Ayuntamiento y que es del siguiente tenor literal: *“En la composición de los Tribunales, tanto para oposiciones, como para cualquier otra actuación de selección de personal al servicio de este Ayuntamiento, la Junta de Personal designará un representante sindical con voz y voto (...)”*, ha de considerarse tácitamente derogado.

El origen de las dudas de la Corporación local consultante cabe encontrarlo una vez más en el artículo 60.3 EBEP y en la exigencia allí contenida de que la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse en representación o por cuenta de nadie.

Precisamente la presencia de las organizaciones sindicales fue una cuestión ampliamente discutida en la tramitación parlamentaria del EBEP, dado el interés de aquéllas en participar en los órganos de selección tanto de personal funcionario como laboral. El Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes Generales, en su artículo 60.3, establecía la siguiente regla: *“la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación de asociaciones, organizaciones sindicales, órganos unitarios de representación del personal o cualquier otra entidad representativa de intereses”*.

Tomaba así en consideración la recomendación formulada por la Comisión de Expertos designada para la preparación del Estatuto Básico, que proponía *“que el Estatuto Básico establezca de manera expresa que la composición de los órganos de selección de empleados públicos de todo tipo debe ajustarse a estrictos criterios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, excluyéndose en todo caso de formar parte de ellos el personal de elección o designación política, comprendido el personal eventual, representantes de los sindicatos, órganos unitarios de representación del personal o asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos, personas que hayan intervenido en la preparación de los candidatos y todas aquellas afectadas por alguna causa de abstención o recusación”*.

En la discusión parlamentaria habida en el Congreso de los Diputados y como consecuencia de la aceptación de una enmienda transaccional, se dio al artículo 60.3 la redacción actual, que no fue objetada en el Senado.

Este cambio de redacción y la exclusión en el precepto legal de la prohibición explícita antes consignada, ha dado pie a interpretaciones posibilistas de la participación en los órganos de selección de miembros propuestos bien por las organizaciones sindicales, bien por los órganos unitarios de representación del personal, como las Juntas de Personal. Se basa esta interpretación en que la mera propuesta de miembros, que serían nombrados por la Administración convocante, no conlleva un mandato representativo, de forma que el miembro no estaría sometido a un mandato o unas instrucciones de su organización sindical que condicionaran su actuación en el órgano selectivo. Pero entonces cabe preguntarse qué sentido tiene dejar la propuesta de ese miembro a la representación del personal, si en la selección ha de actuar de forma rigurosamente técnica y, en consecuencia, neutra respecto de los intereses de los trabajadores a los que representa la entidad proponente.

Podría alegarse en este sentido que se trata de una forma de control del poder especializado inserto en el mecanismo mismo de decisión, pero dicho argumento destila una infundada desconfianza hacia la profesionalidad de los restantes integrantes de los tribunales calificadoros y a la objetividad que cabe presumir en su actuación y que el EBEP precisamente viene a reforzar. Por otra parte, el reconocimiento a favor de las organizaciones sindicales de esa función de control de la actividad de los órganos de selección lo difiere el Estatuto a un momento posterior, mediante la afirmación expresa de su legitimación para interponer recursos en vía administrativa y jurisdiccional (art. 31.6 EBEP) frente a los actos de aquéllos.

Considera el Consejo Jurídico, en definitiva, que el precepto del EBEP ha de ser interpretado en relación con el contexto en que se inscribe. En este sentido, resulta indudable que los órganos de selección no lo son de participación ni de representación de intereses, sino estrictamente técnicos. Como tales, están llamados a desarrollar su actuación conforme a unas pautas de profesionalidad e independencia que resultan incompatibles con la posibilidad de que organizaciones representativas de intereses de cualquier tipo nombren, designen o tengan la facultad de proponer miembros, pues como ha señalado la doctrina, si se les otorga ese poder se genera en realidad un vínculo de representación, aún no formalizado.

Los principios de profesionalidad, independencia y discrecionalidad técnica que deben inspirar la composición y funcionamiento de los tribunales calificadoros, conforme al artículo 55.2 EBEP, son incompatibles con la posibilidad de interferencia de intereses de corte corporativo o privado de carácter profesional, como es la defensa de los derechos funcionariales o laborales, ajenos al interés general propio de la selección de los empleados públicos.

La integración de miembros que, de una forma u otra, representan intereses ajenos al estrictamente administrativo supone un problema insalvable cuando, debido a las peculiaridades de la selección —el artículo 55.2, letra e) EBEP impone como principio básico el de adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar—, su adecuado tratamiento exige una especialización que puede quedar desnaturalizada cuando en la formación de voluntad del órgano colegiado intervienen quienes, aun careciendo de los conocimientos técnicos necesarios, han podido alcanzar la condición de miembros del tribunal calificador por así haberlo propuesto una organización sindical u órgano de representación de los trabajadores. Esta situación es inconciliable con la doctrina

constitucional sentada por la STC 85/1983, según la cual *“será preciso que el régimen de tales Comisiones (las de selección) garantice la capacidad de sus miembros para que su juicio sea libre, sin ceder a consideraciones externas y que su nivel de preparación técnica sea lo suficiente para realizar la función seleccionadora”*.

Y es que, aun cuando el designado por la representación de los trabajadores tuviera los conocimientos necesarios para formar parte del Tribunal, su conexión con esos intereses ajenos al estrictamente administrativo, a los que debe su nombramiento, podría llegar a interferir en su labor en el seno del órgano. Su exclusión de los procedimientos selectivos puede entenderse entonces como una medida precautoria, similar a aquella otra que prohíbe la presencia en los tribunales calificadores de quienes hayan realizado labores de preparación de aspirantes.

Ahora bien, como acertadamente precisa el Consejo Consultivo andaluz en su Dictamen antes citado, *“el artículo 60 del Estatuto Básico del Empleado Público no debe ser contemplado desde la óptica propia de las normas de exclusión, normas prohibitivas u odiosas, sino analizado desde un prisma positivo, que marca el nuevo rumbo de la protección debida de un derecho fundamental, cuyo contenido vincula al legislador básico, a los legisladores autonómicos, a los gobiernos y Administraciones Públicas y, a la postre, a todos los poderes del Estado (art. 53.1 CE)*.

*Las normas del artículo 60 del Estatuto Básico del Empleado Público responden al propósito de asegurar una composición técnica de los órganos de selección y la profesionalidad de sus miembros, congruentemente con la concepción como “órgano de evaluación técnicamente capacitado”(STC 73/1988), estando implícito en la Constitución (art. 3.2 en relación con el 103) que los órganos calificadores han de integrarse por “personas dotadas de la debida preparación científica y técnica en la materia propia en cada función o cargo” (STC 174/1996 y 235/2000). Profesionalidad, pero también neutralidad e imparcialidad, que supone no sólo procurar la mayor capacitación de los seleccionadores e incluso arbitrar instrumentos aleatorios, para facilitar la renovación de dichos órganos, contando con el concurso de las personas legalmente capacitadas, sino también la garantía de la independencia de juicio y de criterio, que lleva al legislador a evitar situaciones donde pueden producirse con mayor facilidad injerencias externas, que pongan a cubierto el objetivo fundamental de valorar sola y exclusivamente el mérito y la capacidad de los aspirantes”*.

Se pretende, en suma, con tales medidas reforzar los principios en que ha de basarse la selección, evitando la presencia en los órganos llamados a realizarla de quienes reúnan condiciones personales que, incluso de modo íntimo e inconsciente, pudieran interferir en la objetividad de sus apreciaciones técnicas generando en ellos posiciones clientelares, lo que resultaría incompatible no sólo con las exigencias de imparcialidad y profesionalidad que deben reunir los miembros de los tribunales calificadores, sino también con las exigencias de independencia y discrecionalidad técnica que han de presidir la actuación de los órganos selectivos.

Cabe recordar que la discrecionalidad técnica es una creación jurisprudencial que viene a significar que el juicio técnico emitido por los órganos de selección no puede ser sustituido por otros órganos administrativos o judiciales, salvo que haya existido error, desviación de poder o arbitrariedad, sobre la base de una presunción de certeza y razonabilidad que descansa en la especialización e imparcialidad de los órganos seleccionadores. Por todas, la STC 34/1995 afirma *“la legitimidad del respeto a lo que se ha llamado discrecionalidad*

*técnica de los órganos de la Administración, en cuanto promueven y aplican criterios resultantes de los concretos conocimientos especializados, requeridos por la naturaleza de la actividad desplegada por el órgano administrativo. Con referencia a ella, se ha afirmado que, aun en estos supuestos, las modulaciones que encuentra la plenitud de conocimiento jurisdiccional sólo se justifican en una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación”.*

De la lectura del fragmento transcrito se desprende con facilidad que toda la construcción de la discrecionalidad técnica, ahora positivizada como norma básica y elevada a la categoría de principio de la selección de los empleados públicos por el artículo 55.2 EBEP, se desmorona si el presupuesto para que opere aquélla, es decir, la composición estrictamente técnica y la actividad regida por criterios únicamente profesionales y ajena a intereses extraños a los propios de la organización administrativa en que se integra el órgano selectivo, desaparece.

Estas consideraciones son aplicables tanto a la selección del personal laboral como funcionarial en la medida en que también lo son las normas en que se fundamentan: los artículos 55 y 60 EBEP. Únicamente cabría efectuar una precisión respecto de los órganos encargados de la selección del personal laboral, toda vez que el artículo 61.7 del Estatuto prevé que “las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos”. De dicha previsión sólo procede ahora resaltar dos extremos en relación con el objeto de la consulta:

a) Habrá que esperar al resultado de la negociación colectiva para conocer en qué medida y a través de qué fórmulas se instrumenta la participación de las organizaciones sindicales en los procesos de selección.

b) Esas fórmulas nacidas de la negociación colectiva deben moverse en el escenario dibujado por la norma básica, a la que no pueden contradecir (art. 31.7 EBEP), por lo que cabe descartar que a través de la negociación pueda preverse la participación como miembros de pleno derecho de los tribunales calificadoros de personas propuestas por las organizaciones sindicales. Además, desde una perspectiva sistemática, obsérvese que la previsión se contiene en el precepto relativo a los sistemas de selección, no en el correspondiente a la composición de los órganos calificadoros, por lo que no puede interpretarse que por la vía negociadora puedan establecerse excepciones a las reglas que sobre composición de tribunales establece el EBEP.

Corolario de lo expuesto es que en los órganos de selección de personal laboral o funcionario del Ayuntamiento no debe nombrarse a un vocal en representación de las organizaciones sindicales ni de los órganos de representación unitaria de los trabajadores, como la Junta de Personal. Ello no obsta, desde luego, a que los afiliados a tales organizaciones o personas pertenecientes a tales órganos puedan ser nombrados miembros de los tribunales calificadoros en atención a su valía, conocimientos o aptitudes, pero habrán de serlo a título estrictamente individual y expresando una voluntad propia.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- De conformidad con la Consideración Tercera de este Dictamen, el Jefe de la Policía Local ha de participar en los órganos de selección de dicho Cuerpo como vocal, no pudiendo hacerlo como Presidente del Tribunal.

**SEGUNDA.**- De conformidad con la Consideración Cuarta de este Dictamen, en la medida en que el personal designado por la Comunidad Autónoma para participar en los procedimientos selectivos de la Administración local acuda a los mismos para el desempeño de una labor estrictamente técnica y profesional, y no en representación de intereses orgánicos o institucionales, no existe obstáculo para seguir admitiendo su presencia en los órganos selectivos de la Administración local.

**TERCERA.**- Según lo indicado en la Consideración Quinta de este Dictamen, en los órganos de selección de personal laboral o funcionario del Ayuntamiento no debe nombrarse a un vocal en representación de las organizaciones sindicales ni de los órganos de representación unitaria de los trabajadores, como la Junta de Personal.

No obstante, V.S. resolverá.

### **DICTAMEN 128/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 14/07/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*Este Consejo Jurídico ha tenido ocasión de pronunciarse sobre asuntos sustancialmente iguales al presente, en los que no existió atestado policial del accidente que acreditase la existencia del bache que se alegaba por el interesado (Dictámenes 212/2002 y 137/2003) o, constando el bache en cuestión (comprobado a posteriori), no existían elementos de juicio suficientes para considerar acreditada la relación de causalidad entre su existencia y los daños por los que se reclamaba indemnización (Dictámenes 99 y 128/2004), además de otras circunstancias concurrentes que llevaban a la conclusión desestimatoria de las reclamaciones.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.**- Con fecha 13 de septiembre de 2005, x. presenta escrito donde expone que el día 3 de diciembre de 2004, cuando circulaba conduciendo el automóvil de su propiedad marca Mercedes, modelo 290TD, matrícula “—”, por la carretera MU-533 en dirección a Alguazas, introdujo la rueda delantera derecha en un socavón de considerables dimensiones y, aunque a simple vista no percibió ningún daño, al observar que la dirección



no respondía adecuadamente trasladó el vehículo a un taller en el que, una vez desmontada la rueda, se pudo comprobar una serie de daños que obligaron a reparar la llanta, cambiar la cubierta y equilibrar la dirección. Considera el reclamante que los daños sufridos lo han sido a consecuencia del deficiente funcionamiento del servicio regional de mantenimiento de carreteras al no señalar ni reparar el citado bache.

Solicita como indemnización la cantidad de 325,38 euros, importe de la factura del taller que le reparó el vehículo, de la que adjunta copia. Asimismo acompaña fotografías del lugar en el que ocurrió el siniestro y del vehículo accidentado. Finaliza proponiendo como medio de prueba la testifical de x, y, z.

**SEGUNDO.-** Con fecha 21 de septiembre de 2005 la instructora dirige escrito al interesado por el que le requiere para que mejore la solicitud mediante la aportación de copia compulsada de diversa documentación (DNI y permiso de conducir del reclamante, permiso de circulación, tarjeta de inspección técnica y póliza de seguro del automóvil y declaración jurada de no haber recibido ya indemnización a causa del accidente). Se le requiere también para que acredite la realidad del suceso mediante testigos de los hechos y atestado de las fuerzas de seguridad intervinientes, en su caso.

Finalmente, se le indica que podrá acompañar cuantas alegaciones, documentos e informaciones estime oportunos, así como la proposición de prueba, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante RRP).

El interesado atiende el requerimiento mediante la presentación, el 25 de octubre de 2005, de la documentación que se le pidió. Asimismo reitera la práctica de la prueba testifical solicitada en su escrito de reclamación, a cuyo efecto señala el domicilio de los propuestos en su momento.

**TERCERO.-** Con la misma fecha la instructora dirige escrito a la Dirección General de Carreteras solicitando informe sobre los siguientes extremos:

1. Titularidad de la carretera.
2. Realidad y certeza del hecho lesivo.
3. Existencia de fuerza mayor o actuación inadecuada del perjudicado o de un tercero.
4. Presunta relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.
5. Imputabilidad a la Administración y responsabilidad atribuible a otras Administraciones, contratistas u otros agentes.
6. Indicar si la carretera se hallaba con señalización, iluminación o, en su caso, suficiencia/insuficiencia de la misma en el lugar del suceso e incidencia en el sobrevenimiento del mismo, condiciones concurrentes u otra consideración que estime pertinente significar.
7. Valoración de los daños alegados.
8. Aspectos técnicos en la producción del daño.
9. Cualquier otra cuestión que se estime de interés.

El informe fue evacuado por el Servicio de Conservación de dicho Centro Directivo en el siguiente sentido:

*“1. La carretera a la que se refiere el reclamante es competencia de esta Dirección General, es la llamada Mu-533.*

*2. No existe constancia ni conocimiento en este Servicio de la realidad y certeza del evento lesivo en ese día en ese P.K.*

*3. No se encuentra acreditada la ocurrencia del citado siniestro, ya que en la tramitación del mismo no consta la personación de la Policía Local correspondiente ni llamada o requerimiento expreso de la existencia de la anomalía detectada en ese punto de la vía, que se encuentra correctamente iluminada y limitada su velocidad a 60 Km/h.*

*4. Estimo que no existe relación de causalidad entre los hechos reclamados y el funcionamiento de esta Administración, y que con la documentación obrante en el expediente, no queda acreditada la ocurrencia del siniestro en el lugar y fecha señalados por el reclamante”.*

**CUARTO.-** Mediante escrito fechado el 17 de abril de 2006 la instructora solicita al Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras informe sobre los siguientes extremos:

1. Valor venal del vehículo en la fecha del accidente.
2. Valoración de los daños del vehículo atendiendo al modo de producirse el siniestro.
3. Ajuste con la realidad de los daños reclamados en relación a la reparación del vehículo que figura en la factura presentada por el reclamante.
4. Cualquier otra cuestión que se estime de interés.

El Ingeniero Técnico Industrial del citado Parque de Maquinaria reclama el envío de cierta documentación a efectos de poder emitir el informe solicitado. No consta que la misma le fuese remitida aunque sí aparece una nueva comunicación de la instructora fechada el día 22 de enero de 2007 reiterando la emisión del informe, el cual, al parecer, no se evacuó o, al menos, no aparece incorporado al expediente.

**QUINTO.-** El día 14 de mayo de 2007 se lleva a cabo la práctica de la prueba testifical propuesta por el reclamante, con el resultado que aparece recogido en el expediente (folios 49 a 58, ambos inclusive). De dicho resultado conviene destacar, a los efectos que aquí nos ocupan, lo siguiente:

1. Los testigos viajaban con el reclamante en el momento de ocurrir los hechos.
2. Una de las testigos es la esposa del reclamante.
3. De los tres testigos dos declaran que circularían a 70 u 80 Km/h. El tercero, sin embargo, indica que lo harían a 40 o 50 Km/h.
4. De las declaraciones se deduce que el conductor conocía la carretera.

**SEXTO.-** Conferido trámite de audiencia al reclamante al objeto de que pueda examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estime pertinentes, aquél no hizo uso del mismo al no comparecer ni presentar alegación alguna.

**SÉPTIMO.-** Seguidamente la instrucción dicta propuesta de resolución en sentido desestimatorio al considerar que no ha quedado acreditada la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 139 y siguiente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

**OCTAVO.-** Recibido el 18 de enero de 2008 el expediente en este Consejo Jurídico, se adoptó el Acuerdo 2/2008, mediante el que se indicaba que examinado el expediente se advertían las siguientes circunstancias:

*“a) No cumple con los requisitos formales exigidos por el artículo 46.2 del Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, en especial lo relativo a la baja calidad de las fotocopias del informe fotográfico obrante en el expediente que hace imposible su apreciación, por lo que debe remitirse el original de dicho informe o una copia de mayor calidad.*

*b) Es necesario informe ampliatorio de la Dirección General de Carreteras sobre las reparaciones de baches realizadas en la carretera del accidente durante los años 2004 y 2005”.*

Cumplimentado en dicho sentido el Acuerdo de este Órgano Consultivo, se incorpora al expediente la siguiente documentación:

1. Informe del Jefe de Sección II de Conservación de Carreteras en el que, tras reiterarse en el anteriormente emitido, hace una relación de los tratamientos de bacheo efectuados por la Brigada de Conservación, a lo que se añade, como dato aclaratorio, una indicación de los días en los que dicha Brigada llevó a cabo labores de conservación de la vía.

2. Nuevas fotocopias de las fotos que el reclamante unía a su escrito inicial en las que ya es posible observar con nitidez tanto la rueda del vehículo siniestrado como el lugar en el que ocurrieron los hechos.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico

### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.

X. ostenta legitimación activa, puesto que ha acreditado en el expediente ser el propietario del vehículo presuntamente dañado.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, al ser la carretera donde se produce el accidente de titularidad regional, como se desprende de la documentación incorporada al procedimiento.

En lo que a la temporaneidad de la acción se refiere cabe afirmar que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo

legalmente establecido, toda vez que se señala como fecha de ocurrencia de los hechos la del 3 de diciembre de 2004 y la reclamación se interpuso el día 13 de septiembre de 2005 y, por lo tanto, antes de que transcurriera un año entre ambas fechas.

Por último, cabe afirmar que el procedimiento seguido respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el RRP.

**TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.
- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

Por otro lado, la causación de la lesión resarcible puede provenir tanto de una acción como de una omisión de los servicios públicos. En el supuesto que nos ocupa el reclamante sitúa la causa generadora de los daños en una omisión, por cuanto considera que los servicios de conservación de la Dirección General de Carreteras no advirtieron de la existencia del bache mediante la correspondiente señalización, ni desplegaron la diligencia debida para eliminar dicho elemento de riesgo para la circulación. Pues bien, sólo si se consigue establecer una relación de causa a efecto entre la mencionada omisión y el daño alegado podría ser estimada la reclamación, pues el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetiva sólo exime de prueba de existencia de culpa, pero no del imprescindible nexo de causalidad entre la conducta de los servicios públicos y el daño.

En el presente caso no resulta de las actuaciones practicadas prueba suficiente de los hechos alegados por el reclamante, ni por consiguiente de la realidad y certeza del evento dañoso y de su conexión causal con el servicio público viario. Estos extremos sólo encuentran justificación en la afirmación del x. y las de unos testigos que viajaban en el vehículo siniestrado y, por tanto, se supone que se encuentran vinculados con el conductor al menos con una estrecha relación de conocimiento, por lo que tienen un débil valor probatorio insuficiente para tener por ciertos los hechos invocados. Los servicios de la Administración viaria no tuvieron, en su momento, conocimiento del siniestro, ni han podido con posterioridad verificar los hechos alegados por el reclamante, sin que tampoco se haya aportado atestado policial acreditativo de la realidad de los hechos.

Este Consejo Jurídico ha tenido ocasión de pronunciarse sobre asuntos sustancialmente iguales al presente, en los que no existió atestado policial del accidente que acreditase la existencia del bache que se alegaba por el interesado (Dictámenes 212/2002 y 137/2003) o, constanding el bache en cuestión (comprobado a posteriori), no existían elementos de

juicio suficientes para considerar acreditada la relación de causalidad entre su existencia y los daños por los que se reclamaba indemnización (Dictámenes 99 y 128/2004), además de otras circunstancias concurrentes que llevaban a la conclusión desestimatoria de las reclamaciones.

También se señalaba en estos Dictámenes que la realización del atestado resulta esencial no ya sólo para que pueda acreditarse que el reclamante circulaba por el lugar en cuestión el día y hora que manifiesta, sino que la presencia policial poco tiempo después del accidente permite un examen de las circunstancias concurrentes en el presunto accidente que resulta trascendental para el enjuiciamiento de pretensiones como las que se deducían en aquellos supuestos y también en el que ahora nos ocupa. En este sentido, resulta evidente que, en el estado actual de facilidad de las comunicaciones, no puede aceptarse que el deber del afectado de comunicar en tal momento el siniestro (para lo que existen, incluso, números telefónicos de coordinación de emergencias) constituya un deber excesivo, antes al contrario, se estima que es una carga para el que pretenda, luego, deducir una pretensión indemnizatoria como la del caso. Frente a ello, y como indicamos en el Dictamen 212/2002, si el interesado, por la escasa relevancia de los daños, opta por no avisar a la Guardia Civil para que constate en dicho momento el accidente, deberán concurrir otras circunstancias de muy especial consistencia que lleven a la convicción de la ocurrencia del accidente tal y como lo relata el reclamante, y que aquél es causa eficiente de los daños por los que reclama, sin que, en el caso que nos ocupa, las circunstancias alegadas por el mismo sean indicios lo suficientemente concluyentes para tener por cumplidamente acreditados los hechos en que basa su pretensión.

No obstante, ha de señalarse que, aun cuando se admitiera a efectos dialécticos la producción del accidente en las circunstancias invocadas por el reclamante, tampoco ha quedado probado que existiese un deficiente funcionamiento del servicio de conservación de la carretera. Es más, del informe aportado por dicho servicio (folios 83 y 84), cabe inferir que se venía desplegando una actividad constante de mantenimiento que suponía una presencia regular de las brigadas de conservación en orden a realizar bacheos, limpieza, retirada de obstáculos, reposición de señales, etc.

Por otro lado, las fotografías presentadas por el interesado no vienen a confirmar su manifestación sobre las grandes dimensiones del bache en el que mantiene que se introdujo la rueda delantera derecha de su vehículo (folio 86), de donde se deduce que los daños alegados podrían tener como causa eficiente la excesiva velocidad a la que circulaba el automóvil siniestrado, que habría alcanzado los 70 u 80 Km/h (declaración testifical obrante a los folios 57 y 81), por encima de los 60 Km/h permitidos, lo que supone una negligente conducción para alguien como el reclamante que conocía el estado de la vía por la que circulaba.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### CONCLUSIÓN

**ÚNICA.-** Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación en tanto no se ha acreditado el nexo causal entre el daño alegado y el servicio público regional de carreteras.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 129/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en vehículos de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 22/07/08**

**Extracto de Doctrina**

*El Consejo de Estado (por todos, Dictámenes núms. 2086 y 2411 del año 2000 y 2431 del 2002) se ha pronunciado favorablemente a estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial por la antijuridicidad del daño sufrido por los docentes, cuando haya sido ocasionado por alguno de los alumnos que se encontraban bajo la custodia del centro y durante el desarrollo de su actividad escolar.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 9 de mayo de 2007 (registro de entrada), la Directora del CEIP “Juan de la Cierva” de Casillas (Murcia) solicita que sean reparados los daños causados por alumnos del centro a los vehículos propiedad de las profesoras x, y, z., durante la semana del 12 al 16 de marzo anterior, con cargo a la responsabilidad patrimonial de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación.

Describe lo ocurrido del siguiente modo: *“en esos días los vehículos de las tres profesoras del centro fueron rayados considerablemente por tres alumnos del grupo de 4º B. Por tal motivo la Comisión de Convivencia del centro se reunió el día 26 de marzo para dictaminar las medidas disciplinarias a tomar, decidiendo que dichos alumnos deberían permanecer sin disfrutar del periodo de recreo durante cuatro días y que no participaran en la actividad deportiva “Intercentros” a celebrar el próximo día 3 de mayo; resolución que fue debidamente notificada a los padres”.*

Señala que para la aplicación de las medidas disciplinarias tuvieron en cuenta la edad de los alumnos, su buena trayectoria escolar, sin antecedentes de indisciplina, y que su actuación irresponsable no fue premeditada. También que durante dicho tiempo se estuvo celebrando en el centro una semana monográfica dedicada a la música de escuela, por lo que las actividades se realizaban fuera del aula o en otras dependencias distintas a las habituales.

Añade la Directora que los vehículos se encontraban “en una zona del patio que es aparcamiento de vehículos” y que se utiliza como tal desde hace 28 años; dicho aparcamiento dispone de puerta independiente y se encuentra separado del resto del recinto por medio de unos setos, disponiendo además el Centro de otras cinco puertas más, considerando la Directora que la ubicación de la zona de aparcamiento es idónea, según las características arquitectónicas de todo el recinto escolar, el cual alberga al alumnado de educación primaria e infantil en sus diversos ciclos.

Finalmente, acompaña tres escritos idénticos suscritos por x, y, z., en los que manifiestan que la Directora del centro escolar actúa en su nombre y solicitan que se les indemnice por las cantidades de 264,57 euros, 222,41 euros y 204,38, respectivamente, acompañando los presupuestos de reparación del mismo taller.

**SEGUNDO.-** El 18 de julio de 2007 (registro de salida), la instructora del expediente solicita a la Directora del centro, en su condición de representante de las afectadas, que remita las actas de reunión de la Comisión de Convivencia, donde se recogen los hechos y se acuerda sancionar a los alumnos por los daños cometidos contra los vehículos de las profesoras.

Por su parte, en tanto que representante de las afectadas, se le solicitó que aportara los documentos acreditativos de la titularidad de los vehículos y la declaración de si las profesoras habían sido receptoras de indemnización por este mismo concepto.

**TERCERO.-** La Directora del centro escolar, mediante escrito de 11 de febrero de 2008, acompaña la siguiente documentación:

— Copias de los permisos de conducción de x. y de circulación del vehículo matrícula “—”, donde consta también ésta como propietaria, expedido el 19 de abril de 2000; factura acreditativa de la compra del vehículo a x.; copia del formulario del impuesto de matriculación; certificado internacional de seguro del automóvil de referencia y póliza del seguro.

— Copia del permiso de conducción de x., propietaria del vehículo matrícula “—”, expedido el 31 de octubre de 2002; factura de su adquisición y recibo bancario de pago de la prima de seguro del mismo,

— Copia del Documento Nacional de Identidad y del permiso de circulación de x., titular del vehículo matrícula “—”, así como copia de las condiciones particulares de la póliza suscrita con una aseguradora.

**CUARTO.-** Concedido trámite de audiencia a la parte reclamante, comparece la Directora del CEIP en el Servicio Jurídico de la Consejería consultante el 29 de febrero de 2008, constando en la diligencia extendida al efecto que tomó vista del expediente y fue evacuado el trámite de audiencia mediante escrito de 1 de marzo de 2008, señalando, en respuesta al escrito de la instructora de 15 de febrero de 2008, que *“adjunto las copias de las notificaciones efectuadas a los padres de los alumnos identificados como causantes de los daños a los vehículos de las tres profesoras, los cuales se negaron a firmar su recepción y como respuesta se presentaron en el colegio acompañando a dichos escritos una copia del artículo 1903 del Código Civil (...).*

**QUINTO.-** La propuesta de resolución, de 10 de marzo de 2008, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial por existir nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público educativo, en las cantidades reclamadas.

**SEXTO.-** Con fecha 26 de marzo de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Admi-

nistración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. El procedimiento se ha iniciado por reclamación de parte interesada, de conformidad con lo previsto en el artículo 142.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

En Dictámenes anteriores de este Consejo Jurídico, como los núms. 75/1999, 99/2006 y 29/2007, se ha recogido la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sostiene que no es admisible excluir del concepto de “*particulares*” a que se refiere el artículo 139 LPAC, a los funcionarios que reclamen indemnización a título de responsabilidad patrimonial de la Administración, derecho indemnizatorio proveniente, en primera instancia, del reconocimiento realizado en el artículo 106 de la Constitución acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública.

II. En cuanto a la legitimación pasiva, la ostenta la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, al tratarse de unos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro donde ocurrieron los hechos. El órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

III. Respecto al cumplimiento del plazo para su ejercicio, la acción se ha ejercitado dentro del año desde el hecho que motiva la indemnización, según preceptúa el artículo 142.5 LPAC.

IV. A la vista de las actuaciones que se constatan en el expediente remitido, puede afirmarse que se ha cumplido sustancialmente lo exigido por la LPAC y su desarrollo reglamentario sobre tramitación de esta clase de reclamaciones.

**TERCERA.- Resarcimiento de los daños ocasionados a funcionarios públicos durante sus actividades en centros docentes.**

Como bien conoce la Consejería consultante, el Consejo Jurídico ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente sobre el resarcimiento de los daños ocasionados al profesorado en ejercicio de sus funciones, distinguiendo entre aquellos que puedan padecer con ocasión del cumplimiento de tales funciones, pero causados por un tercero, y los padecidos como consecuencia del propio funcionamiento del servicio (por todos, Dictamen 181/2007). En principio, estos últimos deberían ser reparados en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración, mientras que los primeros lo serían, en su caso, por el régimen de indemnizaciones previsto en la legislación funcional, sobre la base del principio general de indemnidad de los servidores públicos en el desempeño de sus funciones, en virtud del cual la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no pueden originar para el empleado público ningún perjuicio patrimonial, de modo que el funcionario no debe soportar, en su propio patrimonio, un daño generado en el seno de la relación específica funcional, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte (por todos, Dictamen del Consejo Jurídico 99/2006).



Por otra parte, el título de resarcimiento por responsabilidad patrimonial opera en un plano distinto al específico relativo a las indemnizaciones a funcionarios por razón del servicio, por tener cada uno de ellos un fundamento y un alcance distinto, así como un régimen jurídico propio (por todos, nuestros Dictámenes 145/2006 y 92/2007).

En el último de los citados resumimos nuestra doctrina:

*“En el Dictamen 29/2007, de 7 de marzo, este Consejo Jurídico tuvo ocasión de informar otra reclamación de la misma interesada, por daños causados a su vehículo cuando estaba aparcado en el recinto del mismo centro escolar; causados los días 29 y 31 de marzo y 6 y 7 de abril de 2006, llegando a la conclusión de la procedencia de estimar la reclamación a título de responsabilidad patrimonial administrativa en cuanto que, partiendo de la convicción de que los autores de tales daños eran alumnos del centro, los hechos se habían producido en horario lectivo escolar; es decir, cuando la Administración tenía el deber de vigilancia sobre las actividades de los alumnos dentro de tal recinto, que es cuando y donde alcanzan sus potestades de policía y represión disciplinaria a este respecto. Para sostener tales consideraciones, citamos entonces los Dictámenes 2411/2000, del Consejo de Estado, y 397/2000, del Consejo Consultivo Valenciano, oponiendo como caso contrario al tratado en dicho Dictamen 29/2007, el abordado en el 99/2006, en el que se trataba de un suceso ocurrido fuera del horario escolar; lo que justificó la conclusión desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial, reforzado ello por el hecho de no considerar acreditado en aquel momento que los autores fueran alumnos del centro, si bien sin prejuzgar la procedencia o no del resarcimiento con fundamento en otro título jurídico distinto. Similares consideraciones fueron sostenidas en nuestro Dictamen 145/2006, de 13 de septiembre, en el que, partiendo de la incierta autoría de los daños al vehículo de una ordenanza que prestaba sus servicios en otro centro escolar, se consideró improcedente la indemnización a título de responsabilidad patrimonial administrativa (en su sentido más estricto), añadiendo, no obstante, que debía incoarse un procedimiento específico para determinar la procedencia de resarcir los daños a título de indemnización por razón del servicio (la interesada había solicitado específicamente la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración regional)”.*

Con posterioridad el Consejo Jurídico, en su Dictamen 14/2008, desestima la reclamación a título de responsabilidad patrimonial, con la siguiente motivación:

*“En efecto, no existe en el expediente ningún elemento probatorio que permita vincular el daño al funcionamiento del servicio público docente (incumplimiento de los deberes de vigilancia, defectos en las instalaciones, identificación del alumno que lo ocasionó, etc.), sin que el mero estacionamiento o depósito de los vehículos del personal al servicio del centro, dentro del recinto escolar, suponga sin más el deber de la Administración de indemnizar los daños que allí se les produjeran (Dictamen núm. 92/2007)”.*

En el presente caso la instructora ha encauzado la petición de indemnización como reclamación de responsabilidad patrimonial, al entender que existe nexo causal entre el daño alegado por las profesoras y el funcionamiento del servicio público, lo que será objeto de consideración seguidamente.

#### **CUARTA.- Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.**

Del sistema común de responsabilidad patrimonial que instaura la LPAC, se desprende el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración correspondiente de

toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, el daño sea real, efectivo, evaluable económicamente en relación con una persona o grupo de personas, y que aquéllas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con ley.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que para que proceda la responsabilidad patrimonial deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC.

Veamos la aplicación de los requisitos exigidos al presente supuesto:

Del análisis del expediente que nos ocupa se deriva la existencia de un daño efectivo que se acredita documentalmente por las afectadas, que asciende a las cantidades de 264,57 euros, 222,41 euros y 204,38 euros, siguiendo el orden de las reclamantes citado en el Antecedente Primero.

Por otra parte, los daños sufridos han de ser reputados como antijurídicos, porque no existe un deber jurídico por parte de las afectadas de soportarlo, ni como propietarias de unos bienes respecto a daños producidos por terceros, ni por el principio de indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su persona, o en sus bienes, por el desempeño de funciones o tareas reconocidas en la legislación sobre función pública, al que nos hemos referido con anterioridad. Ciertamente, cuando ocurrieron los hechos, las afectadas estaban realizando las tareas propias de la prestación del servicio público docente, en su condición de profesoras, mientras impartían clases.

Sentado lo anterior, cabe ahora analizar si concurre la necesaria relación de causalidad entre el evento dañoso y la actuación administrativa. Pues bien, el examen de los hechos que sirven de base a la presente reclamación permite apreciar la existencia de un título de imputación al servicio público educativo para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, dado que el suceso se produjo durante las horas lectivas, mientras los alumnos se encontraban bajo la dependencia del centro escolar y vigilancia de los profesores, durante el transcurso de las actividades escolares propias del mismo. Añade, además, la directora que *“durante dicha semana se estaba celebrando en el centro una semana monográfica dedicada a la música en la escuela y muchas actividades se realizaban fuera del aula, o en otras dependencias distintas a las habituales”*, lo que denotaría cierta anormalidad en el funcionamiento del servicio público docente, que habría permitido que los menores accedieran —al parecer de forma reiterada, según el escrito de reclamación, que sitúa los hechos en la semana del 12 al 16 de marzo— al aparcamiento del recinto escolar, zona no permitida para el tránsito de los escolares, que dispone de una puerta de acceso independiente y que se encuentra separado del resto por medio de unos setos.

A este respecto el artículo 1903 del Código Civil establece que los titulares de los centros docentes responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares. Según el sentir general de la doctrina y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (tras la reforma introducida a aquel precepto por la Ley 11/1991, de 7 de enero) se establece una responsabilidad prácticamente objetiva, como se argumenta en la sentencia núm. 210/1997, de 10 de marzo, de aquella Sala:

*“La nueva redacción del artículo 1903 establece, según el sentir general de la doctrina y de la jurisprudencia de esta Sala, una responsabilidad prácticamente objetiva, en cuanto señala que las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior, responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro desarrollando actividades escolares, extraescolares y complementarias. Es decir, se soslaya prácticamente el elemento de culpabilidad”.*

El Consejo de Estado (por todos, Dictámenes núms. 2086 y 2411 del año 2000 y 2431 del 2002) se ha pronunciado favorablemente a estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial por la antijuridicidad del daño sufrido por los docentes, cuando haya sido ocasionado por alguno de los alumnos que se encontraban bajo la custodia del centro y durante el desarrollo de su actividad escolar.

También el Consejo Consultivo Valenciano (Dictamen núm. 397/2000) ha señalado que *“si bien, en principio, el titular de los centros públicos educativos responde de los daños causados por los miembros de la comunidad escolar, a ellos mismos o a terceros, en sus personas o en sus bienes, es necesario que quede acreditado que los referidos daños fueron causados por el personal o los alumnos del centro y durante la jornada escolar”*. Así, en su Dictamen núm. 503/2000, que trata igualmente sobre daños sufridos por el vehículo de un profesor, se considera por este órgano consultivo que existe la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño sufrido *“pues los alumnos que causaron los daños estaban sujetos a la función tuitiva de este servicio público, por lo que también en el supuesto que se hubiera considerado al funcionario como mero particular resultaría procedente la indemnización conforme a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/92”*.

Las circunstancias que concurren en el supuesto determinan el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional desde el momento en que concurren todos los elementos necesarios para ello. Así, ha quedado acreditado en el expediente un daño o perjuicio patrimonial efectivo, individualizado en las reclamantes y que ha derivado del funcionamiento del servicio público docente, dado que se produjo en el transcurso de las actividades escolares propias del mismo.

#### **QUINTA.- Precisiones a la propuesta de resolución.**

Por último, la propuesta de resolución sostiene, de forma contradictoria, la posibilidad de repetir contra los padres de los menores identificados si se prueba que los profesores y la dirección emplearon la diligencia del buen padre de familia, en prevención de los mismos, conforme al artículo 1903 del Código Civil, último párrafo: *“la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”*.

Sin embargo, dicha prueba es presupuesto precisamente para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración docente, por lo que cabe inferir *a sensu contrario*, al no haberse probado tal diligencia, que se reconoce la responsabilidad patrimonial de la Administración titular del centro, careciendo de sentido, por tanto, sostener la vía de repetición frente a los padres de los menores identificados, no sustentada en el precepto citado del Código Civil (sólo se contempla respecto a los funcionarios en el artículo 1.904 del mismo cuerpo legal), puesto que la responsabilidad de la Administración es de naturaleza directa, no subsidiaria a la que corresponde a los padres de los menores, ni tampoco se apoya tal posibilidad de repetición en el artículo 43 del Decreto regional 115/2005, de 21 de octubre, que establece las normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos que imparten enseñanzas escolares, que se remite, respecto a la responsabilidad civil de los padres o representantes legales, a lo que establezcan las leyes.

En la misma línea se encuentra la afirmación contenida en la propuesta de resolución acerca de la intencionalidad de la acción por parte de los alumnos, que contradice, en cierto modo, lo aseverado por la Directora del centro que señala que las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la edad de los alumnos, su buena trayectoria escolar y que en dicha acción no valoraron realmente los daños o las consecuencias que podían provocar (folio 2). También implica un cambio de criterio que las resoluciones de la Comisión de Convivencia del centro acordaran distribuir el pago de los daños ocasionados entre los tres niños autores de los mismos y, ante la negativa de sus padres que aportan copia del artículo 1903 del Código Civil, en el entendimiento de que los niños se encontraban bajo la tutela del centro, se presenta con posterioridad la reclamación ante la Administración educativa por parte de la Directora del centro escolar.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución en cuanto estima la reclamación de responsabilidad patrimonial en las cantidades allí expresadas, por las razones contenidas en la Consideración Cuarta, si bien han de eliminarse de la propuesta de resolución las contradicciones expresadas en la Consideración Quinta.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 130/08.- Resolución de discrepancias entre la Intervención General y la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación en el expediente de modificación de las obras de construcción de un instituto de educación secundaria obligatoria en Pozo Estrecho (Cartagena).**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 22/07/08**

**Extracto de Doctrina**

*1. Es doctrina ampliamente seguida por este Consejo Jurídico (Dictamen 70/2007) y por los distintos Consejos Consultivos que las causas nuevas o imprevistas no pueden confundirse con las imprevisiones del proyecto, y que el precepto legal sólo ampara aquellas causas que resultaban imprevisibles para el proyecto inicial, sin que pueda acogerse una interpretación tan extensa que legitime modificar el contrato incluso en lo que razonablemente pudo contemplarse en dicho proyecto inicial y no se contempló. De otra forma podría darse lugar, de una parte, al quebranto de los principios rectores de la contratación administrativa (conurrencia y objetividad), y de otra, a convertir la potestad modificadora en discrecional, cuando, según el TS, (...) el derecho de modificación con que cuenta la Administración, de conformidad con los arts. 16 a 18 y 74 de la LCE, no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio, sino una facultad reglada cuyo ejercicio queda subordinado a la aparición de nuevas necesidades materiales que, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensables para el mejor servicio del interés público, con la consiguiente compensación; pero ese “ius variandi”, en todo caso requiere una singular motivación de hechos..., que en caso de no existir impide la alteración del contrato o de sus Pliegos regidos por el principio “ne varietur” (S de 16 de abril de 1984).*

*2. Tal como razona la Consejería consultante, es indudable que el interés público demanda que la obra a ejecutar reúna las condiciones mejores para servir al fin para el que se proyecta, y también es de interés que se realice en el menor periodo de tiempo con el fin de que mejore el servicio de educación para la población afectada. Pero tales postulados eran de tener en cuenta en el momento de redactar el proyecto, de supervisarlo y de aprobarlo, ya que, adjudicado el contrato e iniciada su ejecución, la posibilidad de modificar se enmarca en unas reglas que la convierten en excepcional, ya que confluye a partir de ahí con otros valores del ordenamiento, como la buena administración y la protección del mercado.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Por orden del Consejero de Educación y Cultura de 20 de diciembre de 2006 se adjudicó a la mercantil --, S.A. el contrato de obras para la construcción de un instituto de educación secundaria obligatoria en Pozo Estrecho (Cartagena), siendo levantada acta de comprobación de replanteo el 7 de febrero de 2007, en la que se autorizó el inicio de la obra por declararse la misma viable. El precio del contrato es de 2.450.000 euros.

**SEGUNDO.-** Previo informe emitido por el arquitecto director el 30 de julio de 2007, fue autorizado para redactar un proyecto adicional, acordándose la suspensión parcial de las obras, primero con carácter temporal (acta de 30 de julio de 2007) y, luego,

definitivamente hasta la aprobación del proyecto modificado (27 de diciembre de 2007). La modificación que se proyecta es expresamente aceptada por el contratista el 15 de noviembre de 2007.

**TERCERO.-** El proyecto modificado fue aprobado por orden del Consejero de 25 de febrero de 2008, importando un presupuesto adicional de 364.807,12 euros, que representa el 14,89 por ciento del precio del contrato; las modificaciones principales afectan a los siguientes elementos de la obra:

a) cimentación y estructura, para elevar la cota de la parcela, ya que está 80 centímetros por debajo de la rasante de la calle y, además, se encuentra justo en la desembocadura de una rambla, lo que podría provocar inundaciones en caso de fuertes lluvias; es necesario incrementar la cantidad de rellenos y modificar el muro de cerramiento, la puerta de acceso y el forjado sanitario;

b) albañilería, cubiertas, pavimentos y alicatados;

c) instalación eléctrica, para adecuarla al reglamento de baja tensión (RD 847/2002);

d) aparatos sanitarios e instalación de fontanería, debido a que la sección de las tuberías es insuficiente para el normal funcionamiento.

e) instalación de calefacción y contraincendios, para adecuar ésta al reglamento regulador (RD 1942/1993).

f) obras exteriores; para evitar posibles inundaciones ante el riesgo de avenidas procedentes de la rambla frontal, se incrementan las dimensiones del muro de hormigón perimetral y su cimentación, al convertirse en muro de contención de tierras.

**CUARTO.-** El 28 de febrero de 2008 informó favorablemente el Servicio Jurídico de la Consejería consultante; el Subdirector General de Centros, en informe que carece de fecha, expone que no tramitar la modificación del proyecto supondría un grave perjuicio para los alumnos de la localidad, dado que actualmente ocupan aulas prefabricadas.

**QUINTO.-** Sometido el expediente a la Intervención General, emitió informe el 5 de marzo de 2008 en el que no fiscaliza favorablemente la propuesta, ya que considera que las modificaciones fueron debidas a errores de proyección, destacando las actuaciones sobre cimentación y estructura (que representan el 84,87 de la modificación), pues la existencia de la rambla y el desnivel de la parcela son circunstancias que preexistían a la elaboración del proyecto, por lo que no pueden considerarse “necesidades nuevas” ni “causas imprevistas al tiempo de perfeccionarse el contrato”, como requiere el artículo 101 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, TRLCAP; igual razonamiento cabe respecto a las instalaciones eléctricas y de incendios, sujetas a normas que ya estaban vigentes al tiempo de elaborarse el proyecto. Repara el Interventor, también, el precio contradictorio citado con el código A01RP010, correspondiente a hormigón ciclópeo, que pasa de 24,41 a 43,57 euros, cuando su descripción varía únicamente en que se le añade la expresión “vertido y colocado en obra”, frase que nada sustancial añade y que se debe entender incluida implícitamente en el proyecto original, ya que la cláusula 51 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras (Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre) establece que se entenderán incluidos en el precio todos los trabajos necesarios para la correcta ejecución y acabado de cualquier unidad de obra.

**SEXTO.-** En sendos informes de 17 de marzo y 22 de abril de 2008, el arquitecto director de las obras manifiesta su discrepancia con el Interventor General aduciendo que incurre en error a la hora de interpretar el artículo 101 TRLCAP; considera que la potestad de modificar puede ejercitarse siempre, aunque exista imprevisión en el proyecto. La Dirección General de Centros, a través del Servicio de Planificación y de la Subdirección General, insiste en que la modificación propuesta se adecua al interés público educativo, proponiendo que se inicie el procedimiento correspondiente al levantamiento de los reparos (informes de 22 de abril y propuesta de 24 de abril de 2008), adjuntándose también un informe del Servicio Jurídico de la Consejería de 14 de mayo de 2008.

**SÉPTIMO.-** La propuesta de acuerdo al Consejo de Gobierno para levantar los reparos fue sometida, junto al expediente, a la Dirección de los Servicios Jurídicos, que emitió informe —el 16 de junio de 2008— concluyendo que las causas invocadas para la modificación del proyecto no son subsumibles en la categoría de “necesidad nueva” o “causa imprevista” del artículo 101 TRLCAP. Se indica en el informe que la potestad de modificar unilateralmente un contrato no tiene carácter absoluto, sino que está sometida a ciertos límites, de orden formal y material o sustantivo. El artículo 146.1 TRLCAP remite la causa de la modificación del contrato de obras a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 101 del mismo texto legal, el cual, con carácter general para todos los contratos administrativos, establece que, una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o a causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente. No se pueden identificar estos presupuestos con errores graves en la redacción de los proyectos o con causas que, con la debida diligencia, puedan ser previstas por la propia Administración. Recuerda el informe el Dictamen de este Consejo Jurídico, según el cual *“ese deber de velar por la mejor forma de dar satisfacción a las necesidades públicas se extiende desde la proyección hasta la ejecución de la obra y su total finalización. Esa es, en el fondo, la razón última legitimadora de la potestad de modificación de los contratos administrativos. Si durante la ejecución surgen «necesidades nuevas o causas imprevistas» el órgano de contratación no sólo puede sino que estará obligado a ejercer esa potestad. El núcleo de la discusión se centra entonces en no confundirlas con posibles errores de proyección”*.

En ese estado, la propuesta de acuerdo, junto con el expediente, fue remitida a este Consejo Jurídico, formulándose la consulta el 20 de junio de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

Este Dictamen se emite con carácter preceptivo al versar sobre la propuesta de resolución de un reparo formulado por la Intervención General de la Comunidad Autónoma, que debe ser decidido por el Consejo de Gobierno (artículo 12.13 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia).

### **SEGUNDA.-** Tramitación del expediente y alcance del Dictamen.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos,

sin que se aprecien carencias formales. Es un procedimiento de naturaleza incidental, regulado por el Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el régimen de control interno ejercido por la Intervención General, que se suscita en el seno de otro principal, el de modificación del contrato inicial, extendiéndose el presente Dictamen sólo a los aspectos que son objeto del reparo formulado por el Interventor General y respecto de los cuales discrepa la Consejería consultante, todo ello con el fin último de levantar el reparo, si procede.

**TERCERA.- Sobre las causas aducidas para justificar la modificación del contrato.**

I. La norma aplicable es el TRLCAP, dada la previsión de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, Disposición transitoria primera, y la fecha de adjudicación del contrato y de la iniciación del procedimiento para tramitar la modificación.

El artículo 101.1 TRLCAP establece que el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en los contratos administrativos por razones de interés público, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, justificándolo debidamente en el expediente.

Este Consejo Jurídico, en el Dictamen 91/2008, recordó lo que a continuación se expone:

“Como señala el Dictamen del Consejo de Estado nº 168/07, de 1 de marzo de 2007, sobre el alcance de estos conceptos, *“el interés público debe conjugarse en los contratos administrativos con el principio establecido en el Código Civil de acuerdo con el cual “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse al tenor de los mismos” (artículo 1091). Para lograrlo se atribuye a la administración la prerrogativa exorbitante de modificación unilateral de los contratos (ius variandi, establecida en el artículo 59 LCAP). En el dictamen número 42.179, de 17 de mayo de 1979, se aclaró que “esta naturaleza singular y privilegiada del ius variandi exige que se produzca necesariamente dentro de los límites que establece la Ley”.*

*Uno de estos límites resulta de la exigencia de que la modificación contractual esté “respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado” (Dictamen número 42.179, de 17 de mayo de 1979; véanse también los dictámenes números 48.473, de 16 de enero de 1986, y 55.586, de 10 de enero de 1991), y que además “tal razón aparezca debidamente justificada en el expediente” (Dictamen número 3062/98, de 10 de septiembre de 1998). La concurrencia de este interés público debe quedar justificada en el expediente, como resulta del artículo 102 LCAP de 1995 (artículo 101.1 in fine LCAP) y del derogado artículo 149 del Reglamento General de Contratación aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (actualmente, artículo 102 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre).*

*Un segundo límite resulta en este caso de la necesidad de que concurren necesidades nuevas o causas imprevistas (artículo 102 LCAP de 1995, que se corresponde con el vigente artículo 101 LCAP). A este respecto ha declarado el Consejo de Estado que “el derecho de modificación con que cuenta la Administración contratante o concesionaria, de conformidad con los artículos 18 y 74 de la Ley de Contratos del Estado, no es una atribución legal indiscriminada que le permita a su libre criterio la novación del contenido de los pliegos que sirvieron de base a la licitación, sino una facultad reglada que sólo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público”*



(Dictamen número 41.914, de 24 de mayo de 1979). No cabe excluir la posibilidad de que “el interés general preconizara en alguna ocasión modificaciones de contrato que vinieran en beneficio del contratista, y no en su perjuicio”, mas “es lo cierto que, en todo caso, el ejercicio del *ius variandi* por la Administración requiere una singular motivación de hecho (“necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas”, reza el art. 149 del Reglamento de Contratación) que, de no existir, impide la alteración del contrato, o de sus pliegos definidores, recogidos, como queda dicho, por el principio *ne varietur*” (dictamen número 41.914, de 24 de mayo de 1979).

*La concurrencia de necesidades nuevas o causas imprevistas debe estar igualmente justificada en el expediente (artículo 102 LCAP de 1995 y restantes preceptos anteriormente citados).*

*El fundamento de este segundo límite debe hallarse en la necesidad de no desvirtuar las garantías de concurrencia que presiden la licitación y, en su caso, en “la naturaleza de los recursos económicos administrativos”, de carácter público (Dictamen del Consejo de Estado número 45.238, de 12 de mayo de 1983). Por lo que respecta al primero de estos fundamentos, en el Dictamen el Consejo de Estado número 45.942, de 15 de diciembre de 1983, se puso de manifiesto que el carácter imperativo de las normas sobre modificación de los contratos administrativos tiene “la finalidad de evitar que, a través de sucesivas modificaciones contractuales, se rompa el principio de pública licitación fundamental en la materia”.*

Asimismo, en el Dictamen nº 79/93, de 1 de abril, el citado Órgano Consultivo señaló que “cuando el artículo 149 del Reglamento General de Contratación exige que las modificaciones se fundamenten en causas técnica imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto, debe interpretarse en el sentido de que concurren razones técnicas imprevisibles (razonablemente) en el proyecto originario, y no simplemente defectuosas o meras imprevisiones en dicho proyecto”.

Ello no obsta para que haya casos en que “aunque existen partidas que pudieran haber sido previstas, éstas no pueden separarse de las imprevisibles sin afectarse a la indivisibilidad del objeto del contrato, por lo que puede afirmarse que sí concurren causas que permiten fundar la modificación” (Dictamen 348/07, de 26 de junio de 2007, del Consejo Consultivo de Andalucía).

El examen de estos asuntos nunca permite prescindir del análisis atento de los hechos concurrentes para determinar si tales circunstancias fácticas pueden enmarcarse dentro de los límites razonables de la potestad de modificar. Así, las causa nuevas o circunstancias imprevistas pueden surgir con mayor facilidad y son más explicables en las obras de reforma o ampliación de una edificación o de una infraestructura ya existente (Dictámenes 84/2004 y 175/2005, de este Consejo Jurídico), y son más difícilmente comprensibles en obras de nueva planta. Y, en todo caso, no pueden extrapolarse afirmaciones generales sobre el interés público a cada supuesto concreto de modificación, dado que se correría el riesgo de desnaturalizar la institución desencajándola de sus límites legales, debiendo observarse tales afirmaciones en conexión con los avatares del concreto contrato que se pretende modificar (en tal sentido, ver la Consideración Sexta del Dictamen 17/2007 de este Consejo Jurídico, en relación con los antecedentes allí recogidos).

Por su parte, en su informe 71/99, de 11 de abril de 2000, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa expresa que “la necesidad de que por el órgano de contratación se

*fije el auténtico contenido del contrato es una condición básica que impida la profusión de modificaciones de los contratos, que lejos de responder a la situación excepcional determinada por el artículo 102 de la Ley, que señala que sólo podrán introducirse modificaciones por razón de interés público en los elementos que integran el contrato, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, se convierten en algo no sólo habitual en la práctica, sino considerado como un recurso para la solución de problemas imputables a la falta de programación y estudio previo de los contratos, aplicable con carácter general en el proceso de la adjudicación y ejecución de los contratos, con especial incidencia en los contratos de obras, entendiéndose como tal práctica (la de) que, en gran parte de los contratos, surgen necesidades nuevas o imprevistas, lo que indica que el órgano de contratación no determinó al inicio las auténticas necesidades ni realizó un específico control del contenido del proyecto definidor de la obra a ejecutar, lo que no significa que, en determinadas ocasiones, se produzcan tales incidencias que justifican la aplicación de las modificaciones de los contratos. Por tal razón, es evidente que, frente a la falta de previsión de las necesidades nuevas, deben imponerse criterios interpretativos restrictivos que impidan el abuso de las modificaciones de los contratos”.*

Por tanto, es doctrina ampliamente seguida por este Consejo Jurídico (Dictamen 70/2007) y por los distintos Consejos Consultivos que las causas nuevas o imprevistas no pueden confundirse con las imprevisiones del proyecto, y que el precepto legal sólo ampara aquellas causas que resultaban imprevisibles para el proyecto inicial, sin que pueda acogerse una interpretación tan extensa que legitime modificar el contrato incluso en lo que razonablemente pudo contemplarse en dicho proyecto inicial y no se contempló. De otra forma podría darse lugar, de una parte, al quebranto de los principios rectores de la contratación administrativa (conurrencia y objetividad), y de otra, a convertir la potestad modificadora en discrecional, cuando, según el TS, “(...) el derecho de modificación con que cuenta la Administración, de conformidad con los arts. 16 a 18 y 74 de la LCE, no es una atribución legal indiscriminada de libre criterio, sino una facultad reglada cuyo ejercicio queda subordinado a la aparición de nuevas necesidades materiales que, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensables para el mejor servicio del interés público, con la consiguiente compensación; pero ese “ius variandi”, en todo caso requiere una singular motivación de hechos..., que en caso de no existir impide la alteración del contrato o de sus Pliegos regidos por el principio “ne varietur” (S de 16 de abril de 1984).

II. Aplicadas las precedentes consideraciones al caso que nos ocupa, se advierte que las determinaciones en que consiste la modificación objeto de Dictamen no pueden calificarse de imprevisibles en el momento de la adjudicación del contrato, dado que la rambla o canal de desagüe ya existía antes, recogiendo incluso en la cartografía del Ayuntamiento de Cartagena y en el Decreto 106/2005, de 16 de septiembre, de aceptación por la Comunidad Autónoma del terreno cedido por dicho Ayuntamiento; la cota de la parcela tampoco ha sufrido modificaciones en el tiempo que media entre la concepción del proyecto y la adjudicación del contrato. Además, las reglamentaciones técnicas a que habían de sujetarse las instalaciones ya estaban vigentes en el momento de la adjudicación, no experimentando variación posterior. En definitiva, las necesidades iniciales que planteaba la construcción de un centro escolar eran ya previsibles, por lo que su omisión en el proyecto inicial sólo puede deberse a un patente error de proyección.

A igual conclusión cabe llegar respecto a la modificación en que consiste el precio contradictorio citado con el código A01RP010, correspondiente a hormigón ciclópeo, que pasa de 24,41 a 43,57 euros, variando su descripción en que se le añade la expresión “vertido y

colocado en obra”. Frente al reparo de la Intervención General argumenta la Consejería consultante que el proyecto original contemplaba el precio de un material, y lo que se introduce es el precio de una unidad de obra siguiendo las prescripciones del artículo 130 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre). Queda de relieve, nuevamente, que la modificación está motivada en un error del proyecto, que debiera haber contemplado tal unidad de obra.

III. Tal como razona la Consejería consultante, es indudable que el interés público demanda que la obra a ejecutar reúna las condiciones mejores para servir al fin para el que se proyecta, y también es de interés que se realice en el menor periodo de tiempo con el fin de que mejore el servicio de educación para la población afectada. Pero tales postulados eran de tener en cuenta en el momento de redactar el proyecto, de supervisarlo y de aprobarlo, ya que, adjudicado el contrato e iniciada su ejecución, la posibilidad de modificar se enmarca en unas reglas que la convierten en excepcional, ya que confluye a partir de ahí con otros valores del ordenamiento, como la buena administración y la protección del mercado.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSION**

**ÚNICA.-** Por las razones antedichas en las consideraciones precedentes, no hay fundamento jurídico suficiente para entender que pueden levantarse los reparos formulados por el Interventor General respecto a la modificación del contrato de obras de construcción de un instituto de educación secundaria obligatoria en Pozo Estrecho (Cartagena).

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 131/08.- Resolución de discrepancias entre la Intervención General y la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación en el expediente:”Modificado obras de construcción y ampliación de 2 líneas para educación infantil y primaria en el C.P. Sagrado Corazón de Lorca (Murcia)”.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 22/07/08**

### **Extracto de Doctrina**

*NOTA: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 130/2008.*

**DICTAMEN 132/08.- Proyecto de Decreto por el que se establece el currículo del segundo ciclo de educación infantil en la CARM.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 22/07/08**

**Extracto de Doctrina**

*En esta materia, por tanto, las relaciones entre el ordenamiento estatal y el autonómico no se rigen únicamente por las generales del modelo binómico “bases más desarrollo”, que permiten a la Comunidad Autónoma el desarrollo normativo de las bases estatales con el límite sustancial de su no contradicción. En la fijación del currículo, a ese condicionante de corte negativo se añade otro de sesgo positivo, cual es la preceptiva inclusión de las enseñanzas mínimas estatales en la norma que las desarrolla, como garantía reforzada de respeto, en la medida en que han de ser asumidas e incluidas como contenido propio, formando parte integrante de la norma autonómica.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En enero de 2008 la Dirección General de Ordenación Académica elabora un borrador de Proyecto de Decreto, por el que se establece el currículo del segundo ciclo de la Educación Infantil en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**SEGUNDO.-** Con fecha 18 de enero de 2008, se incorporan al expediente los siguientes documentos:

a) Informe-propuesta de la Directora General de Ordenación Académica que expone el marco competencial en que se inserta el texto, la justificación de su necesidad y oportunidad, una síntesis de su contenido y los trámites a seguir en su elaboración. Finaliza proponiendo al Consejero la elevación del texto a la consideración del Consejo de Gobierno para su aprobación como Decreto.

b) Informe de oportunidad de la norma, firmado por la Subdirectora General de Ordenación, Evaluación y Calidad Educativa.

c) Informe sobre el impacto por razón de género, según el cual el Proyecto no contiene disposición alguna que facilite situaciones de discriminación por razón de género que afecte a los derechos e intereses legítimos de los miembros de la comunidad educativa. Tampoco genera situaciones de discriminación por razones físicas, culturales, étnicas, sociales, económicas o religiosas.

**TERCERO.-** El borrador es sometido a informe del Servicio Jurídico de la Consejería, que es emitido el 22 de enero de 2008, efectuando diversas observaciones que, sólo en parte, son incorporadas al texto.

El informe alcanza las siguientes conclusiones: a) debe incorporarse al expediente un estudio económico que no se limite a efectuar una mera declaración de carencia de gasto; b) el contenido del Proyecto es respetuoso en líneas generales con la normativa básica estatal en la materia, aunque dicha afirmación general es matizada respecto de un apartado del artículo 4 en el que se establecen concreciones limitativas ausentes en las

enseñanzas mínimas; y c) el Proyecto ha de someterse a los informes preceptivos del Consejo Escolar de la Región de Murcia, de la Dirección de los Servicios Jurídicos y de este Consejo Jurídico.

**CUARTO.-** Consta en el expediente documentación relativa al envío del texto a diversas organizaciones y entidades, para que formulen alegaciones y sugerencias. La relación de aquéllas es la que sigue:

- FSIE (Federación de Sindicatos Independientes de la Enseñanza).
- UCOMUR (Unión de Cooperativas de Murcia) y UCOERM (Unión de Cooperativas de la Enseñanza de la Región de Murcia).
- Educación y Gestión (Organización empresarial de centros educativos católicos).
- Federación Española de Religiosos de la Enseñanza (FERE).

Asimismo se dio traslado del texto a los siguientes órganos administrativos:

- Comisión Regional de Directores de Escuelas de Educación Infantil y Colegios Públicos de Educación Primaria.
- Inspección de Educación.
- Servicio de Atención a la Diversidad.
- Dirección General de Centros.
- Dirección General de Recursos Humanos.

Del mismo modo, se dio traslado del texto a las organizaciones sindicales CCOO, FETE-UGT, ANPE, STERM y SIDI.

**QUINTO.-** Formulan observaciones al texto los siguientes órganos y entidades:

- Inspección de Educación.
- Servicio de Atención a la Diversidad.
- STERM.
- Comisión Regional de Directores.

Sólo algunas de estas observaciones son incorporadas al texto, dando lugar a un nuevo borrador, el segundo, en el que también se efectúa una modificación para subsanar la advertencia de ilegalidad realizada por el Servicio Jurídico.

**SEXTO.-** El 7 de febrero, la Directora General de Ordenación Académica remite el segundo borrador del texto a la Vicesecretaría de la Consejería, indicando la asunción de algunas de las sugerencias y alegaciones efectuadas, si bien sólo efectúa una valoración crítica de las observaciones vertidas por el Servicio Jurídico de la Consejería proponente.

Se incorporan, asimismo, tres estudios económicos del coste de implantación de la futura norma, realizados por las Direcciones Generales de Ordenación Académica, de Centros, y de Recursos Humanos. Se concluye de ellos que la entrada en vigor del Decreto no generará un incremento del gasto.

**SÉPTIMO.-** El 11 de febrero, el Servicio Jurídico de la Consejería emite informe complementario favorable a las modificaciones introducidas.

**OCTAVO.-** Solicitado Dictamen al Consejo Escolar de la Región de Murcia, es emitido el 17 de abril de 2008 en sentido favorable al Proyecto, si bien formula diversas observaciones y sugerencias de cambio de redacción.

El Dictamen cuenta con el voto particular de la vocal que representa a la Universidad de Murcia, quien formula diversas enmiendas al texto, que no son aceptadas por el Pleno. Tales enmiendas se incorporan al Dictamen del Consejo Escolar.

**NOVENO.-** Las observaciones formuladas por el Órgano Consultivo son objeto de valoración en un informe de la Dirección General de Ordenación Académica, de fecha 30 de abril, que explicita las razones que mueven a su aceptación o rechazo. Serán incorporadas la mayor parte de ellas, dando lugar al tercer borrador.

**DÉCIMO.-** El 5 de mayo, la Vicesecretaría de la Consejería proponente emite informe jurídico, que es favorable al Proyecto. Indica, asimismo, la preceptividad del informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos y del presente Dictamen.

**UNDÉCIMO.-** La Dirección de los Servicios Jurídicos informa favorablemente el texto, si bien formula diversas observaciones de corte procedimental y sustantivo. Entre estas últimas y con apoyo en la doctrina de este Consejo Jurídico, ampliamente reproducida en el informe, destacan las relativas a la necesaria transcripción literal de las normas básicas incorporadas al Proyecto y a la ausencia de potestad reglamentaria del Consejero para fijar el horario que corresponde a cada área o materia y para efectuar un desarrollo normativo del futuro Decreto.

**DUODÉCIMO.-** El 20 de junio, la Dirección General de Ordenación Académica valora las observaciones formuladas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, acompañando un nuevo estudio económico que refunde los tres anteriores. Detalla asimismo el proceso de participación del profesorado en la elaboración del Proyecto.

En relación con las observaciones al contenido, afirma la incorporación literal de las enseñanzas mínimas en el Anexo de la futura norma, con la única salvedad del artículo 1.2 del Proyecto, justificando dicha excepción. Asimismo se suprime la habilitación al Consejero para establecer normas reglamentarias en materia de horarios.

**DECIMOTERCERO.-** Con fecha 20 de junio, la Directora General de Ordenación Académica remite el expediente a la Secretaría General de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, en orden a solicitar el Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia por el trámite de urgencia, que se justifica en la necesidad de que tanto el futuro Decreto como la consiguiente Orden de implantación de la etapa estén publicados en el Diario Oficial antes del comienzo del curso académico 2008-2009, en cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto 806/2006, de 30 de junio, por el que se establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo establecida por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE).

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, V.E. remitió el expediente en solicitud de Dictamen por el trámite de urgencia, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 26 de junio de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

Debe recordarse que, como ya se indicaba en la Memoria de este Órgano Consultivo del año 2000 y, entre otros, en nuestro Dictamen 160/2002, la inclusión de los proyectos de reglamentos en el citado artículo viene condicionada, esencialmente, a que vayan dirigidos a desarrollar una Ley de la Asamblea Regional o, como en el caso presente, la legislación básica del Estado, situándonos así en la categoría de los reglamentos ejecutivos, o de desarrollo o aplicación de ley. El Tribunal Supremo ha indicado, respecto de estos reglamentos, que son todos aquellos que se convierten en complemento indispensable de la norma que desarrollan, caracterizándose por el hecho de que la posibilidad de ejercer la potestad reglamentaria de la Administración viene concedida por la ley formal, dirigiéndose la intervención del órgano consultivo a velar por la observancia del principio de legalidad y del ordenamiento jurídico, revistiendo por tanto un carácter esencial que aconseja tender a una interpretación no restrictiva del término ejecución de ley, máxime cuando la omisión de la consulta, caso de ser preceptiva, determina la nulidad de pleno derecho de la disposición.

En el Proyecto sometido a consulta concurren las notas que lo caracterizan como reglamento ejecutivo de la legislación básica estatal, dado que el objeto de la norma proyectada es el establecimiento del currículo del Segundo Ciclo de la Educación Infantil en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, cumpliendo con ello el mandato establecido por el artículo 6.4 LOE. Nos encontramos, pues, con un reglamento fruto de un expreso mandato de regulación contenido en la norma básica, carácter que corresponde a la LOE en virtud de su Disposición Final Quinta.

El reglamento proyectado, además, se configura como instrumento regulador esencial del Sistema Educativo, en tanto que escalón necesario en el proceso de progresiva concreción de los elementos que lo configuran.

Finalmente, no es óbice para la consideración del Proyecto como reglamento ejecutivo, que éste sea un desarrollo directo no tanto de la citada Ley Orgánica como de un Real Decreto, el 1630/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las Enseñanzas Mínimas del Segundo Ciclo de la Educación Infantil (en adelante RD 1630/2006), dado que su carácter básico deriva no sólo de su Disposición final primera, que así lo proclama expresamente, sino también por resultar immanente a dicho Reglamento estatal, al ser el resultado del mandato que la LOE, en su artículo 6.2, efectúa al Gobierno para fijar los aspectos básicos del currículo, que constituirán las enseñanzas mínimas que garanticen una formación común y la validez de los títulos correspondientes.

Cabe, en definitiva, considerar el texto sometido a consulta como desarrollo de legislación básica estatal y el Dictamen solicitado como preceptivo.

#### **SEGUNDA.- Competencia material y habilitación normativa.**

Como ya se adelantó en la Consideración precedente, el Proyecto constituye un desarrollo directo del artículo 6.4 LOE, según el cual *“las Administraciones educativas establecerán el currículo de las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, del que formarán parte los aspectos básicos señalados en apartados anteriores...”*; y del RD 1630/2006, que establece dichos aspectos básicos y que constituyen las enseñanzas mínimas de cada etapa.

La competencia de la Administración regional para fijar el currículo del Segundo Ciclo de la Educación Infantil deriva del artículo 16 del Estatuto de Autonomía, que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución y las leyes orgánicas que lo desarrollen. Igualmente, y de forma más específica, el Real Decreto 938/1999, de 4 de junio, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de enseñanza no universitaria, en su Anexo prevé, entre las funciones que se traspasan, la aprobación del currículo de los distintos niveles, etapas, ciclos, grados y modalidades del sistema educativo, del que formarán parte, en todo caso, las enseñanzas mínimas fijadas por el Estado.

**TERCERA.- Competencia orgánica y procedimiento de elaboración del Proyecto.**

1. El Consejo de Gobierno es el órgano competente para aprobar, en su caso, el presente Proyecto, en virtud de la genérica atribución de potestad reglamentaria efectuada por el artículo 32.1 del Estatuto de Autonomía.

2. Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, si bien han de advertirse las siguientes carencias:

a) Carece el expediente de la preceptiva relación de disposiciones cuya vigencia resulte afectada por la futura norma. Aunque las disposiciones adicional segunda y derogatoria del Proyecto ilustran acerca de los efectos que la inserción del Decreto en el ordenamiento tendrá sobre otras normas hoy vigentes, el expediente debería recoger la incidencia de la futura norma sobre otras que serán desplazadas como consecuencia de la entrada en vigor de aquélla. Es el caso de las que establezcan el currículo aplicado hasta ahora en los centros de la Región de Murcia que imparten segundo ciclo de Educación Infantil y sobre las que el expediente no contiene mención alguna.

b) Tampoco puede entenderse cumplido el trámite de informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan en el nuevo Decreto, trámite que resulta preceptivo en los procedimientos de elaboración de las disposiciones de carácter general de ámbito regional tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Hombres y Mujeres y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia, que modificó, en dicho sentido, el artículo 53.1 de la Ley 6/2004.

En el expediente consta un informe que se limita a manifestar que la norma proyectada no contiene disposición alguna que facilite situaciones de discriminación por razón de género que afecte a los derechos e intereses legítimos de los miembros de la comunidad educativa. Tampoco genera situaciones de discriminación por razones físicas, culturales, étnicas, sociales, económicas o religiosas.

El trámite sólo puede entenderse cumplimentando desde un punto de vista formal y, por ende, resulta insuficiente en orden a cumplir la finalidad exigida por la Ley 6/2004 de ilustrar al órgano que ha de aprobar la norma acerca de imprevistas o indeseadas consecuencias sexistas de medidas o decisiones que, en principio, no deberían producirlas, evitando efectos negativos no intencionales que puedan favorecer situaciones de discriminación.



La utilización de esta fórmula genérica de ausencia de implicaciones de género ha sido ampliamente rechazada por este Consejo Jurídico en múltiples Dictámenes y en su Memoria del año 2007.

En el Proyecto sometido a consulta, de hecho, existe un uso del lenguaje que podría tener implicaciones de género. Así ocurre, por ejemplo, en el artículo 3, pues en cada uno de los dos apartados del precepto se utiliza la expresión “los niños y las niñas” (apartado 1) y “los niños” (apartado 2). Es evidente que la intención del redactor de la norma no es la de establecer una discriminación de género en el segundo caso, por lo que debería elegirse una forma de denominar al conjunto de los alumnos (una u otra) y homogeneizar su uso en el resto del Proyecto. Otra posibilidad que evita consideraciones o interpretaciones de género sería utilizar sustantivos neutros, como “alumnado”, cuando sea posible atendido el contexto y significado de las frases.

En cualquier caso, considera el Consejo Jurídico que, en una norma como la que es objeto de Dictamen, que tendrá un papel destacado en la formación y educación de las personas en un momento tan delicado como la primera infancia, es extremadamente importante la realización material y no sólo formal de un verdadero informe sobre impacto de género, como garantía de que el texto no contiene disposición alguna que pueda propiciar, directa o indirectamente, una discriminación por razón de género.

c) Carece el expediente de la propuesta del titular de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación al Consejo de Gobierno para la aprobación del texto como Decreto, si bien cabe entenderla formulada desde el momento en que es él quien solicita la emisión de este Dictamen.

d) No se ha incorporado al expediente una valoración crítica de las alegaciones y observaciones vertidas durante el trámite de audiencia, que justificara la asunción o rechazo de aquéllas, pues únicamente consta dicha actuación valorativa respecto de las formuladas por el Servicio Jurídico de la Consejería proponente, por la Dirección de los Servicios Jurídicos y por el Consejo Escolar.

e) Como respuesta a una consideración efectuada por la Dirección de los Servicios Jurídicos, la Dirección General de Ordenación Académica relata el proceso de elaboración de la norma, poniendo de manifiesto el carácter marcadamente participativo del mismo. Sin embargo, no han tenido reflejo en el expediente remitido al Consejo Jurídico las actuaciones de la Comisión encargada de la elaboración del primer borrador de la norma, lo que quizás hubiera podido ilustrar acerca de la justificación técnica de las opciones normativas allí acogidas.

#### **CUARTA.- La reproducción en el currículo de las enseñanzas mínimas.**

Como bien indica la Dirección de los Servicios Jurídicos, cuando el Proyecto incorpore elementos básicos del currículo, constitutivos de las enseñanzas mínimas establecidas por el Estado, su redacción debe acomodarse literalmente a la fijada por la norma básica.

Dadas las referencias ya contenidas en el expediente, no parece necesario reproducir aquí la consolidada doctrina de este Consejo Jurídico (por todos, Dictámenes 23/1998, 48 y 101/2003), deudora de la del Consejo de Estado (entre otros, Dictamen 50.261, de 10 de marzo de 1988), que pone de manifiesto los riesgos de utilizar la técnica de la “*lex repetita*” para incorporar contenidos normativos básicos al ordenamiento regional y las medidas a adoptar para minimizarlos.

Al margen de reiterar las consideraciones ya efectuadas por el órgano preinformante, respecto a la conveniencia de advertir en el texto reglamentario regional cuáles de sus contenidos tienen un origen legal o básico, y que la transcripción de las referidas normas estatales ha de hacerse de forma literal, sugerencia no asumida hasta ahora por la Dirección General promotora del Proyecto (a modo de ejemplo, los apartados 2, 3 y 4 del artículo 5 del Proyecto reproducen preceptos básicos omitiendo cualquier información acerca de su origen estatal), ha de prestarse especial atención a la peculiar naturaleza del conjunto normativo en que se insertará el futuro Decreto y a la incidencia de aquélla sobre los límites para el ejercicio de la potestad reglamentaria por la Administración regional, en orden a la aprobación del currículo.

La Exposición de Motivos de la LOE afirma que la definición y organización del currículo constituye uno de los elementos centrales del sistema educativo, definiéndolo como el “conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación de cada una de las enseñanzas” (artículo 6.1 LOE). Constituye, en definitiva, el instrumento normativo para perfilar las líneas esenciales que configuran cada enseñanza, posibilitando su adaptación a la realidad social de cada Comunidad Autónoma, mediante la atribución de su establecimiento a las respectivas Administraciones educativas.

La necesidad de reducir las diferencias regionales a una mínima unidad, que permita dotar de homogeneidad al sistema educativo, asegurando tanto una formación común a todos los ciudadanos, independientemente de la Comunidad Autónoma en la que hayan recibido las enseñanzas, como la validez en todo el territorio nacional de los títulos expedidos por las Administraciones autonómicas, determina la reserva al Gobierno de la Nación de la competencia para fijar los elementos básicos del currículo, en relación con los objetivos, competencias básicas, contenidos y criterios de evaluación (artículo 6.2 LOE). Tales elementos básicos, que constituyen las enseñanzas mínimas de cada enseñanza, “formarán parte” (artículo 6.4 LOE) de los currículos aprobados por las Administraciones educativas, que a su vez, serán desarrollados y completados por los centros docentes en uso de su autonomía.

En esta materia, por tanto, las relaciones entre el ordenamiento estatal y el autonómico no se rigen únicamente por las generales del modelo binómico “bases más desarrollo”, que permiten a la Comunidad Autónoma el desarrollo normativo de las bases estatales con el límite sustancial de su no contradicción. En la fijación del currículo, a ese condicionante de corte negativo se añade otro de sesgo positivo, cual es la preceptiva inclusión de las enseñanzas mínimas estatales en la norma que las desarrolla, como garantía reforzada de respeto, en la medida en que han de ser asumidas e incluidas como contenido propio, formando parte integrante de la norma autonómica.

Ya en el Dictamen 160/2002 calificamos los reales decretos aprobatorios de los elementos básicos del currículo como normas de mínimos, en la medida en que establecen ese mínimo común denominador propio de toda norma básica, que ofrece un cimiento único sobre el que construir las diversas regulaciones autonómicas adaptadas a la realidad regional correspondiente. En consecuencia, el Consejo Jurídico no encuentra obstáculo en que las enseñanzas mínimas sean completadas y desarrolladas por la Comunidad Autónoma, mediante el establecimiento de prescripciones no previstas en aquéllas, es decir, ampliando los contenidos, objetivos o finalidades de cada enseñanza, aunque siempre con el límite de su compatibilidad material y complementariedad respecto a los establecidos por las enseñanzas mínimas.

Ahora bien, dado que deben formar parte, necesariamente, de los currículos, lo que no puede admitirse es la omisión en éstos de algún elemento de dichas enseñanzas mínimas. Y esto es lo que ocurre en el Proyecto sometido a consulta, en los siguientes preceptos:

— El artículo 5 del Proyecto enumera las áreas en que se organiza la etapa. Deudor del 6 RD 1630/2006, sin embargo, al reproducir el artículo estatal omite la expresión “*de todo orden*” que sigue a “*espacios de aprendizajes*”.

— En el Anexo, al establecer los contenidos del Bloque 2 del Área “Conocimiento del Entorno”, al final del segundo párrafo se omite “*del nacimiento a la muerte*”.

— Asimismo, se producen omisiones al integrar las normas básicas sobre criterios de evaluación del Área “Lenguajes: Comunicación y Representación”, los cuales como se ha dicho forman parte de las enseñanzas mínimas (artículo 6.1 LOE), debiendo en consecuencia ser incorporados al currículo. Así, en el criterio de evaluación número 9, debe incluirse “*y participar*” tras la frase inicial “*mostrar interés*”; en el 13, debe añadirse el adjetivo “*artísticos*” referido a los “*diferentes lenguajes*”.

Del mismo modo, el mandato legal básico de que las enseñanzas mínimas formen parte de los currículos, refuerza la necesidad de que los contenidos normativos trasladados de la legislación estatal a la regional lo sean en su literalidad, evitando cualquier alteración o matización que, por definición, repugna al concepto de enseñanza mínima, en la medida en que su función de garantía esencial para la unidad del sistema educativo podría verse afectada. Y es que no cabe alterar su redacción, cuando al hacerlo se pierden o se introducen matices o giros de relevancia sustantiva o material y no meramente nominal o de estilo, pues al actuar así se modifica el contenido básico mismo, determinando el incumplimiento de la obligación legal de integrar las enseñanzas mínimas en el currículo.

Así ocurre, aunque la Dirección General de Ordenación Académica afirme lo contrario (folio 206 del expediente), en los siguientes preceptos del Anexo:

— En el objetivo 5 del Área “Conocimiento de sí mismo y autonomía personal”. Debe sustituirse la conjunción copulativa “*y*”, por la disyuntiva “*o*” entre los términos “*sumisión*” y “*dominio*”.

— Entre los contenidos del Bloque 1 del Área “Conocimiento del entorno”, el segundo inciso del cuarto párrafo responde al contenido básico “*interés por la clasificación de elementos y por explorar sus cualidades y grados*”, si bien la redacción del precepto estatal no se respeta, al fijar como contenido el de “*iniciación a la clasificación...*”

— También en los contenidos del Bloque 3 de la misma Área se sustituye la expresión básica “*relación equilibrada entre niños y niñas*” por la de “*relación equilibrada entre iguales*”.

Debe, en consecuencia, adecuarse la redacción de tales preceptos a la norma básica.

#### **QUINTA.- Observaciones al texto.**

##### 1. A la parte expositiva.

La Dirección General de Ordenación Académica relata, al folio 205 del expediente, el carácter participativo del procedimiento de elaboración de la norma, en el que se ha dado voz e intervención activa al profesorado, así como a otros sectores de la comunidad educativa. Considera el Consejo Jurídico que la Exposición de Motivos debería reflejar, siquiera someramente, dicha circunstancia.

2. Al articulado.

— Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

El apartado 2 define lo que se entiende por currículum, omitiendo la referencia a las competencias básicas, elemento éste que, de conformidad con el artículo 6.1 LOE, forma parte de aquél. En efecto, el indicado precepto legal establece que se entiende por currículum “*el conjunto de objetivos, competencias básicas, métodos pedagógicos y criterios de evaluación*” de cada enseñanza.

En consecuencia, debe completarse la definición de currículum.

— Artículo 6. Evaluación.

El apartado 3 se refiere a la evaluación como medio para identificar los aprendizajes adquiridos y el ritmo y características de la evolución del alumnado. Esta función se estima que deberían realizarla los maestros que intervengan en el proceso formativo del niño y no sólo el tutor, como parece indicar el precepto.

— Disposición adicional primera. Enseñanza de la Religión.

En el apartado 1 debe suprimirse la preposición “en” que antecede a la cita de la Disposición adicional única RD 1630/2006. Con ello se clarifica la remisión del régimen de las enseñanzas de religión a lo dispuesto no sólo en la LOE sino también al resto de la normativa básica reguladora de las enseñanzas de religión en la Educación Infantil, que no es otra que el propio Real Decreto de enseñanzas mínimas.

De hecho, los apartados 2 y 3 del precepto objeto de consideración reproducen parte del contenido de la Disposición adicional única RD 1630/2006, por lo que, bien se efectúa la remisión indicada, bien se incorpora el contenido básico omitido al reglamento regional.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar la norma sometida a consulta, correspondiendo su aprobación al Consejo de Gobierno, mediante Decreto.

**SEGUNDA.**- La tramitación del Proyecto ha seguido las normas que regulan el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de las carencias y omisiones advertidas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

**TERCERA.**- Tienen carácter esencial las consideraciones relativas a la reproducción en el currículum de las enseñanzas mínimas, en los términos indicados en la Consideración Cuarta, y la efectuada al artículo 1 en la Consideración Quinta.

**CUARTA.**- El resto de observaciones, de incorporarse al texto del Proyecto, contribuirían a su mayor perfección técnica y mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 133/08.- Proyecto de Decreto por el que se estable la estructura y el currículo de Bachillerato en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.****Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)****Fecha: 28/07/08****Extracto de Doctrina**

*La no inclusión de la Religión en el listado básico de materias comunes impide que la Administración regional la califique como tal, aun de forma implícita, en una norma de desarrollo de la LOE, cuyo artículo 34.6 no puede ser considerado como una norma de mínimos, sobre la que las Comunidades Autónomas pueden establecer nuevas materias. La organización misma del Bachillerato descansa en la distinción entre materias comunes, de modalidad y optativas, y en el reparto de competencias y facultades de actuación que sobre las mismas se atribuye a cada Administración. Las materias comunes, atendida su transversalidad y su carácter de basamento necesario para la adquisición de nuevos conocimientos (artículo 6.1 RD 1467/2007), están íntimamente conectadas con la consecución de los objetivos del Bachillerato, por lo que la consideración de una materia como común es propia del momento de definición de las líneas maestras de la etapa, es decir, constituye una decisión materialmente básica que corresponde efectuar al legislador que, en este extremo, no efectúa habilitación reglamentaria alguna, ni siquiera al Gobierno de la Nación.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En febrero de 2008 la Dirección General de Ordenación Académica elabora un borrador de Proyecto de Decreto, por el que se establece la estructura y el currículo del Bachillerato en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**SEGUNDO.-** Con fecha 22 de febrero de 2008, se incorporan al expediente los siguientes documentos:

a) Informe-propuesta de la Directora General de Ordenación Académica, que expone el marco competencial en que se inserta el texto, la justificación de su necesidad y oportunidad, una síntesis de su contenido y los trámites a seguir en su elaboración. Finaliza proponiendo al Consejero la elevación del texto a la consideración del Consejo de Gobierno para su aprobación como Decreto.

b) Informe de oportunidad de la norma, firmado por la Subdirectora General de Ordenación, Evaluación y Calidad Educativa.

c) Informe sobre el impacto por razón de género, según el cual el Proyecto no contiene disposición alguna que facilite situaciones de discriminación por razón de género que afecte a los derechos e intereses legítimos de los miembros de la comunidad educativa. Tampoco genera situaciones de discriminación por razones físicas, culturales, étnicas, sociales, económicas o religiosas.

**TERCERO.-** El borrador es sometido a informe del Servicio Jurídico de la Consejería, que es emitido el 22 de enero de 2008, efectuando diversas observaciones que, sólo en parte, son incorporadas al texto.

El informe alcanza las siguientes conclusiones: a) debe incorporarse al expediente un estudio económico que no se limite a efectuar una mera declaración de carencia de gasto; b) el Proyecto ha de someterse a los informes preceptivos del Consejo Escolar de la Región de Murcia, de la Dirección de los Servicios Jurídicos y de este Consejo Jurídico; c) el contenido del Proyecto es respetuoso en líneas generales con la normativa básica estatal en la materia; d) determinados preceptos efectúan inadmisibles habilitaciones reglamentarias a favor del Consejero; y e) se realiza un inadecuado uso de la técnica “lex repetita”.

**CUARTO.-** Solicitado Dictamen al Consejo Escolar de la Región de Murcia, es emitido el 5 de mayo de 2008 en sentido favorable al Proyecto, si bien formula diversas observaciones y sugerencias de cambio de redacción, que sólo parcialmente serán incorporadas al texto, elaborando un segundo borrador.

Acompañan al Dictamen 13 enmiendas al texto, formuladas por la representante de la Universidad de Murcia, que no son aceptadas por el Pleno y la contestación que a una de tales enmiendas ofrece el redactor de uno de los currículos afectados por aquéllas.

**QUINTO.-** Las observaciones formuladas por el Órgano Consultivo son objeto de valoración en un informe de la Dirección General de Ordenación Académica, de fecha 19 de mayo, que explicita las razones que mueven al rechazo de las no admitidas. Serán incorporadas la mayor parte de ellas.

**SEXTO.-** El 19 de mayo, la Directora General de Ordenación Académica remite el segundo borrador del texto a la Vicesecretaría de la Consejería, en orden a solicitar el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, acompañando una justificación de la urgencia del Proyecto.

Se incorporan, asimismo, tres estudios económicos del coste de implantación de la futura norma, realizados por las Direcciones Generales de Ordenación Académica, de Centros, y de Recursos Humanos. Se concluye de ellos que la entrada en vigor del Decreto generará un incremento del gasto de 77.795,44 euros para el año 2008 y de 291.562,51 euros para el 2009, como consecuencia de la necesidad de incrementar la ratio profesor/unidad escolar, derivada del nuevo currículo.

La Dirección General de Recursos Humanos, por su parte, contabiliza el coste económico en personal de la implantación del nuevo currículo en 233.725 euros en 2008; 905.096 euros en 2009; y 1.312.938 euros en 2010.

**SÉPTIMO.-** El 13 de marzo, la Vicesecretaría de la Consejería proponente emite informe jurídico, que es favorable al Proyecto. Indica, asimismo, la preceptividad del informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos y del presente Dictamen.

**OCTAVO.-** Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, es emitido el 20 de junio de 2008, en sentido favorable al texto, si bien formula diversas observaciones de corte procedimental y sustantivo. Entre estas últimas y con apoyo en la doctrina de este Consejo Jurídico, ampliamente reproducida en el informe, destacan las relativas a la necesaria transcripción literal de las normas básicas incorporadas al Proyecto y a la ausencia de potestad reglamentaria del Consejero para regular las materias optativas, fijar el horario que corresponde a cada área o materia y, en general, para efectuar un desarrollo normativo del futuro Decreto.

**NOVENO.-** El 30 de junio, la Dirección General de Ordenación Académica valora las observaciones formuladas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, acompañando un nuevo estudio económico que refunde los tres anteriores, ilustrando acerca del coste económico de la implantación de las nuevas enseñanzas del Bachillerato durante los ejercicios 2008 a 2010, tanto para los centros públicos como para los concertados. Detalla asimismo el proceso de participación del profesorado en la elaboración del Proyecto.

En relación con las observaciones al contenido, afirma la incorporación literal de las enseñanzas mínimas en el Anexo de la futura norma. Asimismo se cambia la redacción de algunos preceptos para evitar la habilitación reglamentaria al Consejero, excepto en relación con las condiciones para el cambio de vía o modalidad, que se califica de aspecto estrictamente organizativo.

**DÉCIMO.-** Con fecha 1 de julio, la Directora General de Ordenación Académica remite el expediente a la Secretaría General de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, en orden a solicitar el Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia por el trámite de urgencia, que se justifica en la necesidad de que tanto el futuro Decreto como la consiguiente Orden de implantación de la etapa estén publicados en el Diario Oficial antes del comienzo del curso académico 2008-2009, en cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto 806/2006, de 30 de junio, por el que se establece el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo establecida por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE).

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos índice de documentos y extracto de secretaría, V.E. remitió el expediente en solicitud de Dictamen por el trámite de urgencia, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 8 de julio de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

Debe recordarse que, como ya se indicaba en la Memoria de este Órgano Consultivo del año 2000 y, entre otros, en nuestro Dictamen 160/2002, la inclusión de los proyectos de reglamentos en el citado artículo viene condicionada, esencialmente, a que vayan dirigidos a desarrollar una Ley de la Asamblea Regional o, como en el caso presente, la legislación básica del Estado, situándonos así en la categoría de los reglamentos ejecutivos, o de desarrollo o aplicación de ley. El Tribunal Supremo ha indicado, respecto de estos reglamentos, que son todos aquellos que se convierten en complemento indispensable de la norma que desarrollan, caracterizándose por el hecho de que la posibilidad de ejercer la potestad reglamentaria de la Administración viene concedida por la ley formal, dirigiéndose la intervención del órgano consultivo a velar por la observancia del principio de legalidad y del ordenamiento jurídico, revistiendo por tanto un carácter esencial que aconseja tender a una interpretación no restrictiva del término ejecución de ley, máxime cuando la omisión de la consulta, caso de ser preceptiva, determina la nulidad de pleno derecho de la disposición.

En el Proyecto sometido a consulta concurren las notas que lo caracterizan como reglamento ejecutivo de la legislación básica estatal, dado que el objeto de la norma proyectada es el establecimiento del currículo del Bachillerato en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, cumpliendo con ello el mandato establecido por el artículo 6.4 LOE. Nos encontramos, pues, con un reglamento fruto de un expreso mandato de regulación contenido en la norma básica, carácter que corresponde a la LOE en virtud de su Disposición final quinta.

El reglamento proyectado, además, se configura como instrumento regulador esencial del Sistema Educativo, en tanto que escalón necesario en el proceso de progresiva concreción de los elementos que lo configuran.

Finalmente, no es óbice para la consideración del Proyecto como reglamento ejecutivo, que éste sea un desarrollo directo no tanto de la citada Ley Orgánica como de un Real Decreto, el 1467/2007, de 2 de noviembre, por el que se establece la estructura del Bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas (en adelante RD 1467/2007), dado que su carácter básico deriva no sólo de su Disposición final segunda, que así lo proclama (salvo tres preceptos que son expresamente excluidos de tal carácter), sino también por resultar inmanente a dicho Reglamento estatal, al ser el resultado del mandato que la LOE, en su artículo 6.2, efectúa al Gobierno para fijar los aspectos básicos del currículo, que constituirán las enseñanzas mínimas que garanticen una formación común y la validez de los títulos correspondientes.

Cabe, en definitiva, considerar el texto sometido a consulta como desarrollo de legislación básica estatal y el Dictamen solicitado como preceptivo.

#### **SEGUNDA.- Competencia material y habilitación normativa.**

Como ya se adelantó en la Consideración precedente, el Proyecto constituye un desarrollo directo del artículo 6.4 LOE, según el cual *“las Administraciones educativas establecerán el currículo de las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, del que formarán parte los aspectos básicos señalados en apartados anteriores...”*; y del RD 1467/2007, que establece dichos aspectos básicos y que constituyen las enseñanzas mínimas de la etapa.

La competencia de la Administración regional para fijar el currículo del Bachillerato deriva del artículo 16 del Estatuto de Autonomía, que atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución y las leyes orgánicas que lo desarrollen. Igualmente, y de forma más específica, el Real Decreto 938/1999, de 4 de junio, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de enseñanza no universitaria, en su Anexo prevé, entre las funciones que se traspasan, la aprobación del currículo de los distintos niveles, etapas, ciclos, grados y modalidades del sistema educativo, del que formarán parte, en todo caso, las enseñanzas mínimas fijadas por el Estado.

Esta afirmación de competencia material autonómica para regular el Bachillerato ha de matizarse en relación con dos extremos de la regulación propuesta: la estructura de la etapa y las materias comunes.

##### **1. La estructura del Bachillerato.**

Con el basamento competencial del artículo 149.1.1ª y 30ª de la Constitución, la LOE estructura el Bachillerato como una etapa educativa de dos cursos académicos, a la que



se accede después de haber finalizado la Educación Secundaria Obligatoria, y que, por lo mismo, no tiene carácter obligatorio. Se compone, siempre según la Ley Orgánica, de tres modalidades: Artes; Ciencias y Tecnología; y Humanidades y Ciencias Sociales (art. 34.1 LOE), dentro de las cuales es posible establecer vías específicas, que faciliten una especialización de los alumnos para su incorporación a los estudios posteriores o a la vida activa (art. 34.4).

Esta estructura primaria en cursos y modalidades se complementa con las previsiones del artículo 34.3 LOE, que reserva al Gobierno de la Nación, previa consulta a las Comunidades Autónomas, la fijación de *“la estructura de las modalidades, las materias específicas de cada modalidad y el número de estas materias que pueden cursar los alumnos”*.

En ejercicio de dicha habilitación reglamentaria, se dicta el RD 1467/2007, que, en su artículo 5 y bajo el epígrafe “estructura”, recoge la predeterminada por la LOE (modalidades y organización de la etapa en materias comunes, de modalidad y optativas) y establece las vías dentro de la modalidad de artes.

En sentido estricto, ésta es la estructura de la etapa, entendida como la distribución y orden de sus partes principales, sobre la que las Administraciones educativas podrán adicionar criterios organizativos conforme a los cuales pueda limitarse la elección de materias y vías por parte de los alumnos (art. 34.4, *in fine*) -extremo en el que el Proyecto se limita a efectuar un reenvío a la fijación de tales criterios por la Consejería- y la ordenación de las materias optativas (art. 34.7).

Así pues, tanto la LOE como el RD 1467/2007, resultado de la habilitación reglamentaria prevista en el artículo 34.3 LOE, agotan la regulación de la estructura de la etapa, que es una materia sustancialmente básica. No es correcto, en consecuencia, que el título de la futura norma anuncie como objeto de su regulación *“la estructura y el currículo”* del Bachillerato, y ello aunque contenga un artículo, el 6, que, bajo el epígrafe “estructura”, se limita a reproducir las normas básicas estatales contenidas en el artículo 34 LOE y 5 RD 1467/2007, por lo que ninguna normación propia establece, más allá de la atribución a la Consejería proponente de las facultades que, de conformidad con tales preceptos estatales, corresponden a las Administraciones educativas.

En consecuencia, y en orden a evitar interpretaciones irrespetuosas con el reparto competencial expuesto, el título o denominación del Proyecto debería modificarse, eliminando la referencia a la estructura del Bachillerato.

## 2. La consideración de la Religión como materia común.

El artículo 7 del Proyecto reproduce la regulación básica sobre materias comunes del Bachillerato, distribuyéndolas en los dos cursos en que se organiza la etapa. El apartado 3 dispone que la materia de Religión se impartirá en primer curso y se ajustará a lo establecido en la Disposición adicional del Proyecto. Nada hay que objetar a dicha regulación, salvo su ubicación sistemática en el precepto destinado a la regulación de las materias comunes, lo que lleva a interpretar que la Religión es una materia común.

La Religión, aun cuando se impartan sus enseñanzas en todas las modalidades del Bachillerato, no puede ser considerada “materia común” en sentido técnico, pues la LOE no la establece como tal. El artículo 34.6 de la Ley Orgánica establece, de forma categórica, que *“las materias comunes del bachillerato serán las siguientes:”* no constando la materia de Religión en la enumeración que sigue.

La no inclusión de la Religión en el listado básico de materias comunes impide que la Administración regional la califique como tal, aun de forma implícita, en una norma de desarrollo de la LOE, cuyo artículo 34.6 no puede ser considerado como una norma de mínimos, sobre la que las Comunidades Autónomas pueden establecer nuevas materias. La organización misma del Bachillerato descansa en la distinción entre materias comunes, de modalidad y optativas, y en el reparto de competencias y facultades de actuación que sobre las mismas se atribuye a cada Administración. Las materias comunes, atendida su transversalidad y su carácter de basamento necesario para la adquisición de nuevos conocimientos (artículo 6.1 RD 1467/2007), están íntimamente conectadas con la consecución de los objetivos del Bachillerato, por lo que la consideración de una materia como común es propia del momento de definición de las líneas maestras de la etapa, es decir, constituye una decisión materialmente básica que corresponde efectuar al legislador que, en este extremo, no efectúa habilitación reglamentaria alguna, ni siquiera al Gobierno de la Nación. Al respecto, el reglamento de estructura y enseñanzas mínimas del Bachillerato se limita a reproducir las materias comunes establecidas por el precepto legal y a establecer cuáles de ellas habrán de impartirse en segundo de bachillerato.

El tratamiento que las normas básicas dan a la Religión es particular, en la medida en que queda al margen de toda calificación como materia obligatoria, de modalidad u optativa, en ninguna de las cuales encuentra acomodo su singular régimen, establecido en la Disposición adicional segunda LOE y RD 1467/2007.

En consecuencia, la regla contenida en el artículo 7.3 del Proyecto, relativa a la impartición de la Religión en primer curso, debe trasladarse a su Disposición adicional segunda.

**TERCERA.- Competencia orgánica y procedimiento de elaboración del Proyecto.**

1. El Consejo de Gobierno es el órgano competente para aprobar, en su caso, el presente Proyecto, en virtud de la genérica atribución de potestad reglamentaria efectuada por el artículo 32.1 del Estatuto de Autonomía.

2. Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, si bien han de advertirse las siguientes carencias:

a) Carece el expediente de la preceptiva relación de disposiciones cuya vigencia resulte afectada por la futura norma, si bien las disposiciones transitoria única y derogatoria del Proyecto ilustran acerca de los efectos que la inserción del Decreto en el ordenamiento tendrá sobre otras normas hoy vigentes.

b) Tampoco puede entenderse cumplido el trámite de informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan en el nuevo Decreto, trámite que resulta preceptivo en los procedimientos de elaboración de las disposiciones de carácter general de ámbito regional tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Hombres y Mujeres y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia, que modificó, en dicho sentido, el artículo 53.1 de la Ley 6/2004.

En el expediente consta un informe que se limita a manifestar que la norma proyectada no contiene disposición alguna que facilite situaciones de discriminación por razón de género que afecte a los derechos e intereses legítimos de los miembros de la comunidad

educativa. Tampoco genera situaciones de discriminación por razones físicas, culturales, étnicas, sociales, económicas o religiosas.

El trámite sólo puede entenderse cumplimentando desde un punto de vista formal y, por ende, resulta insuficiente en orden a cumplir la finalidad exigida por la Ley 6/2004 de ilustrar al órgano que ha de aprobar la norma acerca de imprevistas o indeseadas consecuencias sexistas de medidas o decisiones que, en principio, no deberían producirlas, evitando efectos negativos no intencionales que puedan favorecer situaciones de discriminación.

La utilización de esta fórmula genérica de ausencia de implicaciones de género ha sido ampliamente rechazada por este Consejo Jurídico en múltiples Dictámenes y en su Memoria del año 2007.

Considera el Consejo Jurídico que, en una norma como la que es objeto de Dictamen, que persigue favorecer la madurez humana de los jóvenes (art. 3.1 del Proyecto) y que cuenta entre sus objetivos básicos con el de fomentar la igualdad efectiva de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres (art. 5.1, letra c) del Proyecto), es extremadamente importante la realización material, y no sólo formal, de un verdadero informe sobre impacto de género, como garantía de que el texto no contiene disposición alguna que pueda propiciar, directa o indirectamente, una discriminación por razón de género.

c) Carece el expediente de la propuesta del titular de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación al Consejo de Gobierno para la aprobación del texto como Decreto, si bien cabe entenderla formulada desde el momento en que es él quien solicita la emisión de este Dictamen.

d) A los folios 813 a 1109 consta el que es calificado, en el índice de documentos y en el extracto de secretaría, como último texto del Proyecto, considerando el Consejo Jurídico que sobre él versa la consulta, toda vez que se ha omitido efectuar un diligenciado del texto que permitiera entenderlo como copia autorizada del texto definitivo de Proyecto, en los términos exigidos por el artículo 46.2 del Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

e) Como respuesta a una consideración efectuada por la Dirección de los Servicios Jurídicos, la Dirección General de Ordenación Académica relata el proceso de elaboración de la norma, poniendo de manifiesto el carácter marcadamente participativo del mismo. Sin embargo, no han tenido reflejo en el expediente remitido al Consejo Jurídico las actuaciones de la Comisión encargada de la elaboración del primer borrador de la norma, lo que quizás hubiera podido ilustrar acerca de la justificación técnica de las opciones normativas allí acogidas.

#### **CUARTA.- La reproducción en el currículo de las enseñanzas mínimas.**

Como bien indican el Servicio Jurídico de la Consejería proponente y la Dirección de los Servicios Jurídicos, cuando el Proyecto incorpore elementos básicos del currículo, constitutivos de las enseñanzas mínimas establecidas por el Estado, su redacción debe acomodarse literalmente a la fijada por la norma básica.

Dadas las referencias ya contenidas en el expediente, no parece necesario reproducir aquí la consolidada doctrina de este Consejo Jurídico (por todos, Dictámenes 23/1998, 48 y 101/2003), deudora de la del Consejo de Estado (entre otros, Dictamen 50.261, de 10 de marzo de 1988), que pone de manifiesto los riesgos de utilizar la técnica de la “*lex repetita*”

para incorporar contenidos normativos básicos al ordenamiento regional y las medidas a adoptar para minimizarlos.

Han de reiterarse, asimismo, las consideraciones ya efectuadas por los órganos pre-informantes, respecto a la conveniencia de advertir en el texto reglamentario regional cuáles de sus contenidos tienen un origen legal o básico, sugerencia no asumida hasta ahora por la Dirección General promotora del Proyecto, pues, a modo de ejemplo, los apartados 2 y 3 del artículo 10 del Proyecto trasladan al ámbito regional reglas contenidas en sendos preceptos básicos (artículo 35.1 y 2 LOE) omitiendo cualquier información acerca de su origen estatal. Así ocurre también con el artículo 3.2, el cual, atendido su contenido, más allá de ser ejemplo de una incorrecta técnica normativa, constituye una potencial inconstitucionalidad, toda vez que incide en la competencia estatal en materia de determinación de las condiciones de obtención de los títulos académicos, del artículo 149.1.30ª CE.

La trascendencia de las consideraciones expuestas radica en la peculiar naturaleza del conjunto normativo en que se insertará el futuro Decreto y en la incidencia de aquélla sobre los límites para el ejercicio de la potestad reglamentaria por la Administración regional, en orden a la aprobación del currículo.

La Exposición de Motivos de la LOE afirma que la definición y organización del currículo constituye uno de los elementos centrales del sistema educativo, definiéndolo como el “conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación de cada una de las enseñanzas” (artículo 6.1 LOE). Constituye, en definitiva, el instrumento normativo para perfilar las líneas esenciales que configuran cada enseñanza, posibilitando su adaptación a la realidad social de cada Comunidad Autónoma, mediante la atribución de su establecimiento a las respectivas Administraciones educativas.

La necesidad de reducir las diferencias regionales a una mínima unidad, que permita dotar de homogeneidad al sistema educativo, asegurando tanto una formación común a todos los ciudadanos, independientemente de la Comunidad Autónoma en la que hayan recibido las enseñanzas, como la validez en todo el territorio nacional de los títulos expedidos por las Administraciones autonómicas, determina la reserva al Gobierno de la Nación de la competencia para fijar los elementos básicos del currículo, en relación con los objetivos, competencias básicas, contenidos y criterios de evaluación (artículo 6.2 LOE). Tales elementos básicos, que constituyen las enseñanzas mínimas de cada enseñanza, “formarán parte” (artículo 6.4 LOE) de los currículos aprobados por las Administraciones educativas que, a su vez, serán desarrollados y completados por los centros docentes en uso de su autonomía.

En esta materia, por tanto, las relaciones entre el ordenamiento estatal y el autonómico no se rigen únicamente por las generales del modelo binómico “bases más desarrollo”, que permiten a la Comunidad Autónoma el desarrollo normativo de las bases estatales con el límite sustancial de su no contradicción. En la fijación del currículo, a ese condicionante de corte negativo se añade otro de sesgo positivo, cual es la preceptiva inclusión de las enseñanzas mínimas estatales en la norma que las desarrolla, como garantía reforzada de respeto, en la medida en que han de ser asumidas e incluidas como contenido propio, formando parte integrante de la norma autonómica.

Ya en el Dictamen 160/2002 calificamos los reales decretos aprobatorios de los elementos básicos del currículo como normas de mínimos, en la medida en que establecen ese

mínimo común denominador propio de toda norma básica, que ofrece un cimiento único sobre el que construir las diversas regulaciones autonómicas adaptadas a la realidad regional correspondiente. En consecuencia, el Consejo Jurídico no encuentra obstáculo en que las enseñanzas mínimas sean completadas y desarrolladas por la Comunidad Autónoma, mediante el establecimiento de prescripciones no previstas en aquéllas, es decir, ampliando los contenidos, objetivos o finalidades de cada enseñanza, aunque siempre con el límite de su compatibilidad material y complementariedad respecto a los establecidos por las enseñanzas mínimas.

Ahora bien, dado que deben formar parte, necesariamente, de los currículos, lo que no puede admitirse es la omisión en éstos de algún elemento de dichas enseñanzas mínimas. Del mismo modo, el mandato legal básico de que estas enseñanzas formen parte de los currículos, refuerza la necesidad de que los contenidos normativos trasladados de la legislación estatal a la regional lo sean en su literalidad, evitando cualquier alteración o matización que, por definición, repugna al concepto de enseñanza mínima, en la medida en que su función de garantía esencial para la unidad del sistema educativo podría verse afectada. Y es que no cabe alterar su redacción, cuando al hacerlo se pierden o se introducen matices o giros de relevancia sustantiva o material y no meramente nominal o de estilo, pues al actuar así se modifica el contenido básico mismo, determinando el incumplimiento de la obligación legal de integrar las enseñanzas mínimas en el currículo.

Así ocurre, aunque la Dirección General de Ordenación Académica afirme lo contrario (folio 815 del expediente), en diversos pasajes del Anexo. A modo de ejemplo, en los contenidos de la materia “Historia de España”, en el bloque destinado al estudio de la construcción y consolidación del Estado liberal, mientras que la norma básica exige el tratamiento de la “*Revolución liberal en el reinado de Isabel II. Carlismo y guerra civil. Construcción y evolución del Estado liberal*”, el Proyecto “incorpora” este contenido básico como “*El reinado de Isabel II. La oposición al liberalismo: las guerras carlistas. La cuestión foral*”.

Debe, en consecuencia, efectuarse una revisión general del Anexo I para adecuar la redacción de los elementos del currículo incorporados desde la norma básica a la de ésta, sin omisiones ni alteraciones, pues son incompatibles con el concepto de enseñanzas mínimas.

#### **QUINTA.- Observaciones particulares al texto.**

##### **1. A la parte expositiva.**

La Dirección General de Ordenación Académica relata, al folio 815 del expediente, el carácter participativo del procedimiento de elaboración de la norma, en el que se ha dado voz e intervención activa al profesorado, así como a otros sectores de la comunidad educativa. Considera el Consejo Jurídico que la Exposición de Motivos debería reflejar, siquiera someramente, dicha circunstancia.

##### **2. Al articulado.**

— Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación.

El apartado 2 define lo que se entiende por currículo, omitiendo la referencia a las competencias básicas, elemento éste que, de conformidad con el artículo 6.1 LOE, forma parte de aquél. En efecto, el indicado precepto legal establece que se entiende por currículo “*el conjunto de objetivos, competencias básicas, métodos pedagógicos y criterios de evaluación*” de cada enseñanza.

En consecuencia, debe completarse la definición de currículo.

— Artículo 8. Materias de modalidad.

Como ya se dijo, el artículo 34.3 LOE deja al Gobierno la determinación del número de materias específicas de modalidad que deben cursar los alumnos, habilitación reglamentaria que se hace efectiva en el artículo 7.5 RD 1467/2007, al disponer que los alumnos “*deberán cursar en el conjunto de los dos cursos del Bachillerato un mínimo de seis materias de modalidad, de las cuales al menos cinco deberán ser de la modalidad elegida*”.

El Proyecto, por su parte, incorpora esta regla en su artículo 8.3, pero lo hace de forma incompleta, pues únicamente dispone que los alumnos habrán de cursar en el conjunto del Bachillerato seis materias de modalidad, omitiendo el último inciso que exige que al menos cinco de ellas sean de la modalidad elegida.

Esta omisión, que no ha merecido justificación alguna en el expediente, no puede ser interpretada en el sentido de que la Comunidad Autónoma puede establecer exigencias diferentes en cuanto al número de materias específicas de cada modalidad han de cursar los alumnos, pues el carácter básico de la regla omitida y la ausencia de competencia de la Comunidad Autónoma para alterar la organización de las modalidades del Bachillerato, determinan que aquélla sea, a pesar de ello, de aplicación en el ámbito regional.

Ahora bien, dado que se opta por integrar la disposición básica en la norma autonómica, ésta debe trasladarla en su integridad, evitando cercenarla. De esta forma se excluiría cualquier interpretación incompatible con el reparto competencial existente en la materia y que ya fue expuesto *ut supra*.

— Artículo 10. Currículo.

Dispone su apartado 1 que “los centros docentes desarrollarán y completarán, *en su caso*, mediante las programaciones docentes” el currículo de las materias del Bachillerato. La inserción en el texto de la indeterminada expresión “*en su caso*”, acorde con la redacción del artículo 6.4 LOE, que también la recoge para los currículos de cualesquiera etapa, sólo puede interpretarse como la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, las programaciones docentes de los centros no concreten y completen los currículos.

No obstante, la norma que de manera específica establece el currículo para el Bachillerato, en desarrollo de la LOE, el RD 1467/2007, ya suprime la expresión “*en su caso*”, cuando en su artículo 9.4 dispone categóricamente que “los centros desarrollarán y completarán el currículo del Bachillerato establecido por las Administraciones educativas...”.

En consecuencia, el artículo 10.1 del Proyecto debe ajustarse a la norma básica reglamentaria, que, en cuanto concreción específica para la etapa de la norma contenida en el artículo 6.4 LOE, no la contradice, sino que la precisa y desarrolla, al considerar que, si bien en otras etapas o circunstancias es posible que los centros no desarrollen y completen en sus programaciones docentes los currículos de la correspondiente enseñanza, no ocurre lo mismo con el del Bachillerato, en el que se excluye tal posibilidad.

### **3. A la parte final.**

— Disposición adicional segunda. Enseñanza de la Religión.

El apartado 2 dispone que se garantizará que “al inicio de la etapa” se pueda optar por recibir o no enseñanzas de Religión.

La Disposición adicional tercera, 2, RD 1467/2007, sin embargo, impone a las administraciones educativas el deber de garantizar que dicha opción pueda efectuarse al inicio del curso, es decir, ya sea al comenzar la etapa, ya al comienzo del segundo curso o, incluso, podría llegar a interpretarse que, en el caso de los alumnos que por obtener evaluación negativa en cuatro asignaturas o más se ven obligados a repetir curso, la opción podría efectuarse al inicio de cada curso académico. Es obvio que dicha exigencia no se cumple con la previsión del Proyecto, que limita las posibilidades de opción del alumnado o de sus representantes legales a una única vez, al comienzo de la etapa.

El recto entendimiento de la norma básica impone que al inicio de cada curso pueda optarse por recibir o no enseñanzas de Religión, por lo que la futura norma regional debe respetar dicha regla.

— Disposición transitoria única. Calendario de implantación.

La referencia a la norma básica debería completarse con la del concreto precepto (artículo 15) que establece la norma trasladada al Proyecto.

#### **4. A los Anexos.**

— Anexo III. Materias de segundo curso cuya evaluación final está condicionada a la superación de la materia de primer curso.

Este Anexo tiene su razón de ser en la previsión contenida en el artículo 8.4 del Proyecto, deudor a su vez del 7.6 RD 1467/2007, en cuya virtud las materias de modalidad que requieran conocimientos incluidos en otras materias sólo podrán cursarse tras haber superado las materias previas con las que se vinculan, conforme a lo establecido en el Anexo III, o haber acreditado los conocimientos necesarios.

El Anexo no recoge únicamente materias de modalidad, sino también algunas materias comunes y optativas, en cuyos artículos reguladores —7 y 9, respectivamente—, no se efectúa previsión alguna acerca del condicionamiento de la evaluación final de dichas asignaturas a la superación de las vinculadas de primer curso ni, en consecuencia, remisión alguna al Anexo III, lo que debería ser corregido.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Con las matizaciones efectuadas en la Consideración Segunda de este Dictamen, la Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar la norma sometida a consulta, correspondiendo su aprobación al Consejo de Gobierno, mediante Decreto.

**SEGUNDA.**- La tramitación del Proyecto ha seguido las normas que regulan el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de las carencias y omisiones advertidas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

**TERCERA.**- Tienen carácter esencial las consideraciones relativas a los siguientes extremos:

— La configuración de la Religión como una materia común, de conformidad con la Consideración Segunda de este Dictamen.

— La reproducción en el currículo de las enseñanzas mínimas, según lo indicado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

— Las observaciones relativas al artículo 1.2 y a la Disposición adicional segunda del Proyecto, en los términos expresados en la Consideración Quinta de este Dictamen.

**CUARTA.-** El resto de observaciones, de incorporarse al texto del Proyecto, contribuirían a su mayor perfección técnica y mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 134/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de la Federación de Municipios de la Región de Murcia, como consecuencia de los daños ocasionados por la declaración del cierre del PRODER.**

**Consultante: Consejera de Hacienda y Administración Pública (2007)**

**Fecha: 28/07/08**

**Extracto de Doctrina**

*La jurisprudencia excluye una interpretación rigorista de la prescripción al tratarse de una institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento restrictivo y, por lo que a la determinación “dies a quo” del plazo de prescripción se refiere, no siempre puede concretarse con facilidad y es preciso atender a las circunstancias del caso concreto.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** La Federación de Municipios de la Región de Murcia (FMRM) presentó reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Hacienda y Administración Pública el 11 de mayo de 2007, solicitando ser indemnizada en la cantidad de 147.352,57 euros. Razona su petición en que el Ministerio de Economía y Hacienda abonó a la Federación de Municipios de la Región de Murcia, como cierre de las subvenciones europeas Feder (programa operativo de desarrollo, proder) una cantidad inferior a la inicialmente aprobada, todo ello a consecuencia de los informes (definitivos y complementario a la declaración final) emitidos por la Intervención General de la Comunidad Autónoma sobre deficiencias detectadas en los controles financieros realizados a los expedientes 4.40.44034 y 4.40.44035 de dicho programa. La reclamación se formula por la FMRM en su calidad de Grupo de Acción Local gestor de las ayudas.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y designado instructor, éste solicitó de la Dirección General de Regadíos y Desarrollo Rural la documentación que obraba en tales oficinas relacionada con dicho expediente, así como la que estaba en poder del Servicio de Control Financiero de la Intervención General (Declaración de cierre del programa proder,



suscrita por el Interventor General, con su informe complementario, y los informes provisionales y definitivos de control financiero).

**TERCERO.-** Admitida la proposición de prueba de la reclamante, el instructor, mediante providencia de 17 de julio de 2007 resolvió sobre tal petición acordando la apertura del periodo para su práctica y justificando las rechazadas, lo que se notificó debidamente.

**CUARTO.-** El Servicio de Control Financiero de la Intervención General emitió el 24 de julio de 2007 el informe señalado por el artículo 10 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial (RRP). Indica que la reclamación es extemporánea, al producirse con posterioridad al año del hecho lesivo, considerando como tal la liquidación de fondos FEDER practicada a la reclamante el 14 de marzo de 2003. Añade a ello que el informe complementario a la declaración final, señalado por la reclamante como causa del daño, se encuentra regulado en el artículo 8 del Reglamento CEE 2064/97 de la Comisión, de 15 de octubre de 1997, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento CEE 4253/88, del Consejo, en lo relativo al control financiero por los estados miembros de las operaciones cofinanciadas por los fondos estructurales. El destinatario es la Comisión Europea, y se trata de un informe en el que se debe indicar que la declaración final de gasto y la solicitud del saldo de la ayuda comunitaria no contienen errores materiales y han sido suficientes los controles realizados, conforme requiere el artículo 3 del Reglamento CEE 2064/97. Dicho documento no tiene efectos sobre la liquidación de fondos que debe efectuar la Comisión Europea por sus propios medios frente al Estado miembro. Continúa el Servicio de Control financiero exponiendo que en el informe complementario a la declaración final figuran las irregularidades detectadas en los expedientes 4.40.44034 y 4.40.44035 con motivo del control financiero efectuado en noviembre de 2002, consistentes en la necesidad de iniciar procedimiento de reintegro de la ayuda recibida por el beneficiario. También destaca que, conforme a las cláusulas décima y decimotercera del Convenio relativo a la aplicación del Programa de Desarrollo y Diversificación Económica de las zonas rurales del objetivo 1, le corresponde a la FMRM la responsabilidad de detectar y recuperar los fondos sujetos a cualquier tipo de irregularidad, ejercitando los procedimientos de reintegro frente a los beneficiarios.

**QUINTO.-** Conferido trámite de audiencia, el representante de la FMRM compareció y, una vez visto el expediente, formuló alegaciones el 24 de octubre de 2007, destacando que el cómputo del plazo de prescripción no debe iniciarse hasta que la acción pueda ejercitarse, lo que ocurre en este caso, según se dice, el 11 de mayo de 2006, cuando la reclamante tiene conocimiento del informe complementario a la declaración final.

**SEXTO.-** Mediante diligencia del instructor se incorporó al procedimiento un escrito remitido por la Dirección de los Servicios Jurídicos el 26 de octubre de 2007, dando cuenta de que la mercantil --, S.L., se había querellado por estafa contra el administrador único de las sociedades beneficiarias de los expedientes 4.40.44034 y 4.40.44035 del programa Proder, refiriéndose las diligencias previas penales a las obras financiadas con las subvenciones concedidas por la FMRM y que fueron objeto de la deducción en el saldo abonado a la misma, deducción que le originó el daño por el que se reclama frente a la Consejería de Hacienda y Administración Pública.

**SÉPTIMO.-** La propuesta de resolución concluye en la desestimación de lo pretendido al considerar que la reclamación se ha formulado fuera del plazo de un año y, por tanto, una vez prescrita la acción. Basa el instructor tal circunstancia en que el momento en que

se debe iniciar el cómputo de tal plazo es cuando la FMRM recibe en su cuenta la transferencia que se le anunció en el oficio de 29 de julio de 2004, que le remitió el Director General de Fondos Comunitarios del Ministerio de Economía y Hacienda, pago que queda acreditado haberse realizado el 6 de agosto de 2004. El plazo se iniciaría el 7 de agosto de 2004, finalizando el 6 de agosto de 2005, y, como la reclamación tuvo entrada en el registro el 11 de mayo de 2007, queda claramente formulada fuera de plazo.

Y, en tal estado, el expediente se remitió a este Consejo Jurídico para consulta preceptiva, teniendo entrada en el registro el 29 de noviembre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/97, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.-** Sobre la prescripción y sobre la legitimación pasiva.

I. Según el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo.

La jurisprudencia excluye una interpretación rigorista de la prescripción al tratarse de una institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento restrictivo y, por lo que a la determinación “*dies a quo*” del plazo de prescripción se refiere, no siempre puede concretarse con facilidad y es preciso atender a las circunstancias del caso concreto.

Aún aplicando esta interpretación estricta del instituto de la prescripción, en el supuesto que dictaminamos ha de considerarse prescrito el derecho a reclamar, conclusión que se alcanza después de un examen de la normativa y operatoria mediante la que se llevan a cabo las acciones acogidas al Proder.

El Programa Nacional PRODER, Programa Operativo de Desarrollo y Diversificación Económica de Zonas Rurales en las Regiones Objetivo 1, fue aprobado por la Comisión Europea en junio de 1996 para un período de cuatro años de duración (1995-1999) y sus objetivos coinciden en buena parte con los de la Iniciativa LEADER II, es decir: *impulsar el desarrollo endógeno y sostenido de las zonas rurales a través de la diversificación económica para frenar la regresión demográfica, elevando las rentas y el bienestar social de sus habitantes y asegurando la conservación del espacio y de los recursos naturales.*

Para lograr estos objetivos, el PRODER apoya y subvenciona un conjunto de medidas de desarrollo rural. De forma genérica, estas medidas pretenden valorizar el patrimonio de los pueblos, fomentar el turismo, apoyar a las pequeñas empresas y las actividades de artesanía y de servicios, revalorizar el potencial productivo agrario y forestal y facilitar la formación de los colectivos del medio rural.

El PRODER se financia a través de los fondos comunitarios FEOGA-Orientación y FEDER, de las aportaciones de las Administraciones Nacionales y de la financiación privada.

Los Grupos de Acción Local (G.A.L.) tienen unas funciones que habitualmente son desarrolladas por la Administración Pública en otros programas de tipo tradicional. Éstas abarcan, desde la gestión de las ayudas, concesión y pago a los beneficiarios, hasta el control de ejecución de los proyectos y la obtención del reintegro de las ayudas en caso de irregularidad, además de otros cometidos fundamentales como son la información, animación, asesoramiento y formación de la población. Los grupos son, por tanto, verdaderos impulsores del desarrollo del programa en particular y del desarrollo socioeconómico de sus comarcas en general. Frente a las *líneas de ayuda* en que la población actúa de mera receptora de medidas que la administración establece y cuya ejecución ordena, recayendo toda la responsabilidad del éxito o fracaso de la medida en los poderes públicos, los *sistemas de apoyo* han evolucionado hacia programas cada vez más participativos de la población y sus organizaciones, enfoque ampliamente presente en la filosofía LEADER mediante el establecimiento de los citados Grupos de Acción Local. En efecto, en LEADER y PRODER, la población, a través de sus representantes formal y expresamente constituidos a este fin, es la que se encarga de la gestión del programa y asume las máximas responsabilidades dentro del mismo. Así, el GAL concede a los beneficiarios las ayudas, recibe del Estado los fondos necesarios y debe reembolsar toda cantidad que haya de devolverse a la Comisión (cláusulas quinta, séptima y duodécima del Convenio relativo a la aplicación del programa Proder, BORM nº 56, de 9 de marzo de 1998).

El organismo responsable de la ejecución del programa ante la Comisión europea es la Dirección General de Planificación y Desarrollo Rural del Ministerio de Agricultura (apartado segundo de la parte expositiva del Convenio citado), y las relaciones financieras se desarrollan a través de la hacienda estatal, en lo tocante a la parte financiada con fondos Feder.

Con este esquema operativo, es de compartir la tesis sostenida en la propuesta de resolución sobre la prescripción, ya que la liquidación final a la FMRM, en cuanto GAL, fue realizada por la Administración estatal a través del Director General de Fondos Comunitarios del Ministerio de Economía y Hacienda, pago que queda acreditado haberse efectuado el 6 de agosto de 2004, previa resolución liquidatoria notificada también al GAL el 30 de julio de ese mismo año (folio 219 del expediente).

El alegado efecto dañoso, de existir, sería perceptible a partir de dicha liquidación, siendo el momento a partir del cual podría haberse ejercitado la acción de responsabilidad. Como el procedimiento objeto de consulta se inició mediante escrito que tuvo entrada el 11 de mayo de 2007, queda fuera del plazo de un año que señala la ley.

Las circunstancias que la Intervención General pone de manifiesto en el informe al que se achaca el daño fueron conocidas por la FMRM, que tuvo, además, la posibilidad de realizar alegaciones e, incluso, inició procedimientos de reintegro para obtener de los beneficiarios el importe de las ayudas concedidas y no justificadas en su aplicación (folios 250 a 268).

II. Además de ello, debe tenerse en cuenta si el daño alegado podría ser imputado a la Administración regional, tal como alega la reclamante al conectar su disminución patrimonial con el informe emitido por la Intervención General. Sin embargo, como antes se expu-

so: a) el Programa Operativo de Desarrollo y Diversificación Económica de Zonas Rurales en las Regiones Objetivo 1, fue aprobado por la Comisión Europea mediante la Decisión C (96) 1454, de 18 de junio de 1996; b) el organismo responsable de la ejecución del programa ante la Comisión europea es la Dirección General de Planificación y Desarrollo Rural del Ministerio de Agricultura; y c) el circuito financiero de los fondos que llegan al beneficiario final tiene su origen en la Comisión, y las cantidades son abonadas a través del Ministerio de Economía y Hacienda. En esa organización, las funciones que corresponden a la Administración autonómica son las de control financiero en el marco de lo dispuesto por el Reglamento 2064/97, antes citado, y en cumplimiento de lo establecido en la cláusula décima, apartado 3 del convenio regulador, también citado. Y esta función de control se realiza para que sea tenida en cuenta por el titular de los fondos, el cual no queda vinculado por lo que en tales informes se diga, conservando plenamente sus facultades resolutorias. Como indica el informe del Servicio de Control Financiero, no tiene efectos sobre la liquidación de fondos, que debe efectuarla la Comisión Europea por sus propios medios frente al Estado miembro. Es por ello que el daño no sería imputable a la Administración regional, que carecería de legitimación pasiva.

III. No obstante lo anteriormente expresado, aun cuando pudiera considerarse a efectos meramente dialécticos que la reclamación se hubiere formulado frente al sujeto supuestamente responsable y en el plazo legalmente establecido, tampoco ello permitiría acceder a la pretensión deducida, dado que la responsabilidad última de la concesión de las ayudas corresponde al GAL (Cláusula Quinta del convenio), el cual también ha de soportar el pago de las cantidades que sean objeto de devolución (Cláusula duodécima del convenio). Y si las cantidades debieron o no ser objeto de devolución es una cuestión de legalidad que pudo dilucidarse, en su caso, por los cauces procedimentales adecuados.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Que procede desestimar la reclamación objeto de Dictamen y, en consecuencia se dictamina favorablemente la propuesta de resolución.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 135/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.****Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)****Fecha: 28/07/08****Extracto de Doctrina**

*Si bien es cierto que existe el deber de la Administración de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada, también lo es que dicho deber no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, no siéndolo una vigilancia tan intensa que asegure que el tráfico de la calzada esté libre y expedito bajo cualquier circunstancia; de ahí la diversa gradación que se otorga a los deberes de mantenimiento y cuidado de la carretera. Así, en los casos de desprendimientos de piedras, de existencia de baches o deficiente señalización, es decir, cuando la falta de seguridad se puede trabar con los elementos o circunstancias intrínsecas de la calzada, la Administración suele ser responsable de las consecuencias dañosas que se deriven de tales extremos. En cambio, se viene negando normalmente dicha imputación cuando medien o se interfieran elementos o circunstancias ajenas a la vía, como es la irrupción de animales en la calzada o de objetos caídos o arrojados por terceros —el cono, de admitir su existencia en el carril derecho de la calzada, sólo pudo llegar allí por la acción de un tercero— (entre otros, Dictamen núm. 2.568/2000 del Consejo de Estado y 121/2005 de este Consejo Jurídico).*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 27 de octubre de 2004, tuvo entrada en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes reclamación de responsabilidad patrimonial a instancia de x. e hijas, por los daños morales derivados de accidente de circulación ocurrido el 9 de enero de 2002, cuando x., Guardia Civil, esposo y padre de las reclamantes, circulaba, en acto de servicio, por la carretera MU-312 (A-37 Cabo de Palos), del término municipal de Cartagena, conduciendo el vehículo oficial marca Ford Mondeo, matrícula “—”, sufrió un accidente consistente en salida de la vía por el margen derecho de la calzada y posterior vuelco del turismo. Como consecuencia de dicho accidente el x. sufrió graves heridas que le provocaron la muerte.

Según versión de las reclamantes, basada en el Informe Técnico elaborado por la Guardia Civil de Tráfico, la causa eficiente o principal del accidente fue la existencia de un obstáculo (cono de señalización) sobre el carril derecho de circulación, que fue arrollado por el conductor que perdió el control del vehículo. La tesis de las interesadas es que el accidente se produjo por un deficiente funcionamiento del servicio público de carreteras al permitir la existencia de un objeto extraño y peligroso en una vía rápida destinada a la circulación de vehículos, incumpliendo así su deber de conservación de la carretera en condiciones tales que quede garantizada la seguridad de los que por ella circulan.

A la reclamación se adjunta copia de la siguiente documentación:

— Atestado e informe técnico instruido por la Guardia Civil, Agrupación de Tráfico del Subsector de Murcia.

— Diligencias penales seguidas como consecuencia de los hechos por los que se reclama.

— Auto de sobreseimiento provisional y archivo recaído en el Juicio de Faltas núm. 378/2002.

— Certificado de inscripción de la defunción del x.

— Certificados de inscripción de matrimonio del x. y la x., así como de los nacimientos de sus tres hijas.

Las reclamantes solicitan una indemnización de 114.808,05 euros, desglosados del siguiente modo: 86.605,05 euros para la esposa; 14.101 euros para la hija menor de 25 años y 7.050,50 euros para cada una de las dos hijas mayores de 25 años.

Finalizan su escrito las interesadas solicitando a la Consejería ante la que reclaman que les informe sobre la empresa con la que tengan, en su caso, suscrito contrato de mantenimiento y conservación de la carretera en la que ocurrieron los hechos; así como si en la fecha del accidente, o en días inmediatamente anteriores, se había realizado algún tipo de obra en el PK 7,300 en el que se produjo el accidente.

**SEGUNDO.-** Por oficio de 19 de noviembre de 2004, la instructora facilita a las interesadas la información prevista en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC); les requiere para que mejoren su solicitud mediante la aportación de diversa documentación, entre la que figura una declaración jurada de no haber percibido indemnización alguna como consecuencia del accidente; y, finalmente, suspende el plazo de resolución del procedimiento por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por las interesadas, así como por haber solicitado informe preceptivo de la Dirección General de Carreteras, lo que determina la suspensión hasta la recepción de aquél, con un máximo de tres meses.

Con la misma fecha, la instructora requiere al Juzgado de Instrucción núm. 2 de Cartagena para que remita testimonio del Juicio de Faltas 378/2002, seguido en dicho Órgano Judicial a consecuencia de los hechos origen de la reclamación.

Igualmente se solicita informe de la Dirección General de Carreteras sobre diversas circunstancias de la vía (incluidas posibles obras), así como sobre todos aquellos aspectos que se estime de interés en relación con el accidente que sufrió el x.

**TERCERO.-** Con fecha 9 de diciembre de 2004 la Dirección General de Carreteras emite informe en el que, tras señalar la titularidad regional de la carretera, indica lo siguiente:

*“a) Se tuvo conocimiento del evento lesivo a través del aviso de la Guardia Civil de Tráfico al Parque de Maquinaria.*

*b) El cono de señalización que se menciona en la reclamación patrimonial estaba situado en el arcén Izquierdo de la carretera y por tanto fuera de la zona de circulación de vehículos.*

*El objeto de la existencia del mismo en el arcén era para señalar un tramo de barrera de seguridad que se encontraba deformado por un accidente anterior y por tanto para señalar y evitar otro posible impacto contra ese tramo de barrera que había perdido su funcionalidad.*

*No se estaban llevando a cabo obras en la fecha señalada en ese tramo de carretera.*

*c) Dado que el cono estaba fuera de la calzada, parece que el siniestro ha sido una actuación inadecuada del perjudicado.*

*d) No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de la carretera.*

*e) No se puede imputar a esta Administración o a otras Administraciones la responsabilidad de los hechos, ni se conocen contratistas u otros agentes a los que atribuirle la responsabilidad.*

*f) El tramo de carretera en el que ocurrió el siniestro no se encuentra iluminado y está señalizado con una limitación de velocidad de 90 Km/h.*

*g) No se puede comprobar la valoración de los daños alegados.*

*h) No existen aspectos técnicos en la producción del daño.*

*i) El cono que se menciona como causa del accidente, es un cono de caucho con lámina reflectante de alta intensidad.*

*No se pudo comprobar la existencia o no del cono en la calzada ni restos del mismo, dado que cuando se personó en el lugar del accidente el personal de la brigada de Conservación de Carreteras no existían restos del vehículo ni del cono, ni se mencionó por parte del Equipo de Atestados la existencia de un cono en el carril derecho de circulación.*

*Para que el cono estuviera en el carril derecho de circulación es necesario trasladarlo, dado que si hubiera sido golpeado por otro vehículo anterior, hubiera impactado también contra la barrera de seguridad, no dándose esa circunstancia.*

*En el Atestado de la Guardia Civil de fecha 9 de enero no se menciona para nada la existencia de un cono en el carril derecho de circulación y sin embargo en el Informe Técnico de fecha 25 de Enero se menciona el mismo como causa principal del accidente, cuando en ese mismo informe y en el punto 9.2.1.A se menciona que pudiera circular, debido a las distancias medidas en las marcas de frenada y las distancias recorridas por el vehículo tras su salida de la calzada, a una velocidad superior a 90 Km/h. Por todo ello, se puede mencionar como causa principal del accidente una velocidad inadecuada por el perjudicado y muy superior a la limitada en ese tramo de carretera”.*

**CUARTO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Cartagena remite a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes testimonio de la documentación que le había sido requerida, de entre la que cabe destacar, además del Auto de sobreesimiento al que se hace referencia en el Antecedente Primero, la siguiente:

1. Atestado instruido por la Guardia Civil de Tráfico el mismo día del accidente en el que se indica, entre otros extremos, que el accidente ocurrido sobre las 05:35 horas del día 9 de enero de 2002, a la altura del PK 7,300 de la carretera MU-312, consistió en la salida de la vía por el margen derecho de la calzada y posterior vuelco del vehículo conducido por la víctima.

2. Informe Técnico elaborado por dicha fuerza instructora el día 25 de enero de 2002, en el que se lleva a cabo un minucioso análisis de diversas cuestiones relacionadas con el vehículo implicado, lugar del accidente, huellas y vestigios en él encontrados, reconstrucción y causas del accidente, y una apreciación final sobre la forma en que dicho accidente se pudo producir. De este informe conviene aquí destacar los siguientes aspectos:

a) Al examinar los bajos/chasis del vehículo “se observa en la zona comprendida entre la parte interior de la rueda delantera derecha y los bajos (soporte de la dirección y piezas existentes bajo recipiente de fluidos, otros), pequeños fragmentos de material blanco fluorescente”.

b) El tramo de vía inmediatamente anterior al lugar del siniestro limita por el margen derecho con el carril de aceleración que sirve de incorporación a la carretera principal MU-312 sentido Cabo de Palos, seguido de talud descendente de tierra y gravilla que finaliza en cuneta terrizo herbácea. En la parte más baja de la citada cuneta existe una construcción de hormigón destinada a la recogida de las aguas. “Junto al inicio de la arqueta de hormigón y al inicio de la misma, según el sentido de marcha del vehículo se observa un cono de señalización parcialmente dañado. Sobre la margen izquierda y a la altura donde el anteriormente citado carril de aceleración del margen derecho finaliza existe un tramo de valla de protección dañada de 10 metros de longitud, de la existente a lo largo de todo el tramo del margen izquierdo, observándose un cono de señalización sobre el arcén, de pie y en perfecto estado”.

c) Existía una buena visibilidad, “toda vez que el lugar donde se localizan las huellas de deslizamiento lateral coinciden con el inicio de la curva hacia la derecha, circulando el conductor instantes antes del suceso por tramo recto”.

d) Se ignora la situación del punto de percepción posible, “toda vez que la fuerza Instructora no tiene una referencia exacta de la situación sobre la calzada del cono de señalización, así como la orientación/posición del mismo en el momento del accidente, no pudiendo concretarse si el mismo era visible o no para el conductor”.

e) Teniendo en cuenta la distancia recorrida por el vehículo tras su salida de la calzada y daños en el mismo, el citado conductor pudiera circular a velocidad superior a la establecida mediante señal vertical de 90 Km/h.

f) La causa eficiente o principal del accidente fue, según la fuerza instructora, “la existencia de un obstáculo sobre el carril derecho de circulación ‘cono de señalización’, siendo arrollado por el conductor del vehículo Ford Mondeo, con la consiguiente pérdida de gobernabilidad del vehículo”.

3. Escrito de la Dirección General de la Guardia Civil dirigido al Juzgado de Instrucción de Cartagena en el que se seguían las Diligencias Previas núm. 150/2002, incoadas a causa del fallecimiento del x., solicitando información de la situación de las mismas por precisarlas en el expediente instruido “a los efectos de acreditar las circunstancias en las que se produjo el fallecimiento, con el fin de efectuar, en su caso, y previos los trámites oportunos, el señalamiento de la pensión extraordinaria contemplada en el artículo 1 de la Ley 9/1977, de 4 de enero”.

**QUINTO.-** Las reclamantes, mediante escrito fechado el 17 de enero de 2005, declaran no haber percibido indemnización alguna como consecuencia del accidente sufrido por x.

**SEXTO.-** La instructora dirige escrito a la Comandancia de la Guardia Civil, Agrupación de Tráfico, Destacamento de Cartagena, solicitando la siguiente información:

a) Si el agente fallecido, x., que conducía el vehículo propiedad de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil, se hallaba de servicio en el momento de ocurrir el siniestro.



b) Dado que no consta en el Atestado que viajase con él ninguna otra persona, es preciso conocer si en caso de encontrarse de servicio debía de viajar con él otro Agente de la Guardia Civil.

El requerimiento es cumplimentado por el Alférez Jefe del citado Destacamento, mediante informe en el que se ratifica en el hecho de que el x. se encontraba de servicio en el momento en el que se produjeron los hechos, añadiendo que *“en la fecha y hora que ocurrió el accidente de circulación, el finado x., desempeñaba las funciones de Jefe Accidental del Destacamento, debiendo viajar con éste otro componente de la Unidad, ignorándose las causas de porque no avisó a ese otro componente para que le acompañara en el servicio”*.

**SÉPTIMO.-** El 7 de abril de 2006 se notifica a las reclamantes la apertura del trámite de audiencia al objeto de que puedan examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimen pertinentes, sin que aquéllas hayan hecho uso de este derecho.

**OCTAVO.-** La propuesta de resolución, de 15 de diciembre de 2006, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no constar acreditada la relación de causalidad entre el hecho acaecido y el funcionamiento del servicio público de carreteras.

**NOVENO.-** Con fecha de registro de entrada de 28 de diciembre de 2006, el Consejo de Obras Públicas, Vivienda y Transportes solicita al Consejo Jurídico de la Región de Murcia la emisión del preceptivo Dictamen.

**DÉCIMO.-** Por Acuerdo 1/2007, de 4 de enero de 2007, el Consejo Jurídico, ante la baja calidad de las fotocopias del informe fotográfico obrante en el expediente, requiere al órgano consultante para que proceda a completar el expediente mediante la incorporación del original de dicho informe o una copia de mayor calidad.

**UNDÉCIMO.-** Tras incorporar la copia del informe fotográfico que se había requerido, VE remitió de nuevo el expediente en solicitud de Dictamen, que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 4 de marzo de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que en concepto de responsabilidad patrimonial se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.- Procedimiento, legitimación y plazo.**

El procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes se ha ajustado, en términos generales, a lo dispuesto en los artículos 6 y siguientes del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante RRP).

Las reclamantes se encuentran legitimadas para deducir la pretensión indemnizatoria, en cuanto esposa e hijas del fallecido.

En lo que se refiere a la legitimación pasiva, al ser la carretera donde se produce el accidente de titularidad regional, como se desprende de la documentación incorporada al procedimiento y, especialmente, del informe del Jefe del Servicio de Conservación de la Dirección General de Carreteras, dicha legitimación corresponde a la Administración regional.

Por último, en lo que respecta a la temporalidad de la reclamación, el artículo 4.2 RRP dispone que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. El accidente se produce el 9 de enero de 2002, mientras que la reclamación ante la Administración regional se presenta el 27 de octubre de 2004. En dicho período, no obstante, se incoaron, por el Juzgado de Instrucción num. 2 de Cartagena, Diligencias Previas núm. 399/2002, que acabaron sustanciándose como Juicio de Faltas núm. 378/2002, en el que, finalmente, recayó Auto de Sobreseimiento que fue notificado a las interesadas con fecha 31 de octubre de 2003.

La tramitación de este procedimiento penal impide considerar prescrito el derecho a reclamar de la esposa e hijas del fallecido, en atención al consolidado criterio jurisprudencial que otorga al proceso penal eficacia interruptiva del plazo de prescripción para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial.

Atendiendo a dicha doctrina y dado que el auto se notifica con fecha 31 de octubre de 2003, resulta evidente que cuando se interpone la reclamación de responsabilidad patrimonial, el 27 de octubre de 2004, aún no se había agotado el plazo de un año al que se refiere el artículo 4.2 RRP.

**TERCERA.- Sobre daños sufridos por Guardias Civiles en acto de servicio a consecuencia del funcionamiento del servicio público de carreteras.**

La pretensión de resarcimiento objeto del presente Dictamen tiene como hecho causante el fallecimiento de un Guardia Civil que, en acto de servicio, sufre un accidente de tráfico en una carretera de titularidad regional.

Lo primero que se ha de dilucidar es cuál sería el cauce formal idóneo para evacuar la pretensión indemnizatoria que nos ocupa. Para ello conviene traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la reiterada doctrina del Consejo de Estado, que se han manifestado en el sentido de que las solicitudes de indemnizaciones que se producen en el seno de una específica relación jurídica, se definen y sustancian en el seno de esa relación y según el régimen jurídico propio de la misma (en este sentido sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1989 y Dictámenes del Consejo de Estado de 3.748/1997 y 928/2000). También este Consejo Jurídico, en su Dictamen núm. 198/2003, puso de manifiesto que las disposiciones relativas a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no son procedentes para sustanciar las peticiones de indemnización que tengan un medio específico de resarcimiento, ya que lo contrario supondría una interpretación de la responsabilidad patrimonial como un medio de cobertura de cualquier pretensión indemnizatoria.

De acuerdo con esta tesis el Consejo Jurídico ha mantenido la misma postura que el Consejo de Estado, que, en reiteradas ocasiones, ha declarado que la indemnizaciones en el

seno de la relación jurídica específica como la funcionarial, se definen y sustancian bajo el régimen propio de esas relaciones y sólo para el supuesto de que el régimen estatutario del funcionario no contenga una regulación en relación con la posible indemnización de unos determinados daños, o cuando, aún contemplándola, su aplicación no repare integralmente los daños causados, se aplicará el régimen de responsabilidad patrimonial.

En conexión con lo que se acaba de decir cabe señalar que el artículo 63.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado establecía que el Estado dispensaría a los funcionarios la protección que requiriera el ejercicio de sus cargos. Por su parte, el artículo 23.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública, así como el artículo 28 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, disponen que los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón del servicio. No existe, sin embargo, un desarrollo reglamentario de estas previsiones legales que ampare el resarcimiento debido al funcionario que sufre un daño en acto de servicio.

Para los integrantes de la Guardia Civil resulta de aplicación lo establecido en el artículo 96 de la Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen de Personal de la Guardia Civil, a tenor del cual se asegura a los miembros de ese Instituto el completo resarcimiento de los daños que sufrieren con ocasión del servicio, tanto si son personales como materiales. Sin embargo, tampoco aquí existe un desarrollo reglamentario que establezca un sistema específico de resarcimiento tal como el que se contemplaba en el artículo 179 del Reglamento de Policía Gubernativa, aprobado por Decreto 2038/1975, de 17 de julio.

La especial situación que se produce en relación con los daños sufridos por los miembros de la Guardia Civil de Tráfico que, de afectar a particulares, darían lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración por razón del funcionamiento del servicio público de carreteras, ha sido prolijamente analizada por el Consejo de Estado en la Memoria del año 2006, en la que el Alto Órgano Consultivo afirma lo siguiente:

*“Para el empleado público que desempeña esta función y sufre una lesión en acto de servicio en supuestos en que habrá de imputarse la misma al funcionamiento del servicio de carreteras, no cabe en modo alguno entender que se le haya de imponer un especial deber jurídico de soportar el daño. Precisamente la razón de la especialidad de la norma que excluye el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado, es la existencia de un deber de protección propio por parte de la Administración Pública que significa en todo caso la ausencia de ese deber jurídico de soportar.*

*Ni los principios que regulan el estatuto del empleado público, ni tampoco aquellos que imponen ese deber de protección al Estado con mayor intensidad cuando el riesgo de la función pública es mayor (como sucede en el caso de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), permiten imputar una carga pública general a estos empleados públicos.*

*Por ello, puede concluirse que, en ausencia de una regulación propia y específica que de modo suficiente atienda al resarcimiento debido en estas situaciones, la aplicación de los principios expresados, y señaladamente la modulación que como límite impone la equidad al deber jurídico de soportar, lleva a la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial en una suerte de extensión analógica impuesta por el principio de igualdad en la aplicación de la Ley.*

*Como ello supone un diseño del instituto (la responsabilidad patrimonial del Estado) forzado precisamente por la incidencia de esos principios, y en esta materia la construcción*

*progresiva de la función estatal muestra que toda clase de extensión de esta índole termina por asentarse en el perfil propio y natural del instituto, resultaría conveniente abordar la regulación específica a que antes se alude.*

*De contrario, se estaría dotando al instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado de una vis expansiva aún mayor, y no ha de olvidarse que la aplicación de este régimen de responsabilidad supone siempre un incremento considerable de las cargas públicas (el gasto público), que si bien puede ser asumido cuando se va generando esa expansión histórica del instituto, debe ser más razonablemente impuesto mediante el proceso normal de producción normativa”.*

Sugiere el Consejo de Estado que, en tanto no se lleve a cabo la regulación propia y específica a que se alude, la tramitación de los expedientes por responsabilidad patrimonial por estas causas, habría de contemplar una serie de cuestiones, tales como:

— La determinación de tratarse o no de una actividad ejercida por el afectado (miembro de la agrupación de tráfico de la Guardia Civil) en acto de servicio.

— La descripción detallada de esa actividad en el momento del siniestro, a efectos de apreciar si ha concurrido o no impericia profesional en los términos exigibles para el desarrollo propio de dicha función.

— La relación y cuantificación de los beneficios derivados del régimen de protección social que hayan sido aplicados a causa de ese siniestro, y particularmente de la asistencia sanitaria prestada, y del régimen de protección de la incapacidad temporal o permanente, así como, en caso de fallecimiento, de la aplicación del régimen de clases pasivas.

— La concurrencia o no de un sistema de aseguramiento concreto en el momento en que se produjo ese siniestro.

— La valoración del daño personal conforme a las reglas del sistema normativo en materia de seguros sobre riesgos de la circulación.

De la información que obra al expediente que nos ocupa se desprende *prima facie* que las interesadas no han percibido indemnización alguna como consecuencia del fallecimiento del x., aunque como este dato es facilitado por declaración efectuada por ellas, resultaría necesario, para el supuesto de que se determinase la existencia de responsabilidad patrimonial, constatar tal circunstancia con carácter previo al pago de la indemnización que por este último concepto pudiera fijarse, a cuyo efecto se debería oficiar en solicitud de información a la Dirección General de la Guardia Civil.

Por otro lado, según se desprende de la copia del escrito que la citada Dirección General hizo llegar al Juzgado (folio 147), se habían iniciado los trámites encaminados al reconocimiento de las pensiones extraordinarias contempladas en la Ley 9/1977, de 4 de enero, sobre modificación del porcentaje de las pensiones extraordinarias causadas por funcionarios civiles y militares inutilizados o fallecidos en acto de servicio. Para el mismo supuesto al que se hace referencia en el apartado anterior, debería quedar constancia del reconocimiento de dichas pensiones y de su cuantía, no porque tal circunstancia excluyese una hipotética indemnización por responsabilidad patrimonial, pues la concesión de una pensión en el marco de la legislación de Clases Pasivas del Estado opera en un plano distinto del de la responsabilidad patrimonial de la Administración —así lo ha venido admitiendo la jurisprudencia que, basándose en la autonomía conceptual y la diferenciación de régimen jurídico predicable de ambos conceptos indemnizatorios, ha declarado la compatibilidad

entre la eventual indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración y el reconocimiento de una pensión pública, pese a que una y otra se materialicen por daños derivados de un único evento—, sino porque al suponer dicho reconocimiento un incremento considerable de la base reguladora, su percepción por parte de las reclamantes debe servir de elemento modulador en la determinación del *quantum* indemnizatorio, en el supuesto de admitir la procedencia de su fijación.

Una vez confirmada la virtualidad del instituto de la responsabilidad patrimonial en los términos que anteceden, procede a continuación examinar si en el supuesto que nos ocupa concurren los requisitos que legal y jurisprudencialmente la conforman, porque tal como indica el Consejo de Estado en la Memoria antes citada, *“no se trata a través de este mecanismo —el de la responsabilidad patrimonial— de cubrir la ausencia de esa regulación especial, por lo que debe examinarse la posible concurrencia o no del supuesto determinante de la responsabilidad patrimonial del Estado por razón del funcionamiento del servicio de carreteras, como si se tratase de un particular”*.

**CUARTA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley.

c) La producción del daño a consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público.

d) Ausencia de fuerza mayor o existencia de culpabilidad por parte del perjudicado susceptible de romper el nexo de causalidad entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido.

En el supuesto que ahora se estudia, cabe apreciar la presencia de un daño real, efectivo, económicamente evaluable e individualizado en las personas de las reclamantes. Queda por determinar si entre dicho daño y el funcionamiento normal o anormal del servicio público de carreteras existe un nexo de causalidad, del que resulte que aquella lesión es consecuencia de este funcionamiento y sin que en dicha relación de causa a efecto intervenga la conducta culposa del perjudicado, siempre y cuando esta última haya sido tan intensa que sin ella no se hubiera producido el daño. En cuanto a este particular, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial existente (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1998), se exige, pese a la posible concurrencia de múltiples factores que pudieran interferir en el nexo causal, que la relación de causalidad sea directa e inmediata. Esto es, para determinar cuál de los factores concurrentes en cada supuesto sea causa del efecto lesivo deberá estarse a la que tenga el carácter de causa adecuada, entendida como aquella de la que solamente podía derivarse el daño.

Ahora bien, respecto al nexo causal, corresponde al reclamante acreditar su existencia (artículos 217 LEC y 6 RRP), y en este caso las interesadas utilizan como único elemento probatorio el informe técnico de la Guardia Civil de Tráfico en el que se señala como posible causa eficiente del siniestro *“la existencia de un obstáculo sobre el carril derecho de*

*circulación*". Sin embargo, la rotundidad de esta afirmación no encuentra refrendo en el resto de datos que se incorporan tanto al atestado como al citado informe técnico. En efecto, la fuerza actuante llega a la conclusión de que un cono de señalización —cuya titularidad se imputa a la Dirección General de Carreteras— se hallaba sobre el carril derecho de circulación en el sentido que lo hacía el finado, después de comprobar que en el vehículo existen señales de la pintura reflectante con la que estaba recubierto dicho cono y que éste se encontró, con signos de haber sido arrollado, junto a una arqueta contra la que impactó el automóvil. Pues bien, tanto la titularidad del citado cono como su ubicación en el momento de ocurrir el siniestro no quedan debidamente acreditadas en el expediente.

La Dirección General de Carreteras admite que por sus correspondientes servicios de conservación se había colocado un cono de señalización en el arcén izquierdo de la carretera, con el fin de señalar un tramo de la barrera de seguridad que se encontraba deformado por un accidente anterior y ese cono, según se recoge en el atestado y se puede observar en el reportaje fotográfico, continuaba en el mismo lugar donde lo situaron los citados servicios de conservación —por cierto, varios metros después del inicio del desplazamiento lateral del automóvil siniestrado—. Este cono es el único en relación con el cual queda acreditada la titularidad de la Administración regional; sin embargo, en relación con el segundo dicha titularidad no ha quedado demostrada.

Por otro lado, la presunción de un impacto entre el coche que conducía el x. y un cono de señalización, basada única y exclusivamente en el hecho de que en el automóvil se encontraran restos de pintura reflectante, no permite abonar la conclusión de que el hipotético choque se produjera sobre la calzada; más acorde con el resto de circunstancias que concurren en el accidente resulta la tesis de que el cono se encontrara precisamente junto a la arqueta y que contra ambos elementos (cono y arqueta) vino a colisionar el automóvil del fallecido, después de perder el control en la entrada de una curva por circunstancias que si bien no pueden quedar indubitadamente fijadas, sí puede razonablemente inferirse de los datos que se reflejan en el informe técnico de la Guardia Civil que fuera la propia conducta del fallecido la que desencadenara la producción del accidente y su luctuosa consecuencia, conclusión que encuentra apoyo en las afirmaciones que se contienen en dicho informe y en el evacuado por la Dirección General de Carreteras sobre el hecho de que el conductor pudiera circular a una velocidad superior a la establecida mediante señal vertical de 90 km/h.

A esta específica obligación de respetar los límites de velocidad habría que adionar la genérica recogida en el artículo 19.1 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, que establece que todo conductor está obligado a tener en cuenta, también, sus propias condiciones físicas y psíquicas, las características y estado de la vía, del vehículo y de su carga, las condiciones meteorológicas, ambientales y de circulación y, en general, cuantas circunstancias concurren en cada momento, a fin de adecuar la velocidad de su vehículo a aquéllas, de manera que siempre pueda detenerlo dentro de los límites de su campo de visión y ante cualquier obstáculo que pueda presentarse; precauciones que no parece fuesen adoptadas por la víctima que, a pesar de la amplia visibilidad de la curva por la que circulaba —según informe de la Guardia Civil—, no pudiera percatarse de la existencia de un obstáculo (si es que lo había), perdiendo así el control del automóvil hasta salirse de la calzada.

En este punto, debe recordarse la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo plasmada, entre otras muchas, en sentencias de 6 de octubre de 1994 y 6 de mayo de 1999, en

las que se afirma que cuando las lesiones producidas no son imputables al funcionamiento del servicio público y sí al proceder imprudente del accidentado, se produce la ruptura del nexo causal y la exoneración de responsabilidad patrimonial.

Desde esta premisa, el Consejo Jurídico considera que la Administración no debe responder cuando, como ocurre en el presente caso, el nexo causal que pueda derivar de la utilización de un servicio público se rompe por la conducta del propio lesionado que, con o sin negligencia, conduce su vehículo sin ajustarse a las condiciones legales que derivan del concreto estado y señalización de las vías públicas o carreteras (por todos, Dictamen núm. 107/2003). Sin que, además, el hecho de encontrarse en acto de servicio justifique, en el presente caso, la falta de adecuación a las normas de circulación de vehículos, porque no ha quedado acreditado que la exigencia del servicio que prestaba así lo requiriese.

Por otro lado, aún admitiendo a meros efectos dialécticos la existencia en la calzada de un cono o cualquier otro obstáculo, hay que recordar, como hace el Consejo de Estado en numerosos Dictámenes (por todos, el 3.569/2003), que si bien es cierto que existe el deber de la Administración de mantener las carreteras abiertas a la circulación pública en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilicen esté normalmente garantizada, también lo es que dicho deber no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, no siéndolo una vigilancia tan intensa que asegure que el tráfico de la calzada esté libre y expedito bajo cualquier circunstancia; de ahí la diversa gradación que se otorga a los deberes de mantenimiento y cuidado de la carretera. Así, en los casos de desprendimientos de piedras, de existencia de baches o deficiente señalización, es decir, cuando la falta de seguridad se puede trabar con los elementos o circunstancias intrínsecas de la calzada, la Administración suele ser responsable de las consecuencias dañosas que se deriven de tales extremos. En cambio, se viene negando normalmente dicha imputación cuando medien o se interfieran elementos o circunstancias ajenas a la vía, como es la irrupción de animales en la calzada o de objetos caídos o arrojados por terceros —el cono, de admitir su existencia en el carril derecho de la calzada, sólo pudo llegar allí por la acción de un tercero— (entre otros, Dictamen núm. 2.568/2000 del Consejo de Estado y 121/2005 de este Consejo Jurídico).

Al no haber quedado acreditada en ningún momento la existencia de un obstáculo en la carretera que pudiera provocar el accidente, sin que, por lo tanto, haya sido posible establecer un nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el evento dañoso, el Consejo Jurídico comparte el criterio del órgano instructor al estimar que no puede apreciarse la concurrencia de los requisitos exigidos por el artículo 139 LPAC para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial. Conclusión ésta que hace innecesario pronunciarse sobre los restantes extremos respecto de los que debería versar este Dictamen, es decir, valoración del daño, su cuantía y el modo de indemnización.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial que nos ocupa, por no haber quedado acreditada la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público de carreteras y los daños alegados.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 136/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 30/07/08**

**Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 23/2008.*

**DICTAMEN 137/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 30/07/08**

**Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 37/2008.*

**DICTAMEN 138/08.- Proyecto de Orden por el que se establece el contenido y plazo para su elaboración de la Memoria anual de seguimiento del Plan Estratégico de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia 2007-2010.**

**Consultante: Consejera de Hacienda y Administración Pública (2007)**

**Fecha: 04/08/08**

**Extracto de Doctrina**

*Como en anteriores ocasiones ha indicado el Consejo Jurídico, si bien el artículo 53 de la Ley 6/2004 únicamente regula el procedimiento de elaboración de los reglamentos emanados del Consejo de Gobierno, la ausencia de normas específicas para el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los Consejeros y la remisión que efectúa el artículo 16.2, letra d) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en cuya virtud los Consejeros ejercen la potestad reglamentaria “en los términos previstos en la Ley del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia”, permiten aplicar las normas contenidas en el referido artículo 53 de la Ley 6/2004 a la elaboración de las disposiciones de carácter general que aquéllos dicten.*



## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 11 de marzo de 2008 el Interventor General elevó a la Secretaría General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública una propuesta para la aprobación de una orden estableciendo el contenido de la memoria anual de seguimiento del Plan Estratégico de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia 2007-2010, prevista en el artículo 7.1 de la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones de la Comunidad Autónoma de Murcia. Unida a la misma constan una memoria justificativa y un borrador del Proyecto de Orden. De igual fecha son el informe de impacto por razón de género, el cual concluye en la ausencia de medidas que supongan discriminación, y el informe económico, según el cual las medidas proyectadas no implican coste adicional alguno respecto a los créditos de la Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el año 2008.

**SEGUNDO.-** El Servicio Jurídico de la Consejería consultante emitió informe el 27 de marzo de 2008 en el que ponía de manifiesto su conformidad con la propuesta, si bien exponía observaciones al artículo 1.2 (atribución a las Secretarías Generales de la competencia para elaborar las memorias) y a la correspondencia de los conceptos legales *modelo y formato* respecto a los de *estructura y contenido* recogidos por el Proyecto.

**TERCERO.-** Considerado tal informe por la Intervención General fue elaborado un segundo borrador del Proyecto, tras lo cual emitió su informe la Vicesecretaría (8 de abril de 2008).

Y en tal estado, el expediente fue remitido al Consejo Jurídico para su preceptivo Dictamen, teniendo entrada en su registro el 14 de abril de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

De acuerdo con lo que establece el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de reglamento dictado en desarrollo de ley.

### **SEGUNDA.-** Procedimiento.

Como en anteriores ocasiones ha indicado el Consejo Jurídico, si bien el artículo 53 de la Ley 6/2004 únicamente regula el procedimiento de elaboración de los reglamentos emanados del Consejo de Gobierno, la ausencia de normas específicas para el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los Consejeros y la remisión que efectúa el artículo 16.2, letra d) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en cuya virtud los Consejeros ejercen la potestad reglamentaria "*en los términos previstos en la Ley del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia*", permiten aplicar las normas contenidas en el referido artículo 53 de la Ley 6/2004 a la elaboración de las disposiciones de carácter general que aquéllos dicten.

Examinado el expediente remitido, se aprecia que se han respetado sustancialmente las reglas de procedimiento citadas.

**TERCERA.- Contenido, justificación y habilitación.**

El Proyecto se compone de 4 artículos (normas generales, modelo, contenido y formato), una Disposición transitoria y dos finales. En el preámbulo se expone que la Ley regional 7/2005, de 18 de noviembre, de Subvenciones, establece en el artículo 7.1 que las consejerías y organismos elaborarán una memoria que deberán remitir a la Intervención General en el modelo, formato y plazos que se determine por la Consejería de Hacienda mediante orden

De acuerdo con ello, considera acertado y conveniente hacer uso de la habilitación concedida y regular la memoria y la forma en la que debe ser elaborada.

El Proyecto, pues, está suficientemente justificado y su contenido se ajusta a las habilitaciones de las que trae causa, ya que, el artículo 7.1, ya citado, de la Ley regional de Subvenciones establece lo siguiente:

*“Al término de cada ejercicio presupuestario la Intervención General de la Comunidad Autónoma deberá efectuar la evaluación de los objetivos a conseguir en él y los definitivamente alcanzados. A tal fin las consejerías y organismos elaborarán una memoria que deberán remitir a dicho centro directivo en el modelo, formato y plazos que se determinen por Orden de la Consejería de Economía y Hacienda”*

Siendo que el Proyecto se acomoda a tal habilitación, el Consejo Jurídico no tiene más observación sobre ello, salvo la referida a la supresión del posesivo “su” en el título del Proyecto.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se Dictamina favorablemente el Proyecto de Orden consultado.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 139/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hijo por accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 04/08/08**

**Extracto de Doctrina**

*NOTA: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 9/2008.*

**DICTAMEN 140/08.- Proyecto de Decreto por el que se regula el régimen económico de los derechos de alta y otros costes a percibir por las compañías distribuidoras de gas natural por la canalización.**

**Consultante: Consejera de Economía Empresa e Innovación (2007)**

**Fecha: 04/08/08**

### **Extracto de Doctrina**

*El artículo 53.1 de la Ley 6/04, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia establece que en el procedimiento de elaboración de una disposición reglamentaria debe incluirse una memoria que comprenda “la motivación, técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas”; esta exigencia, introducida en el texto de la citada Ley a sugerencia de este Consejo Jurídico en su Dictamen 94/04, de 28 de julio, se fundaba “en un doble motivo: a) para que los comparecientes en el procedimiento, primero, y los órganos consultivos, después, puedan pronunciarse fundadamente sobre el alcance y fines de las determinaciones propuestas, y b) para cumplir con una exigencia de estricto carácter jurídico, como es la adecuada motivación de las decisiones administrativas, incluidas las de naturaleza normativa”.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante oficio de 19 de diciembre de 2003, el Director General de Industria, Energía y Minas remitió al Secretario General de la entonces Consejería de Economía, Industria e Innovación un primer borrador de Proyecto de Decreto por el que se regula el régimen económico de los derechos de alta y otros costes a percibir por las compañías distribuidoras de gas natural por canalización, solicitando un informe jurídico previo o inicial por parte de dicha Secretaría General.

**SEGUNDO.-** El 12 de enero de 2004 el Servicio Jurídico de ésta emite informe en el que, en síntesis, señala que la Administración regional tiene competencia para aprobar el Proyecto de Decreto en cuestión, indica cuál ha de ser el procedimiento a seguir y realiza algunas observaciones de mejora técnica de algunos preceptos de dicho borrador.

**TERCERO.-** Constituida en la Dirección General antes citada una comisión interna para la elaboración del Proyecto de referencia, el 16 de enero siguiente acuerda que el segundo borrador (elaborado tras incorporar las observaciones realizadas en el anterior informe) sea trasladado a las siguientes entidades, para la formulación de alegaciones:

- Colegio de Ingenieros Técnicos Industriales.
- Colegio de Ingenieros Industriales.
- Cámaras de Comercio de Murcia, Cartagena y Lorca.
- FREMM.
- CROEM.
- --, S.A.
- --, S.A.
- Asociaciones de consumidores y usuarios más representativas.

**CUARTO.-** Mediante escrito presentado el 24 de febrero de 2004, --, S.A. formuló las siguientes alegaciones:

*“Con fecha 08-OCT-03, les enviamos escrito en el cual les solicitábamos la aprobación de un nuevo régimen económico para regular los derechos de alta, los derechos de enganche, los derechos de verificación y los derechos de reenganche de acuerdo con la propuesta sectorial de la Asociación Española de Gas (SEDIGAS).*

*Cabe reseñar que en el informe realizado por SEDIGAS, se han valorado en tiempo y coste, de forma rigurosa, la totalidad de los procesos implicados en las operaciones de alta, enganche y certificación, correspondiendo los importes propuestos a costes reales.*

*En los últimos días, varios colectivos de consumidores han venido demandando información relativa a la aplicación de los derechos de alta, básicamente las propuestas para las tarifas 3.1 y 3.2, ya que presentan valores significativamente superiores a los facturados en la actualidad.*

*La mayoría de los suministros en la Región de Murcia se encuadran en las tarifas 3.1 y 3.2, fundamentalmente viviendas; dado el impacto social que recae en concreto en esas tarifas, podría ser aceptable un valor actual de 63,36 uros (correspondiente a valores actualizados en base al IPC), que debería ir escalonándose hasta alcanzar en los próximos años el valor inicialmente propuesto, por aplicación del art.4, apartados cuatro y cinco (del borrador del Proyecto, se entiende).*

*Con referencia a los derechos de alta del resto de las tarifas, les proponemos mantener el valor asignado inicialmente, ya que la actualización de valores en base al IPC, no presenta diferencias significativas.*

*Respecto a los derechos de enganche, reenganche y verificación, entendemos que deben mantenerse los valores propuestos en el informe sectorial de SEDIGAS.*

Asimismo, en el art.5.1 y de acuerdo con lo establecido en el RD 1434/02 en su art.59, se debería añadir como causa de cobro de los derechos de reenganche, cualquier “caso de corte justificado e imputable al consumidor”, además del impago del importe de suministro”.

**QUINTO.-** El 5 de marzo siguiente, la comisión referida en el Antecedente Tercero considera que deben apreciarse “*las dos observaciones realizadas por x., consistentes en la reducción de las tarifas 3.1 y 3.2 recogidas en el borrador, así como la precisión de añadir como causa de cobro de los derechos de reenganche, cualquier “caso de corte justificado e imputable al consumidor”.*

**SEXTO.-** El 9 de marzo siguiente, la citada Dirección General emite un informe sobre la necesidad y oportunidad de aprobar el Proyecto de Decreto de referencia. En síntesis, señala que tendría su habilitación normativa en la Ley 34/98, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos (LSH), y en el Real Decreto 1434/02, de 27 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de gas natural (en adelante, RD 1434/02).

Asimismo, expresa lo siguiente:

*“El Decreto que se propone vendría a establecer la necesaria regulación de las cantidades que las empresas distribuidoras de gas natural por canalización podrán percibir de*

los usuarios de ese servicio en la Región de Murcia por las actuaciones que dichas compañías deben realizar con anterioridad al inicio del suministro, tales como la verificación de las instalaciones del usuario o las de carácter administrativo previstas en la reglamentación vigente, incluyéndose los derechos de reenganche generados como consecuencia del usuario, y el posterior enganche de la instalación.

*Esto se justifica en que la empresa ha de prestar una serie de servicios cuyo coste ha de soportar, en este momento carente de la necesaria regulación por la Administración, servicios que en ningún caso están compensados por el importe de los suministros efectuados, sujetos éstos a tarifas oficiales concretas o precios máximos.*

*Tales derechos, cuyo régimen económico ahora se pretende regular, corresponden a los costes derivados de la disponibilidad del servicio, de la contratación y de la verificación previa de las instalaciones receptoras.*

*Con esta Disposición se garantizará a los usuarios del servicio el conocimiento exacto de las cantidades máximas que las empresas distribuidoras de gas natural por canalización podrán cobrar a los mismos, resolviéndose a futuro la situación ahora existente y la consiguiente problemática que podría suscitarse de no existir regulación económica concreta.*

*De la propuesta inicial de la empresa x., y con el resultado del trámite de información, se ha mejorado la propuesta de Decreto que ahora se presenta, cuyo régimen económico inicial presenta unos valores ajustados a la cobertura de los servicios a que corresponde, y que no presentan solución apreciable de continuidad con los hasta ahora utilizados por la empresa distribuidora de gas canalizado”.*

**SÉPTIMO.-** El 10 de marzo siguiente se emiten los preceptivos informes sobre el impacto por razón de género de la futura norma, de carácter favorable, y la memoria de contenido económico, que expresa que la aprobación de la norma no tendrá repercusiones económicas para la Administración regional en relación con la situación actual.

**OCTAVO.-** En sesión de 22 de julio de 2004, el Consejo Asesor Regional de Industria de la Región de Murcia acordó informar favorablemente el borrador de referencia.

**NOVENO.-** El 22 de octubre de 2004, el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería emitió informe en el que, en síntesis, viene a reiterar lo expresado en su primer informe, resumiendo la tramitación realizada y señalando que se han tenido en cuenta las sugerencias de la entidad alegante, recordando la procedencia de recabar los informes preceptivos de la Dirección de los Servicios Jurídicos y del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, informando favorablemente, por lo demás, el referido Proyecto.

**DÉCIMO.-** Sin perjuicio de lo anterior, el 24 de noviembre siguiente la Dirección General de Industria, Energía y Minas emite un informe sobre la cuantía de los derechos de alta a percibir por las compañías interesadas, en relación con la tarifa del grupo 3, correspondiente a los usuarios con consumo anual hasta 5.000 kw/h. y entre 5.000 y 50.000 kw/h.; informe del que debe destacarse lo siguiente:

*“La cuantificación de estos derechos viene contenida en el Anexo al Proyecto de Decreto, en el que se detallan los concretos importes máximos correspondientes a los citados derechos de alta, no utilizándose para ello la misma tabla tarifaria literal que adopta el sistema de codificación empleado por la Administración Central en el Real Decreto 949/2001, de 3 de agosto, regulador del acceso de terceros a las instalaciones de gas natural, en su*

artículo 27, tal y como fue planteado por el Consejo Asesor Regional de Industria, con la idea de mejorar la definición de la cuantificación final, y en evitación de confusiones.

La Norma proyectada satisface en su contenido la existencia de estudio económico integrado en el procedimiento de elaboración de la norma, justificativo de la correspondencia entre las cantidades establecidas en el Anexo como derechos de alta, y el coste de las actividades a las que retribuyen, así como las razones explicativas de las diferencias cuantitativas que se implantan, ligadas no a los distintos volúmenes de consumo contratado, sino a la realidad física de la mayor o menor complejidad de la ejecución de los trabajos correspondientes.

A partir de la propuesta inicial presentada por la empresa , x., y con el resultado del trámite de consulta e informes llevados a cabo, se ha mejorado la propuesta final de Decreto ahora confeccionado, cuyo régimen económico inicial presentaba una justificación de importes ajustados, según la empresa peticionaría, a la cobertura de los servicios a que correspondía, pero que en el caso concreto de los consumidores de la tarifa grupo 3, hasta 5000 kw-h (tarifa 3.1), y entre 5000 y 50000 kw-h (tarifa 3,2), presentaba solución apreciable de continuidad con los importes hasta ahora utilizados por la empresa distribuidora de gas canalizado.

En concreto, nos referimos a lo siguiente:

	Propuesta inicial	Importes actuales	Propuesta final
Tarifa 3.1	75,02 €	63,36 €	63,36 €
Tarifa 3.2	79,31 €	63,36 €	63,36 €

Estos valores de la propuesta final, inferiores a los inicialmente propuestos por la empresa peticionaria, resultaron de la consulta que le fue realizada al respecto y en concreto por la ponencia, relativa a la paradoja de resultar importes iniciales para estas tarifas superiores a las aprobadas en otros territorios (caso de Castilla la Mancha o Andalucía), independientemente de que estuviesen efectivamente justificados numéricamente por la empresa x.

Con los valores finales incorporados al Anexo para los derechos de alta de los usuarios de las tarifas grupo 3, hasta 5000 kw/h (tarifa 3.1), y entre 5000 y 50000 kw-h (tarifa 3,2), se consigue evitar también la ocurrencia de solución de continuidad con el régimen económico anterior, y de esta manera la innecesaria percepción de discontinuidad en el tiempo en cuanto a los importes aplicados.

Se corrige también con estos valores finales la paradoja inicialmente planteada por la empresa x. a partir de su solicitud en cuanto se pretendía la imposición de un régimen económico distinto para actuaciones de idéntico rango, únicamente diferenciadas por el final consumo mayor o menor del usuario pero con también idéntica instalación y necesidades de actuación por parte de la distribuidora de gas.

En concreto, los costes derivados del servicio para estos derechos de alta de las tarifas del grupo 3, hasta un consumo de 50000 kw-h anuales, resultaron de considerar:

- un coste medio por cada servicio de personal de inspección de..... 15,00 €,
  - más un coste de personal de administración de..... 22,50 €,
  - y con un coste medio de operación de alta de ..... 25,86 €.
- TOTAL..... 63,36 €

*Todo ello de acuerdo con los valores de justificación de costes medios contenidos en el expediente administrativo.*

*Por todo ello, se considera válida y correcta la formulación realizada para la cuantía de los derechos de alta de la tarifa grupo 3, hasta 5000 kw-h (tarifa 3.1), y entre 5000 y 50000 kw-h (tarifa 3.2), por las razones anteriormente expuestas”.*

**UNDÉCIMO.-** Solicitado informe a la Dirección de los Servicios Jurídicos, ésta comunica el 12 de enero de 2005 que procede recabar previamente el informe del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia (CES).

**DUODÉCIMO.-** Solicitado a dicho órgano consultivo el referido informe, fue emitido el 9 de febrero siguiente, del que se destaca lo siguiente:

*“En segundo lugar, el CESRM echa en falta en el expediente una Memoria Económica realizada por el órgano competente de la Administración Regional en la que se demuestre técnicamente, mediante el correspondiente estudio de tiempos y costes necesarios para la prestación de los servicios regulados, que las cuantías propuestas en el Proyecto son coherentes con los gastos que las empresas suministradoras han de asumir.*

*De las observaciones formuladas al primer borrador del Proyecto por una de las empresas distribuidoras consultadas se deduce que ha habido un informe de valoración de tiempos y costes realizado por la asociación sectorial representativa de estas empresas que sirvió de base para la propuesta inicial de tarifas. En ese escrito de observaciones esa empresa proponía una reducción de entre doce y quince euros aproximadamente sobre la inicial que afectaría a las tarifas que concentran la mayoría de los consumos (tarifas 3.1 y 3.2), propuesta aceptada e incluida en el Proyecto sometido a dictamen.*

*Como se decía, el expediente no incorpora un estudio económico que sustente las tarifas que se incluyen en el anexo del Proyecto, que además de las anteriores comprenden otros tramos de consumo dentro de los derechos de alta y otros conceptos (derechos de enganche y derechos de verificación). Tan sólo se recoge un informe técnico de la Dirección General de Industria, Energía y Minas en la que se justifica la idoneidad económica de las tarifas 3,1 y 3,2 propuestas por la empresa que formuló las observaciones, mediante la consideración de los siguientes costes: “un coste medio por cada servicio de personal de inspección”, “un coste de personal de administración” y “un coste medio de operación de alta”, pero en los que las cuantías se han determinado a tanto alzado. En opinión del Consejo, un Proyecto de Decreto que regula el régimen económico bajo el que se prestarán determinados servicios a los ciudadanos requiere un estudio de costes riguroso que constituya el elemento básico sobre el que se determinen las tarifas. (...)*

*Puesto que los costes fundamentales son los de personal, aunque pudiera ser de elaboración más compleja, resultaría interesante estudiar la elaboración, por la Consejería competente y previa consulta con las empresas afectadas, de un índice vinculado a la evolución del crecimiento salarial en este sector según los datos de la negociación colectiva, e incluso un índice ponderado en el que se considere además el precio de ciertos bienes que intervengan en las operaciones necesarias para la prestación de los servicios.*

*El apartado quinto del mismo artículo cuatro establece que “con independencia de lo dispuesto en el apartado anterior (la actualización del IPC), el precio máximo establecido podrá ser modificado mediante Orden del Consejero competente en materia de energía, previa justificación de la alteración sustancial de los costes derivados de la contratación*

y de la verificación previa de las instalaciones receptoras del usuario prevista en la reglamentación vigente y previa audiencia de las asociaciones de consumidores y usuarios”.

*El CESRM considera que debe de aprobarse mediante Orden del Consejero competente las nuevas tarifas que vayan a aplicarse a causa de la actualización del IPC u otro índice que pudiera adoptarse. Pero, siempre que la actualización suponga una modificación de la estructura de costes que representa este Proyecto, y aun valorando el trámite de audiencia que se ofrece a las asociaciones de consumidores y usuarios, las nuevas tarifas se tendrían que aprobar por Decreto, ya que esta disposición requiere un trámite de participación social más amplio que la elaboración de una Orden”.*

**DECIMOTERCERO.-** Remitido el citado Dictamen a la Dirección General de Industria, Energía y Minas, obra en el expediente un denominado “*estudio económico derechos de alta gas natural por canalización. Costes derivados del Servicio*”, emitido el 10 de marzo de 2005 por un Asesor Facultativo de la citada Dirección, informe de posterior comentario.

**DECIMOCUARTO.-** El 23 de marzo siguiente, el citado Asesor Facultativo emite informe en el que señala las modificaciones efectuadas sobre el anterior borrador de Proyecto de Decreto, para ajustarse a las observaciones del CES.

**DECIMOQUINTO.-** Mediante oficio de 27 de marzo de 2006, la Secretaria General de la Consejería requiere a la citada Dirección General para que informe “*si la valoración de costes y los precios que figuran en el Anexo del Decreto deben ser modificados o actualizados y, en caso afirmativo, nos remitan un nuevo estudio económico y un Anexo actualizados a la mayor brevedad posible*”.

**DECIMOSEXTO.-** En escrito presentado el 6 de abril de 2006, la entidad --, S.A. formuló diversas alegaciones, entre las que se destaca lo siguiente:

*“TERCERO.- El día 8-OCT-03 --, S.A. presentó escrito en esa Consejería solicitando la regulación de los derechos de alta, enganche y verificación, adjuntando estudio económico del Comité de Distribuidores de la Asociación Española de Gas (SEDIGAS), justificativo de los costes de las citadas operaciones.*

*CUARTO.- Que en fecha 19-DIC-03 --, S.A., en reunión mantenida con la Dirección General de Industria, se realizaron comentarios respecto al Borrador de Decreto que con ese propósito se nos hizo llegar,*

*QUINTO.- Que, dado el tiempo transcurrido, y la evolución del índice de Precios al Consumo acaecida desde el 16-MAY-03, fecha del informe de SEDIGAS justificando los costos de las operaciones;*

**SOLICITA:**

*PRIMERO.- Considere todo lo anterior y dicte un Decreto que reconozca las percepciones económicas realizadas y establezca el régimen económico de los Derechos de alta, enganche y verificación en los importes justificados en el informe realizado por SEDIGAS, actualizado conforme a la evolución de los índices de Precios al Consumo de los años 2003, 2004 y 2005 publicados tras su emisión. Adjuntamos como Anexo 1 cuadro con el resultado de la citada actualización.*

*SEGUNDO.- Que con el fin de facilitar las actualizaciones anuales de los derechos que se regulen, el citado Decreto establezca un mecanismo de revisión automática anual de los*



*importes establecidos tomando como referencia el índice de Precios al Consumo que cada año publica el Instituto Nacional de Estadística”.*

**DECIMOSÉPTIMO.-** El 25 de mayo de 2006, el citado Asesor Facultativo de la mencionada Dirección General emite un informe sobre la propuesta de percepciones económicas a incluir en el futuro Decreto, presentada por la entidad --, S.A. De dicho informe se destaca lo siguiente:

*“Dentro de la Memoria Económica del expediente de preparación de dicho Proyecto de Decreto, debe constar Estudio Económico realizado en 10 de marzo de 2005 por este facultativo, con el que se justificaba técnicamente, mediante el correspondiente estudio de tiempos y costes necesarios para la prestación de los servicios regulados, que las cuantías propuestas en el Proyecto de Decreto resultaban coherentes con los gastos que las empresas suministradoras habían de asumir.*

*Mediante comunicado interior se me remite escrito contenido en el expediente 3C06RV87, mediante el que la empresa --, S.A. expone que dado el tiempo transcurrido desde su inicial solicitud de aprobación de estos derechos de alta (16 de mayo de 2003), y la evolución del índice de precios al consumo acaecida, se dicte Decreto con los nuevos derechos “justificados en el informe de SEDIGAS actualizado con los IPC de los años 2003, 2004 y 2005”, adjuntando para ello nuevo cuadro como Anexo I.*

#### INFORME

*Estudiando el contenido del escrito y su Anexo I cabe señalar:*

*1) Los importes contenidos en dicho Anexo I superan con creces los calculados en el estudio económico de derechos de alta realizado por este facultativo en 10/03/2005. Como ejemplo, (que) el coste correspondiente a la “tarifa 3,1”, que solicita x. sea ahora de 82,32 €, en dicho estudio era de 63,76 €. Aun aplicando el IPC 2005 a este cálculo, nunca aparecería el demandado por la interesada,*

*2) Si comparamos, por ejemplo, con los derechos de alta en vigor en la vecina Comunidad Autónoma de Andalucía, donde el coste máximo de alta se encuentra fijado en 59,59 euros para los nuevos usuarios de la tarifa 3,1, vemos que la aprobación de derechos como los propuestos ahora por x. supondría diferencias de derechos de alta entre usuarios de Lorca y Pulpí del orden de un 38%.*

*3) En cuanto a los costes por derechos de enganche y verificación, tenemos 26,57 euros para derechos de enganche en Andalucía, frente a los 74,09 euros propuestos por x..*

*4) Por su parte, los servicios de verificación de instalaciones tienen un coste máximo de 38,54 euros para suministros de la tarifa 3.1 en Andalucía, frente a los 51,16 euros propuestos por x., aunque aquí es preciso señalar la diferente estructura tarifaria entre las dos comunidades. En Andalucía, al igual que en el caso de los derechos de alta, esta cantidad aumenta según el volumen y la presión de consumo.*

#### CONCLUSIÓN

*Este facultativo considera la propuesta presentada por --, S.A. como falta de rigor, en cuanto que no justifica el porqué de las variaciones planteadas. Todo ello independiente-*

*mente de los elevados importes solicitados, muy diferentes de lo existente en Comunidades limítrofes con la nuestra, como es el caso de Andalucía.*

*No obstante lo anterior, repetir la existencia del estudio económico realizado en 10/03/2005, y cuya copia acompaño, entendiendo que debiera ser, en todo caso, el dato de partida para las modificaciones que hubieran de realizarse respecto de la propuesta existente”.*

**DECIMOCTAVO.-** Mediante oficio de 20 de junio de 2006, el Vicesecretario de la Consejería proponente comunica a la citada Dirección General que *“en su Informe no dan respuesta a nuestra petición de 27 de marzo de 2006, pues no queda claro si deben o no modificarse o actualizarse los precios y en qué términos. Les solicitamos, pues, que informen en ese sentido y asimismo nos remitan las alegaciones de --, S.A. a que hacían referencia, para que puedan incorporarse al expediente”.*

**DECIMONOVENO.-** Obra en éste un nuevo informe, de 10 de julio de 2006, del ya reseñado Asesor Facultativo, en el que actualiza al año 2006 las cantidades establecidas en su anterior informe de 10 de marzo de 2005.

**VIGÉSIMO.-** El 21 de marzo de 2007, el Jefe del Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería consultante emite informe en el que se explican las modificaciones introducidas en un nuevo borrador de Proyecto, y que se refieren, esencialmente, a las habilitaciones reglamentarias establecidas en dicho borrador al Consejero competente, así como a cuestiones de mejora de redacción del texto.

Es de advertir que en el Anexo de este nuevo borrador no se recogen las cantidades actualizadas a 2006 expresadas en el informe de 10 de julio de 2006, citado en el Antecedente Decimonoveno, sino las del informe de 10 de marzo de 2005.

**VIGESIMOPRIMERO.-** Remitido este último borrador de Proyecto a la Dirección de los Servicios Jurídicos para la emisión de su preceptivo informe, fue evacuado el 28 de mayo de 2007, en el que se destaca la no constancia en el expediente del trámite de alegaciones que hubiera de haberse otorgado a la Cámara de Comercio de Cartagena, y la improcedencia de la habilitación reglamentaria al Consejero contenida en el artículo 4.5 del borrador, así como otras observaciones de mejora técnica de la redacción del texto.

**VIGESIMOSEGUNDO.-** El 25 de junio de 2007, el Vicesecretario de la Consejería emite su preceptivo informe, en el que hace un resumen de lo actuado y se pronuncia en sentido favorable a la aprobación del Proyecto de Decreto.

**VIGESIMOTERCERO.-** El 11 de febrero de 2008, el Asesor Facultativo de referencia emite nuevo informe, del que se destaca lo siguiente:

*“Dentro de la tramitación del correspondiente expediente 3C03RV161, sobre el asunto de referencia, en fecha 5 de octubre de 2007, por la Comisión Técnica de elaboración de esta propuesta se incorporaron al texto de trabajo las cuestiones de mejora apuntadas por el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Consejería de Presidencia nº 140/04, y se entró en consideración acerca de los comentarios aportados en el escrito de 3 de julio de 2007 de la Asociación Española del Gas (SEDIGAS).*

*Al respecto de este segundo asunto, donde SEDIGAS aportaba nueva propuesta, adicional a las anteriores, acerca de los derechos de alta y otros costes a percibir por las compañías distribuidoras de gas natural por canalización, al entender de los miembros de la Comisión*

*técnica no procede entrar en este momento del procedimiento en (a) valorar nuevos valores para estos derechos de alta, ya que la propuesta tramitada ha pasado los debidos controles y actuaciones del Consejo Económico y Social regional, y el resto de agentes en el trámite de información, y no podemos entrar en modificaciones de esa importancia.*

*Por otra parte, se considera por la Comisión Técnica, que los importes sustanciados para estos derechos y costes, están en línea con los regulados en la mayoría de las restantes Comunidades Autónomas, sobre todo en las de más reciente regulación de estos asuntos (caso de Extremadura o Comunidad Valenciana)”.*

**VIGESIMOCUARTO.-** Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 12 de marzo de 2008, el Secretario General de la Consejería de Economía, Empresa e Innovación, por delegación de la Consejera, solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañado el expediente tramitado.

**VIGESIMOQUINTO.-** En Acuerdo nº 9/08, de 2 de abril, este Consejo Jurídico requirió a la Consejería consultante para que completase el expediente con el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos (que no obraba en el expediente remitido), y foliara el expediente, incluyendo el texto definitivo autorizado del Proyecto de Decreto sobre el que se solicitaba el Dictamen.

**VIGÉSIMOSEXTO.-** Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 11 de abril de 2008, el citado Secretario General remite nuevo expediente en el que se subsanan las deficiencias reseñadas en el citado Acuerdo.

A la vista de los referidos antecedentes, procede realizar las siguientes

### CONSIDERACIONES

#### **PRIMERA.-** Carácter del dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de Decreto que constituiría una disposición reglamentaria de desarrollo de normativa básica estatal, constituida por la LSH y el RD 1434/02, citados en los Antecedentes, por lo que concurre el supuesto establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/97, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.-** Procedimiento.

I. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido a este Consejo Jurídico revelan una serie de deficiencias de distinta índole y alcance en la instrucción del procedimiento, algunas de las cuales han de ser consideradas como sustanciales.

En primer lugar, destaca que, acordado por la Dirección General proponente el otorgamiento de un trámite de audiencia a diversas entidades, entre ellas los Colegios Profesionales de Ingenieros Industriales y de Ingenieros Técnicos Industriales, no consta en el expediente que se haya practicado dicho trámite con respecto al segundo de los citados. Lo mismo sucede con la Cámara de Comercio de Cartagena, sobre la que no consta la práctica de dicho trámite, a diferencia de lo acontecido con las de Murcia y Lorca.

Esta irregularidad, en el supuesto de que efectivamente no se hubieran evacuado los trámites en cuestión, no quedaría subsanada por el hecho de que dichas entidades estén

representadas en el Consejo Asesor Regional de Industria al que se sometió el referido Proyecto (Decreto 120/00, de 6 de octubre, regulador de dicho Consejo Asesor), y ello por tratarse de órganos y cauces distintos de participación en el procedimiento de elaboración de la norma, como hemos señalado en anteriores Dictámenes. Sin embargo, la anterior circunstancia sí justifica que la citada irregularidad no tenga entidad suficiente como para calificarla de invalidante del procedimiento.

II. Opinión distinta merece lo relativo al cumplimiento del requisito de motivación de alguna de las determinaciones esenciales (en rigor, de la fundamental) del Proyecto, cual es la justificación de las cantidades que se establecen en su Anexo para los diferentes conceptos a que se refiere, es decir, para los derechos de alta, enganche, reenganche y verificación que pueden percibir, como máximo, las empresas distribuidoras de gas por canalización que operen en la Región de Murcia.

En este sentido, sorprende en primer lugar que no obre en el expediente el escrito que la interesada --, S.A. presentó el 8 de octubre de 2003 en la Dirección General de Industria, Energía y Minas, al que se refiere en sus dos escritos obrantes en el expediente, presentados el 24 de febrero de 2004 y el 6 de abril de 2006 (Antecedentes Cuarto y Decimosexto, respectivamente). En el primero de éstos se hacía alusión al escrito de octubre de 2003, que se apoyaba en el informe sobre justificación de costes de los procesos de alta, enganche y verificación realizado por la Asociación Española de Gas (SEDIGAS). En tal escrito, la empresa se remitía, en parte, a las cuantías que para tales procesos se establecían en dicho informe; y en el escrito presentado en abril de 2006, se limitaba a solicitar que dichas cuantías debían ser actualizadas aplicando el IPC de los años 2003 a 2005, publicados tras la emisión del informe de SEDIGAS.

La referida omisión de un documento tan esencial para las alegaciones de la empresa interesada, no justificada en el expediente, priva a los órganos informantes, señaladamente al CES, como órgano especializado en aspectos económicos, del examen del núcleo sustancial de las alegaciones de una parte interesada en la norma proyectada, como es la empresa distribuidora de gas natural en la Región.

Además de lo anterior, cuando el expediente es enviado al CES para la emisión de su Dictamen, dicho órgano constata la inexistencia de un estudio económico que sustente las cantidades incluidas en el borrador de Proyecto remitido, señalando la exigencia de un *“estudio de costes riguroso que constituye el elemento básico sobre el que se determinan las tarifas”*. Y ello porque el único informe existente entonces al respecto era el de 24 de noviembre de 2004 (ampliamente transcrito en el Antecedente Décimo), que se refería a unas partidas de desglose de costes que se establecían, como señalaba el CES, *“a tanto alzado”*, y que se fundaban, según dicho informe, en *“los valores de justificación de costes medios contenidos en el expediente administrativo”*, hecho este último que no se ajustaba (al menos entonces) a la realidad. El referido informe aludía a consultas con la empresa y al hecho de que las cantidades propuestas por aquélla superaban apreciablemente las que, ante el vacío normativo existente hasta el momento, estaba percibiendo de los usuarios.

En respuesta a la exigencia del CES de la elaboración de un estudio de costes riguroso, es cuando aparece en el expediente el denominado *“Estudio económico derechos de alta gas natural por canalización. Costes derivados del servicio”*, fechado el 10 de marzo de 2005 (es decir, posterior al Dictamen del CES, que, por tanto, no lo conoció, como tampoco el previo de SEDIGAS al que se remitía la empresa). Estudio sobre el que debe señalarse lo siguiente:

A) Sólo se refiere a la cuantía de los derechos de alta, y no a las correspondientes a los derechos de enganche y verificación, cuyas cuantías, sin embargo, se incluyen en el Anexo del Proyecto sin motivación alguna sobre las mismas. Advertimos que coinciden, al céntimo, con las establecidas en el Decreto Foral 259/04, de 5 de julio, del Gobierno de Navarra, lo que no parece justificación suficiente al respecto.

Además, se advierte que la cuantía fijada en el Anexo para los derechos de enganche es superior a la establecida para los derechos de alta, a diferencia de lo que se establece en todos los Decretos autonómicos aprobados tras el RD 1434/02 (en concreto, y además del navarro antes citado, el Decreto 38/04, de 5 de marzo, de la Generalitat Valenciana; el 441/04, de 29 de junio, de la Junta de Andalucía; y el 44/06, de 18 de mayo, de la Comunidad de Madrid), circunstancia aquélla sobre la que no se ofrece justificación alguna, pues, como se dice, no se motiva la cuantía de los derechos de enganche y verificación.

Por otra parte, si se tiene en cuenta que el artículo 4.1 del Proyecto establece que los derechos de alta son de aplicación a los nuevos suministros o a la ampliación de los existentes, y que tales derechos incluyen los servicios de enganche y verificación (en correcta concordancia con el artículo 29.1 RD 1434/02), entendemos que el artículo 4.2 del Proyecto debería ser más explícito a la hora de establecer cuáles son los supuestos, distintos a los de percepción de los derechos de alta, en que las empresas pueden percibir derechos de enganche. Dicho proyecto utiliza a este fin la críptica expresión *“independientemente de lo establecido en el apartado anterior (es decir, el dedicado a los derechos de alta), las empresas distribuidoras podrán obtener percepciones económicas para atender...”* los servicios de enganche y de verificación, cuyas cuantías se establecen en el Anexo, diferenciadas de las de los derechos de alta. Algunos Decretos autonómicos, interpretando *“a sensu contrario”* el citado artículo 29.1 RD 1434/02, han establecido a estos efectos que tales supuestos son aquéllos en que no se trate de nuevos suministros o ampliación de los existentes, algo que resulta lógico pero, incluso, insuficiente para la adecuada comprensión de los supuestos a que se pretende referir la norma (especialmente para el consumidor que tendría que abonar tales derechos). Por ello, resulta conveniente que, además de la fórmula empleada por tales normas autonómicas, se concretasen, siquiera de forma no tasada, cuáles serían tales supuestos, pues ello forma parte de la necesaria función de desarrollo normativo de las bases estatales que tienen encomendadas las normas autonómicas en esta materia.

Lo anterior tiene su trascendencia en orden a la justificación de las cantidades establecidas para estos derechos en el Anexo del Proyecto porque, si existieran casos en que, sin tratarse de nuevos suministros o ampliación de los existentes, resultara posible y procedente la realización conjunta y simultánea, por la empresa distribuidora, de los servicios de enganche y verificación de la instalación, no resultaría lógico que percibiera por ambos servicios una cantidad superior a la establecida para los derechos de alta, en cuanto la cuantía establecida en el mismo Anexo para estos derechos de alta (que ya hemos dicho que incluyen los servicios de enganche y de verificación para los nuevos suministros) es inferior a la suma de las cantidades previstas para los derechos de enganche y de verificación.

B) Por lo que se refiere a la cuantía de los derechos de reenganche (o de reconexión, por utilizar la exacta terminología empleada por el RD 1434/02), debe tenerse en cuenta que, por imperativo de su artículo 59, aquélla ha de ser el doble de la cuantía de los derechos de enganche a que antes se hizo referencia. Estimamos aceptable que el proyectado artículo 5.3º añada, respecto de lo expresado en el citado precepto estatal, que el doble será la cuantía máxima, pues de otro modo dicho precepto estatal se excedería de su carácter

básico. Pero, aparte de esto, es claro que la expresada falta de justificación de la cuantía de los derechos de enganche se transmite también a la de los derechos de reenganche.

C) Por lo que se refiere a los derechos de alta, el reseñado estudio económico se refiere, por una parte, a las cuantías para diferentes supuestos de consumo dentro del grupo tarifario 3 (sobre el que el Anexo del Proyecto debería especificar que se refiere al grupo de consumidores conectados a una red de gas de presión máxima de diseño inferior o igual a 4 bares) y, por otra, a las cuantías para los grupos 1 y 2 (sobre los que igualmente se debería especificar que se refieren a los grupos de consumidores conectados a una red de presión máxima de diseño superior a 60 bares, o superior a 4 e inferior a 60 bares, respectivamente, conforme con lo establecido en el RD 949/01, de 3 de agosto, por el que se regula el acceso de terceros a las instalaciones gasistas y se establece un sistema económico integrado del Sector del Gas Natural).

A este respecto, deben realizarse dos observaciones:

a) Por lo que se refiere a las cuantías de los derechos de alta para el grupo tarifario 3, el estudio de referencia desglosa los costes que han de integrar las tarifas considerando los del personal de inspección y de administración, y los de la empresa en cada operación o servicio de alta de un nuevo suministro (o ampliación del existente, se entiende). Estos conceptos se desglosan, a su vez, en las diferentes actividades y operaciones que dicho personal ha de efectuar al respecto, poniéndolo en relación con el tiempo estimado que ese personal necesitaría para cada una de estas operaciones, concluyendo en un determinado importe en euros del coste medio de cada servicio de alta, para cada uno de los subgrupos de usuarios a que se refiere el Anexo del Proyecto, dentro del referido grupo 3 (f.107 exp.).

El esencial reparo que ha de hacerse a esta cuantificación es, por un lado, que no se justifica el fundamento del parámetro “*coste medio/hora personal de inspección*” y lo mismo para el personal de administración; de otra, como no consta en el expediente el estudio aportado en su día por --, S.A. con su propuesta de cuantías (y, se deduce, con su análisis de costes), no puede compararse uno y otro estudio y realizar un juicio valorativo, aparte de no constar que el estudio de 10 de marzo de 2005 se hubiera trasladado a dicha empresa para formular alegaciones, dado que es la principal interesada en el procedimiento.

b) Por lo que se refiere a la cuantificación de los derechos de alta para los grupos 1 y 2, el estudio se limita a expresar la fórmula de cálculo ( $101,3 + \text{consumo energético diario máximo contratado} \times 0,08$ , con un máximo de 617,24 €), sin explicación alguna al respecto; fórmula que se traslada sin más al Anexo del Proyecto.

c) Por último, resulta sorprendente que el referido estudio fuera seguido de otro, elaborado el 10 de julio de 2006, en el que se actualizaban a ese año las cantidades contenidas en el anterior estudio de 2005 (f. 113 a 115 exp.) y que éstas no se incluyan en ninguno de los borradores del Proyecto elaborados posteriormente a aquella fecha, de modo que en el informe final de 11 de febrero de 2008, del citado Asesor Facultativo, se proponen las cuantías contenidas en su informe de 2005, lo que parece, en todo caso, y sin perjuicio de lo dicho anteriormente, un descuido en la confección final del Proyecto.

III. El artículo 53.1 de la Ley 6/04, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia establece que en el procedimiento de elaboración de una disposición reglamentaria debe incluirse una memoria que comprenda “*la motivación, técnica y jurídica, con el grado de detalle suficiente que requiera el caso, de las concretas determinaciones normativas propuestas*”; esta exigencia, introducida en el texto de la citada

Ley a sugerencia de este Consejo Jurídico en su Dictamen 94/04, de 28 de julio, se fundaba *“en un doble motivo: a) para que los comparecientes en el procedimiento, primero, y los órganos consultivos, después, puedan pronunciarse fundadamente sobre el alcance y fines de las determinaciones propuestas, y b) para cumplir con una exigencia de estricto carácter jurídico, como es la adecuada motivación de las decisiones administrativas, incluidas las de naturaleza normativa”*.

De lo expuesto en el precedente epígrafe II, se concluye que en el procedimiento de referencia no se cumple con las exigencias de una adecuada y suficiente motivación técnica y jurídica, a que se refiere el reseñado artículo 53.1, en relación con las concretas determinaciones del Proyecto a las que se ha hecho referencia en tal epígrafe. Infracción que se considera sustancial y que ha de subsanarse previamente a la aprobación del Proyecto en cuestión, lo que motivará que, tras la incorporación al expediente de los estudios existentes no trasladados en su día al CES, más los nuevos que, ateniéndose a las exigencias de motivación antes expresadas, deban elaborarse, se remita de nuevo el expediente al preceptivo Dictamen de los correspondientes órganos consultivos, tras lo cual deberá enviarse lo actuado a este Consejo Jurídico para su Dictamen final.

#### **TERCERA.- Otras consideraciones.**

Sin perjuicio de lo señalado en la precedente Consideración, deben abordarse otros aspectos del Proyecto.

— Artículo 4.1º, primer párrafo.

El inciso que establece que los derechos de alta *“serán exigibles a los consumidores a tarifa y a los del mercado liberalizado”* debería sustituirse por el más preciso, establecido en el artículo 29.1, tercer párrafo RD 1434/02, de carácter básico, que señala que *“los derechos de alta que perciba el distribuidor para un mismo tipo de consumidor tendrán el mismo valor, con independencia de que el nuevo suministro se contrate en el mercado regulado o en el mercado liberalizado”*.

— Artículo 4.5º.

La habilitación al Consejo competente en la materia para modificar las cuantías de los derechos establecidos en el Anexo del Proyecto es contraria al régimen de habilitación reglamentaria a los Consejeros establecido en el artículo 52.1 de la citada Ley regional 6/04.

En el Dictamen 137/07, de 15 de octubre, expresamos lo siguiente:

*“El Consejo Jurídico ya ha tenido ocasión de establecer doctrina (por todos, Dictamen 65/2005) acerca de los estrechos límites con que la regulación autonómica enmarca la potestad reglamentaria de los Consejeros. Baste recordar, en síntesis, que el artículo 52.1 de la Ley 6/2004, refiere la potestad reglamentaria de los Consejeros a las materias de ámbito organizativo interno de la Consejería, mientras que su artículo 38 reitera dicho ámbito material aunque omitiendo el término “organizativo”.*

*Ambos preceptos regulan una realidad única, el alcance de la potestad reglamentaria de los Consejeros y, por tanto, deben ser interpretados conjuntamente. La ley regional limita ampliamente dicha potestad, refiriéndola en exclusiva a la esfera organizativa interna. Por ello, la primera consecuencia será que las órdenes emanadas de los Consejeros no podrán tener efectos “ad extra”, para reglar las relaciones de los*

*ciudadanos en general, regulando el ejercicio de sus derechos o imponiéndoles obligaciones. Respecto a los reglamentos domésticos, a su vez la jurisprudencia distingue dos ámbitos, el puramente organizativo y el de las relaciones de sujeción especial, distinción que parece evocar la terminología utilizada por la Ley 6/2004, aunque refiriéndose únicamente al primero, respecto del cual no hay duda en afirmar la potestad reglamentaria del Consejero.*

*Respecto de las relaciones de sujeción especial, y aunque la Exposición de Motivos de la Ley regional alude expresamente como modelo inspirador a la normativa estatal que aboga por una interpretación estricta del artículo 97 de la Constitución, la redacción del artículo 52.1 únicamente podría amparar la regulación de aquéllas por los Consejeros si se acoge la acepción más estricta de relación de sujeción especial, es decir la que, por su intensidad y duración, supone la efectiva integración de los sujetos afectados en la organización administrativa misma, constituyendo relaciones de superioridad y dependencia, que comportan un tratamiento especial de la libertad, de los derechos fundamentales así como de sus instituciones de garantía, y que es necesario regular para garantizar la eficacia y el adecuado funcionamiento de la Administración. Sólo así es posible reconducir la regulación de las relaciones de sujeción especial al ámbito estrictamente organizativo interno de cada Consejería, al que la Ley 6/2004 limita la habilitación reglamentaria del titular de aquélla”.*

Aplicado lo anterior al Proyecto objeto de análisis, es claro que incide sobre sujetos no vinculados con la Administración mediante una relación de sujeción especial de carácter orgánico, como son los consumidores, en general, y también sobre empresas que no son, ahora, concesionarias de la Administración (la Ley 34/98 citada, al liberalizar el sector, sujeta la actividad a meras autorizaciones).

Además, el proyectado artículo 4.5º confiere al Consejero un innegable margen de actuación en el dictado de la eventual norma reglamentaria que prevé (la valoración de la incidencia de las futuras modificaciones de la reglamentación del servicio en los costes que han de integrar el importe de las percepciones económicas reguladas en el Proyecto); margen de actuación que es uno de los aspectos que el artículo 52.1 de la Ley 6/04 excluye de la potestad del Consejero cuando la norma reglamentaria pudiera afectar a sujetos ajenos al ámbito organizativo o doméstico de la correspondiente Consejería.

Este último criterio interpretativo sirve, sin embargo, para avanzar un paso más en la exégesis del comentado artículo 52.1, en el sentido de moderar en algunos casos su interpretación estricta, para permitir supuestos en que la norma reglamentaria que pueda dictar el Consejero, aún teniendo, en rigor, efectos “*ad extra*” o no estrictamente organizativos, se limita a aplicar, sin absolutamente ningún margen de apreciación, un parámetro perfectamente definido y objetivo establecido en un previo Decreto, como es el Índice General de Precios al Consumo (IPC), al que se refiere el proyectado artículo 4.4º. No obstante, ello requiere un mayor rigor aún en la concreción de las condiciones de actualización de las cuantías de los derechos regulados por el Proyecto. Así, éste debería determinar, por ejemplo, que se tratará del IPC del año inmediatamente anterior (así, alguna otra norma autonómica) y la fecha en que la Orden de actualización será aplicable, tras su publicación (normalmente, desde el 1 de enero del año en que se publique, dado el carácter “*automático*” que se atribuye a esta actualización en las diversas normas reglamentarias autonómicas dictadas de la materia).



Por todo ello, debe suprimirse el proyectado artículo 4.5° y completarse el 4.4° en el sentido anteriormente indicado.

— Artículo 5.3° y 4°.

Por las mismas razones apuntadas en el comentario al artículo 4.4° y 5°, debe suprimirse del artículo 5.3° la referencia a “*la cantidad correspondiente según lo previsto en el artículo anterior*”, inciso que sólo puede referirse a la Orden prevista en el artículo 4.5° (cuya supresión antes hemos señalado), ya que la Orden de actualización de cuantías conforme al IPC para los derechos de reenganche a que se refiere este artículo 5, se menciona en el artículo 5.4°, precepto éste sobre el que ha de hacerse la misma observación que se ha hecho sobre el proyectado artículo 4.4° relativa a la mayor concreción de sus términos.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### CONCLUSIONES

**PRIMERA.**- El Consejo de Gobierno dispone de competencia y habilitación legal para aprobar el Proyecto de Decreto objeto del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- No obstante, para ello deben subsanarse las deficiencias de motivación de las determinaciones del Proyecto que se analizan en la Consideración Segunda del presente Dictamen, esencialmente las relativas a la justificación de los derechos económicos objeto del Proyecto, por las razones allí expresadas, debiendo seguirse a tal efecto la tramitación indicada en dicha Consideración.

**TERCERA.**- Sin perjuicio de lo anterior, deben modificarse, completarse o suprimirse, según el caso, el artículo 4.1° (inciso “*estos derechos serán exigibles a los consumidores...*”), 2° (inciso “*independientemente de lo establecido en el apartado anterior...*”), 4° y 5° (habilitaciones al Consejero); el artículo 5.3° (inciso “*o la cantidad correspondiente según lo previsto...*”) y 4° (actualización de cuantías); y el Anexo del Proyecto, por las razones expresadas en las Consideraciones Segunda y Tercera del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 141/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 26/08/08**

### **Extracto de Doctrina**

*El desempeño o la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado público algún perjuicio patrimonial, de modo que el funcionario no debe soportar, en su propio patrimonio, un daño generado en el seno de la relación*

*específica funcional, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte (por todos nuestro Dictamen núm. 143/2003).*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 30 de mayo de 2007 (registro de entrada), x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Universidad Politécnica de Cartagena (UPCT), por los daños sufridos en el vehículo de su propiedad, marca Citroën, modelo Xsara Picasso, matrícula “—”, al quedar atrapado por la puerta automática del aparcamiento del Campus Alfonso XIII de la citada Universidad.

Describe lo ocurrido del siguiente modo: *“El día 26 de febrero de 2007 a la salida del trabajo, 15 h., la puerta del garaje del aparcamiento de Agrónomos del Campus de Alfonso XIII no detectó el movimiento de mi coche, un Xsara Picasso (“—”) que salía y se echó encima pillando y arrastrando la parte inferior derecha del mismo, quedándose atrapado durante 10 minutos sin que la intervención del guardia de seguridad para mover la puerta manualmente fuera eficaz, hasta que gracias a cinco personas pudieron levantar el coche y de esta manera pude salir finalmente”.*

Reclama que le sean abonados los daños materiales ocasionados por la reparación del vehículo, que ascienden a 585,23 euros.

**SEGUNDO.-** Con fecha de 29 de junio de 2007, se acuerda la iniciación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, y se notifica a la reclamante, según consta en el expediente (folios 1 y 2).

**TERCERO.-** Con fecha 29 de junio de 2007 la instructora solicita informe sobre los hechos por los que se reclama a la Unidad Técnica y a la Sección de Servicios General de la UPCT.

Por el Ingeniero Industrial, Titulado Superior de la Unidad Técnica de la UPCT, se emite el siguiente informe:

*“Que la puerta dispone de doble sistema de seguridad, mediante célula fotoeléctrica y sensor de presión, por lo que su recorrido se detiene al interrumpirse el haz fotónico que se emite desde un lateral de la puerta y se refleja en el lateral opuesto.*

*Además al producirse contacto entre la puerta y cualquier obstáculo, en este caso el vehículo, la puerta se detiene.*

*En el momento del accidente incidente, la puerta funcionaba, se comprobó, que después, la puerta funcionaba y se detenía de forma automática al interrumpirse el haz fotónico.*

*La comprobación se realizó en varias ocasiones y la puerta ha seguido funcionando de forma correcta, por lo que desconocemos que pudo suceder, si fue un fallo aislado que no se ha vuelto a dar, o sí fue un empuje sobre la puerta de forma automática al interrumpirse el haz fotónico por parte del vehículo”.*

Por su parte el Jefe de los Servicios Generales informa lo siguiente:

*“Del parte emitido el pasado día 26 de febrero, por x., vigilante de seguridad de la x., que prestó el servicio de vigilancia a la UPCT en el Campus del Paseo Alfonso XIII, se desprende que dicho señor fue requerido a las 15:00 horas de ese mismo día en el aparca-*

miento de la ETSIA por x. para que abriera la puerta de acceso del recinto, encontrándose a su llegada con el vehículo Citroën Xsara Picasso de color marrón claro, perteneciente a x., que tenía arañado parte del lateral derecho y la puerta del aparcamiento pegada al mismo. Procedió a desbloquear la puerta para separarla del vehículo saliendo el mismo de dichas dependencias instantes después.

El día 27 de febrero, siguiente al de los hechos, tras mantener una comunicación telefónica con x., recibí información de la misma sobre lo acontecido, de esta se deduce que cuando eran las 14:55 horas del día 26 de febrero, a la salida del trabajo, la puerta que da acceso al aparcamiento de la ETSIA no detectó el coche que ella misma conducía, un vehículo Xsara Picasso, matrícula “—“, echándosele encima, pillando y arrastrando la parte inferior derecha del mismo y quedando atrapado durante diez minutos, sin que la intervención del guardia de seguridad para mover la puerta manualmente fuera eficaz, hasta que gracias a la intervención de cinco personas pudieron levantar el coche y así pudo salir;

Al día siguiente, 28 de febrero, solicité a la Unidad Técnica y a la Coordinadora de Servicios Generales del Campus en el que ocurrieron los hechos que me informaran sobre el incidente y sus posibles causas, así como por las medidas adoptadas.

X., Coordinadora de Servicios Generales en el Campus del Paseo Alfonso XIII, el día 1 de marzo, me informó que tras interesarse por lo ocurrido el día 26 de febrero, así como por la reparación de los posibles fallos de la puerta, la Unidad Técnica comprobó que esta funcionaba perfectamente, aunque cuando detectaba algo se paraba y no retrocedía, habiendo quedado solucionado el inconveniente ese mismo día.

X., Titulado Superior de la Unidad Técnica de la UPCT, informó que según el mismo había comprobado la puerta deslizante del aparcamiento se detenía cuando un obstáculo se interponía entre la célula fotoeléctrica y el reflector, al interrumpirse el haz fotónico, no continuando el cerrado hasta que desaparecía el obstáculo. No encontrando una explicación a los hechos ocurridos el día 26 de febrero.

El mismo día 28 de febrero, vía Gerencia, se cursa el correspondiente parte de siniestros a la compañía x. con quien la Universidad tiene contratada la póliza 85036 de responsabilidad civil. Tras el estudio del asunto en cuestión, el día 2 de marzo, se nos remite un comunicado en que el departamento de siniestros de dicha compañía deniega la cobertura de los daños dado que el perjudicado es empleado de la UPCT y no se considera tercero frente a ésta”.

**CUARTO.-** Con fecha 10 de septiembre de 2007 la instructora se dirige de nuevo a la Sección de Asuntos Generales solicitando informe del guardia de seguridad que intervino en la retirada del vehículo siniestrado. El requerimiento es cumplimentado el siguiente día 17 mediante la remisión del parte de incidencias que extendió x., empleado de la compañía --, S.L., mercantil que lleva a cabo las labores de vigilancia en el Campus del Paseo Alfonso XIII. En dicho parte el x. manifiesta que siendo las 15 horas del día 26 de febrero de 2007 “se me requiere en el parking de Agrónomos por x. para que abra la puerta del parking. A mi llegada encuentro el vehículo Citroën Sara Picasso de color marrón claro, perteneciente a x. que tenía arañado parte del lateral derecho del vehículo y la puerta del parking pegada al mismo, procediendo a desbloquear la puerta para separar la puerta del vehículo, saliendo del parking dicho vehículo”.

**QUINTO.-** La instructora acuerda abrir un período de prueba, lo que se notifica a la interesada a fin de que pueda proponer aquellas que estime oportunas, lo que así hace mediante escrito fechado el 19 de septiembre de 2007, proponiendo la testifical de x, y, z.

Señalado día y hora para que depusiesen los testigos propuestos por la reclamante, comparecen sólo dos ellos, x, y., los cuales manifiestan haber presenciado los hechos y ambos coinciden, al describirlos, con la versión dada por la interesada de que al detener el coche en medio de la puerta, porque delante de ella salía otro vehículo, aquélla comenzó a cerrarse golpeando el automóvil (folios 20 a 23, inclusive).

Asimismo, a propuesta de la instructora, presta declaración en calidad de testigo el x., en la que ratifica el contenido del parte de incidencias que, en su día, extendió; añadiendo que una vez desbloqueada la puerta ésta volvió a funcionar normalmente.

**SEXTO.-** El 23 de noviembre de 2007 se notifica a la reclamante la apertura del trámite de audiencia al objeto de que pueda examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estime pertinentes, sin que aquélla haya hecho uso de este derecho.

**SÉPTIMO.-** La propuesta de resolución, de 21 de diciembre de 2007, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial, al considerar que existe relación de causalidad entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público.

**OCTAVO.-** Con fecha de registro de entrada de 7 de febrero de 2008, el Consejero de Educación, Ciencia e Investigación solicita al Consejo Jurídico de la Región de Murcia la emisión del preceptivo Dictamen sobre el expediente de responsabilidad patrimonial tramitado por la UPCT.

**NOVENO.-** Por Acuerdo núm. 6/2008, de 12 de marzo, el Consejo Jurídico de la Región de Murcia requiere al órgano consultante que complete el expediente con la copia del escrito de reclamación, la factura acreditativa del importe de los daños y la resolución R-476/00, de 12 de septiembre, por la que se habilita a la Jefa de la Asesoría Jurídica de la UPCT para la admisión de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial.

**DÉCIMO.-** Mediante escrito que tuvo entrada en el Registro del Consejo Jurídico el día 22 de abril de 2008, se ha remitido por el Rector de la UPCT copia del escrito de reclamación y de un presupuesto de reparación del vehículo por importe de 585,23 euros.

A la vista de los referidos Antecedentes, procede a realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter de este Dictamen.**

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que en concepto de responsabilidad patrimonial se formulen ante la Administración Regional, de acuerdo con lo establecido 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

Este procedimiento de responsabilidad patrimonial se ha iniciado a instancia de parte interesada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de

marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

La condición funcional de la perjudicada plantea la cuestión de la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial frente a la Administración de los empleados públicos, entendiendo el Consejo Jurídico (por todos nuestro Dictamen núm. 75/99) que la utilización de la expresión “particulares”, recogida en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no debe llevar a una interpretación que excluya a los funcionarios, siempre y cuando sufran un daño que no estén obligados a soportar y medie una relación causa a efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido. En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado (así, Dictamen 1373/1991).

Por otra parte, el Consejo Jurídico viene sosteniendo el principio general en virtud del cual el desempeño o la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado público algún perjuicio patrimonial, de modo que el funcionario no debe soportar, en su propio patrimonio, un daño generado en el seno de la relación específica funcional, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte (por todos nuestro Dictamen núm. 143/2003). Dicha doctrina refleja el principio general de la indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su persona o en sus bienes por el desempeño de funciones o tareas reconocidos en la legislación sobre función pública. Así los artículos 14, d) y 28 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, establecen que los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón de servicio y, en el mismo sentido, el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, también recoge el derecho a la prevención de riesgos laborales y a las indemnizaciones que reglamentariamente se establezcan (artículos 73 y 72.b, respectivamente), cuyo desarrollo no recoge, en el ámbito de nuestra Región, estos supuestos como susceptibles de indemnización.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, se ha ejercitado dentro del año de producido el hecho que motiva la indemnización, de conformidad con lo previsto en el artículo 142.5 LPAC.

El resto del procedimiento seguido por la Administración instructora respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el RRP. No obstante, es preciso realizar determinadas puntualizaciones sobre los concretos extremos que a continuación se indican:

a) No se ha dado cumplimiento al apartado segundo del Acuerdo núm. 6/2008 de este Órgano Consultivo, por el que se solicitaba la incorporación al expediente de la Resolución de la UPCT R-476/00, que deberá unirse al expediente previamente a su resolución.

b) La solicitud de Dictamen de la UPCT ha sido cursada por el Excmo. Sr. Consejero de Educación, Ciencia e Investigación, de acuerdo con lo señalado en varios Dictámenes de Consejo Jurídico (por todos, el número 14/2000), referente a los órganos legitimados para plantear consultas ante este Órgano Consultivo. Por las mismas razones que avalan esta legitimación, la remisión de la documentación complementaria que se solicitaba en nuestro Acuerdo 6/2008 tenía que haberse remitido a través del citado Consejero y no de forma directa por el Rector de la UPCT.

**TERCERA.- Relación de causalidad.**

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. En similares términos se expresa el artículo 139 LPAC, configurando una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio indemnizada.

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, Sentencia de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación, no implica que dicha Administración se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, ya que de lo contrario el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

En suma, de acuerdo con lo establecido por los artículos 139 y 141 LPAC, son requisitos para que se reconozca la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, los siguientes:

- a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.
- c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Del expediente remitido cabe considerar probado que se produjo el accidente en el lugar y fecha indicados, así como que, a consecuencia de él, se derivaron daños en el vehículo propiedad de x. Por tanto, cabe considerar que existe un daño real y evaluable económicamente.

Respecto de la posible existencia de nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos y el resultado dañoso, puede afirmarse la conformidad de este Consejo con la propuesta de resolución que concluye las actuaciones practicadas, afirmando que en el supuesto sometido a Dictamen concurren los requisitos que la LPAC exige para que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea declarada.

En efecto, ha quedado acreditado que el origen del daño lo constituye el cierre imprevisto de la puerta automática del aparcamiento del Campus del Paseo Alfonso XIII de la UPCT, circunstancia que se produjo por un deficiente funcionamiento puntual de la citada puerta. Así se deduce de las declaraciones de los testigos que manifiestan haber observado cómo la puerta se cerraba y golpeaba el coche de la x., y así lo reconoce también el Jefe de los Servicios Generales en su informe obrante al folio 8 cuando, a pesar de que afirma que la puerta funcionaba perfectamente, añade que “...cuando detectaba algo se paraba y no retrocedía, habiendo quedado solucionado el inconveniente ese mismo día”, lo que, a juicio

de este Órgano Consultivo, constituye un anómalo funcionamiento de un servicio público cuyo perjuicio no viene obligada a soportar la reclamante, que en nada contribuyó a la producción del siniestro y que nada tampoco pudo hacer para evitarlo, ya que la única opción que le quedaba para evitar que la puerta golpease su vehículo era continuar su marcha lo que le resultaba imposible al encontrarse otro automóvil delante del suyo.

Por todo ello, al no existir prueba alguna de que el siniestro pudiera ser imputable a la conductora del vehículo no puede considerarse que tenía el deber jurídico de soportar los daños producidos, los cuales, en aplicación de lo establecido en los artículos 139.1 y 141.1 LPAC, han de ser considerados como lesión indemnizable.

#### **CUARTA.- Indemnización.**

La valoración del daño ha de entenderse no discutida al no constar en el expediente manifestación alguna sobre el particular, aceptándose, pues, el importe reclamado más la actualización que corresponda.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que estima la reclamación, al haberse acreditado los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la UPCT.

No obstante, V.E. resolverá.

## **DICTAMEN 142/08.- Proyecto de Decreto por el que se aprueban los Estatutos del Instituto de Seguridad y Salud Laboral de la Región de Murcia.**

**Consultante: Consejero de Empleo y Formación (2007)**

**Fecha: 26/08/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Quedan fuera del concepto de legislación laboral y, en consecuencia, de la reserva competencial al Estado, los reglamentos no ejecutivos, es decir, aquellos que, “sin afectar a los derechos de los ciudadanos”, quedan referidos a “la mera estructuración interna de la organización administrativa” (STC 57/1982). Conforme a esta doctrina, por tanto, la Comunidad Autónoma goza de competencia para dictar reglamentos ad intra, que afecten a la organización de los servicios correspondientes en materia de su competencia, para garantizar su regular ejecución y desenvolvimiento, si bien con el límite de no alterar su régimen jurídico material, cuyo establecimiento queda reservado al Estado.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha indeterminada, el Instituto de Seguridad y Salud Laboral elabora un primer borrador de Proyecto de Decreto por el que se aprueban sus Estatutos.

**SEGUNDO.-** Consta en el expediente la siguiente documentación:

— Informe de necesidad y oportunidad del Proyecto, de fecha 14 de junio de 2006, que afirma la necesidad de aprobar los Estatutos del organismo, para adaptar su régimen a lo establecido en la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad autónoma de la Región de Murcia, con fundamento en lo establecido en su artículo 41 y Disposición transitoria primera.

— Certificado expedido por el Secretario de la Comisión Regional de Seguridad y Salud Laboral, según el cual el Proyecto fue conocido e informado por el referido órgano en sesión habida el 30 de mayo de 2006.

— Estudio económico, según el cual no se generan nuevas obligaciones económicas no previstas inicialmente en los presupuestos de la Administración regional, ni disminución de los ingresos inicialmente previstos.

**TERCERO.-** Con fecha 28 de junio de 2006, el Servicio Jurídico de la Consejería de Trabajo y Política Social informa favorablemente el texto, sin formular objeción alguna de legalidad ni sugerencia de mejora.

**CUARTO.-** El 21 de marzo de 2007, se expide certificación acreditativa de la negociación del Proyecto, en sesión de esa misma fecha, en la Mesa Sectorial de Administración y Servicios.

**QUINTO.-** El 29 de marzo de 2007, el Servicio de Ordenación Normativa de la Dirección General de Función Pública emite informe sobre la regulación que del personal del Instituto se contiene en los futuros Estatutos, sin formular observaciones al mismo, más allá de ilustrar acerca de los trámites sucesivos del Proyecto.

**SEXTO.-** El Consejo Regional de la Función Pública, en sesión de 29 de marzo de 2007, informa favorablemente el Proyecto, según se acredita mediante certificación acreditativa de su Secretario.

**SÉPTIMO.-** El 27 de abril siguiente se incorpora al expediente un informe, según el cual, el Proyecto, *“en materia de Prevención de Riesgos Laborales, no provoca ningún impacto en función del sexo, en las distintas disposiciones que contiene”*.

**OCTAVO.-** Con fecha 28 de noviembre de 2007, la Dirección de los Servicios Jurídicos informa el Proyecto formulando diversas observaciones de corte procedimental, de técnica normativa y material. Entre las primeras destaca la ausencia en el expediente del informe de la Dirección General de Presupuestos y de un verdadero estudio económico sobre el coste derivado de la aplicación de la futura norma.

Entre las observaciones de naturaleza sustantiva destaca una de conjunto acerca del Proyecto, en el sentido de ser poco innovador del régimen del Instituto, limitándose en buena parte de sus preceptos a transcribir los de la Ley de creación del organismo. Formula, además, diversas observaciones singulares a concretos preceptos del Proyecto.

**NOVENO.-** Una vez incorporadas al texto la mayor parte de las sugerencias formuladas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, se elabora un nuevo borrador y se incorporan



al expediente un nuevo estudio económico, que equipara el coste de la nueva norma al conjunto del Presupuesto del organismo, e informe de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas, que entienda ajustado a las previsiones legales el régimen presupuestario y financiero contemplado en la futura norma.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 10 de marzo de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

Según el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), éste debe ser oído, con carácter preceptivo, antes de la aprobación por el Consejo de Gobierno de proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional, o que constituyan desarrollo legislativo de legislación básica del Estado. El Proyecto sometido a consulta, en tanto que regula los Estatutos del organismo autónomo creado por la Ley 1/2000, de 27 de junio, de creación del Instituto de Seguridad y Salud Laboral de la Región de Murcia (LISSL), requiere nuestro Dictamen preceptivo, al ser su objeto el desarrollo reglamentario de las previsiones allí contenidas.

#### **SEGUNDA.- Habilitación legal y competencia material.**

1. La Disposición Final segunda LISSL autoriza al Consejo de Gobierno para dictar cuantas disposiciones resulten necesarias para su ejecución y desarrollo, de forma coherente no sólo con la genérica atribución de la potestad reglamentaria que el artículo 32 del Estatuto de Autonomía para la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia efectúa a favor del órgano titular del poder ejecutivo, sino también con la específica atribución que el artículo 41.2 de la Ley 7/2004, efectúa al Consejo de Gobierno para la aprobación de los Estatutos de los organismos autónomos.

En tales habilitaciones cabe fundamentar los Estatutos del organismo autónomo, concebidos como el complemento indispensable de la Ley de creación de aquél, como se desprende del contenido propio y mínimo de aquellos que enumera el propio artículo 41 de la Ley 7/2004 y, sobre todo, de la exigencia contenida en su artículo 40.3, de acompañar todo anteproyecto de ley de creación de un organismo público que se eleve al Consejo de Gobierno de una propuesta de estatutos.

Del mismo modo, debe señalarse que, si bien el texto sometido a Dictamen cumple con los requisitos mínimos de contenido establecidos por la Ley 7/2004 para los Estatutos de los organismos autónomos, el Proyecto se centra de forma sustancial en la parte estrictamente organizativa, mientras que en lo relativo a patrimonio, régimen económico, financiero y presupuestario, personal y contratación, poco menos que se limita a reproducir los preceptos legales que habría de desarrollar.

2. El contenido eminentemente organizativo de buena parte del Proyecto sometido a consulta es el fruto de la potestad de autoorganización que corresponde a toda Administración Pública para diseñar las estructuras organizativas que den soporte a sus actividades

y que, en lo que afecta a la Administración regional, viene consagrada en los artículos 10.Uno.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU), que atribuye a la Comunidad autónoma la competencia exclusiva en materia, entre otras, de organización de sus instituciones de autogobierno, y en el artículo 51, también del Estatuto de Autonomía, que confiere a aquélla la creación y estructuración de su propia Administración pública, dentro de los principios y normas básicas del Estado, fijando en su apartado 2 los principios a que deberá ajustarse esa organización. Por su parte, el artículo 52 remite a una Ley la determinación del régimen jurídico de la referida Administración pública regional. Dicha Ley, en lo que se refiere a los organismos autónomos, no es otra que la 7/2004.

El informe del Servicio Jurídico de la entonces Consejería de Trabajo y Política Social busca el fundamento competencial de la futura norma en el artículo 12.Uno.10 EAMU, en cuya virtud, corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de ejecución de la legislación laboral. Si bien es cierto que el ámbito material en que desenvuelve su actividad el ISSL se corresponde con la aludida competencia, debe advertirse que, como ya indicamos en el Dictamen 168/2007, de conformidad con el citado precepto estatutario, corresponde a la Comunidad Autónoma, en los términos que establezcan las leyes y las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado, la función ejecutiva en materia laboral. Precisa asimismo que, de conformidad con el artículo 149.1,7ª de la Constitución Española, corresponde al Estado la competencia sobre legislación laboral y la Alta Inspección, con reserva de todas las competencias en materia de migraciones interiores y exteriores, fondos de ámbito nacional y de empleo, sin perjuicio de lo que establezcan las normas del Estado sobre estas materias.

El precepto constitucional, además, dispone que corresponde al Estado la competencia exclusiva para establecer la legislación laboral, “sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas”.

En materia de relaciones laborales, el término “legislación” ha de ser interpretado, conforme a una temprana y consolidada doctrina constitucional (SSTC 18, 35 y 57/1982; 7/1985; 360/1993), en sentido amplio o material, incluyendo, por tanto, no sólo la ley formal, sino también sus normas reglamentarias de desarrollo. Así pues, al Estado le corresponde la competencia exclusiva para dictar ambos tipos de normas, tanto leyes como reglamentos ejecutivos, asegurando así la “uniformidad en la ordenación jurídica de la materia” (STC 86/1991).

Quedan fuera del concepto de legislación laboral y, en consecuencia, de la reserva competencial al Estado, los reglamentos no ejecutivos, es decir, aquellos que, “*sin afectar a los derechos de los ciudadanos*”, quedan referidos a “*la mera estructuración interna de la organización administrativa*” (STC 57/1982). Conforme a esta doctrina, por tanto, la Comunidad Autónoma goza de competencia para dictar reglamentos *ad intra*, que afecten a la organización de los servicios correspondientes en materia de su competencia, para garantizar su regular ejecución y desenvolvimiento, si bien con el límite de no alterar su régimen jurídico material, cuyo establecimiento queda reservado al Estado.

Al margen de proclamar la competencia de la Comunidad Autónoma, en general, y del Consejo de Gobierno, en particular, para establecer los Estatutos del ISSL, resulta necesario efectuar una consideración acerca del alcance de este Dictamen en relación con la estructura organizativa diseñada, y es que el respeto a la citada potestad de autoorganización ejercitada por el órgano competente, así como la naturaleza y funciones de este Consejo Jurídico, determinan que el presente Dictamen deba ceñirse a efectuar un juicio de legalidad

del Proyecto sometido a consulta, mediante su contraste con las normas indicadas y con la normativa sectorial aplicable, sin perjuicio de realizar también aquellas observaciones que, desde la óptica de la técnica normativa, puedan contribuir a la mejora del texto.

**TERCERA.- Procedimiento de elaboración.**

1. Como ya se ha dicho, el artículo 41.2 de la Ley 7/2004 atribuye al Consejo de Gobierno la competencia para aprobar los estatutos mediante Decreto, a propuesta del titular del departamento de adscripción y previo informe de las Consejerías competentes en materia de organización administrativa y hacienda.

De conformidad con la previsión legal, la futura norma se ha tramitado como Proyecto de Decreto, si bien no consta en el expediente la propuesta del titular de la Consejería de adscripción del organismo (Consejería de Empleo y Formación) al Consejo de Gobierno.

2. Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, si bien han de advertirse las siguientes carencias que dificultan la comprensión del *iter* normativo y de las distintas alternativas tomadas en consideración para alumbrar el texto definitivo:

a) No se han incorporado al expediente remitido al Consejo Jurídico los sucesivos borradores que se han ido elaborando durante la tramitación de la futura disposición. Así, por ejemplo, el extracto de secretaría alude a la introducción de diversas modificaciones en el texto del Proyecto, como consecuencia de las observaciones efectuadas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, sin que este Órgano Consultivo haya podido conocer el texto original sobre el que se operó la variación.

b) Al contrario de lo afirmado en el expediente y de lo prescrito por el artículo 53.2 de la Ley 6/2004, aquél no recoge una suficiente motivación técnica y jurídica de las diferentes alternativas normativas, más allá de una mera justificación genérica de todo el Proyecto.

c) No contiene el expediente un análisis crítico de las alegaciones y sugerencias formuladas por los diversos órganos durante la tramitación del Proyecto, justificando técnicamente su asunción o rechazo.

d) Frente a la exigencia contenida en el artículo 46.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, de incorporar al expediente una copia autorizada del texto definitivo del proyecto de disposición, en él únicamente consta un texto, cuya condición de autorizado y aún de definitivo únicamente puede extraerse del índice de documentos.

3. Tampoco puede entenderse cumplido el trámite de informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan en el nuevo Decreto, trámite que resulta preceptivo en los procedimientos de elaboración de las disposiciones de carácter general de ámbito regional tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Hombres y Mujeres y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia, que modificó, en dicho sentido, el artículo 53.1 de la Ley 6/2004.

En el expediente consta un informe que se limita a manifestar que la norma proyectada, *“en materia de prevención de riesgos laborales, no provoca ningún impacto en función del sexo, en las distintas disposiciones que contiene”*.

El trámite sólo puede entenderse cumplimentado desde un punto de vista formal y, por ende, resulta insuficiente en orden a cumplir la finalidad exigida por la Ley 6/2004 de ilustrar al órgano que ha de aprobar la norma acerca de imprevistas o indeseadas consecuencias sexistas de medidas o decisiones que, en principio, no deberían producirlas, evitando efectos negativos no intencionales que puedan favorecer situaciones de discriminación.

La utilización de esta fórmula genérica de ausencia de implicaciones de género ha sido ampliamente rechazada por este Consejo Jurídico en múltiples Dictámenes y en su Memoria del año 2007.

**CUARTA.- Observaciones de carácter general.**

1. La reiteración de contenidos legales.

Es doctrina consolidada de este Consejo Jurídico que cuando se pretenda incluir en normas reglamentarias preceptos que son reproducción de la Ley que se desarrolla, mediante llamadas concretas se deje advertencia en el texto del reglamento de cuáles son los contenidos legales volcados al mismo, para así facilitar su comprensión e interpretación, a la par que se da cuenta de los contenidos meramente reglamentarios y se consigue también el objetivo de procurar una total regulación de la materia (Dictamen 23/98).

Ya la Dirección de los Servicios Jurídicos advirtió a la Consejería consultante acerca de la utilización de la técnica denominada “lex repetita” y de los riesgos que conlleva, lo que motivó la modificación de diversos artículos del Proyecto que, sin embargo, no puede ser considerada suficiente.

La reiteración de contenidos legales en el Proyecto es una técnica empleada de forma repetida a lo largo del texto. De hecho, no es aventurado afirmar que las innovaciones normativas incorporadas por el futuro Decreto al régimen del Instituto establecido por su Ley de creación son mínimas y limitadas a los aspectos organizativos, sin advertir novedad alguna en los demás contenidos propios de los Estatutos.

Es cierto que, en una norma de estas características, el cumplimiento estricto de la recomendación efectuada de hacer constar de forma expresa el origen legal de las disposiciones y preceptos que se trasladan desde la Ley de creación del Instituto podría hacer farragoso el texto de los Estatutos, pero de no hacerlo así, el riesgo de que los peligros de la técnica utilizada, ya suficientemente puestos de manifiesto por la Dirección de los Servicios Jurídicos, se materialicen es elevado. Una técnica alternativa sería la de la remisión a la Ley, limitándose los Estatutos a establecer las normas estrictamente reglamentarias, entendidas éstas como aquellas que sin reproducir preceptos legales, materialmente innovan el ordenamiento jurídico complementando las previsiones de aquélla. Ello permitiría reducir ampliamente el contenido y extensión de la norma.

Si, no obstante la sugerencia formulada, la Consejería consultante opta por mantener la técnica seguida en el Proyecto hasta ahora, debería cambiar el punto y aparte de la fórmula introductoria de los artículos 18 y 19 del Proyecto, por “:”. En el artículo 20, en cambio, debería sustituirse el punto y aparte de la primera línea por una coma, e iniciar con minúscula la segunda línea.

2. La regulación de los extremos relativos a la organización de los organismos públicos contenida en la Ley 7/2004 ha precisado de una labor interpretativa por parte de este Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 128/2005) en orden a determinar qué concretos aspectos encuentran mejor acomodo en los estatutos del organismo y cuáles en su estructura

orgánica. El origen de las dudas reside en la previsión legal de existencia de un Decreto de estructura orgánica del organismo público (artículo 14.2), al tiempo que prescribe la necesaria inclusión de la “estructura organizativa” del organismo como contenido mínimo de sus Estatutos (artículo 41.1, a).

Este Órgano Consultivo considera que ambas normas reglamentarias son distintas, es decir, no cabe interpretar que el Decreto de estructura orgánica sea una parte de los Estatutos del organismo, pues ambos tienen establecida una diferente tramitación, ni la estructura orgánica puede ser considerada como un mero desarrollo de los Estatutos, pues el artículo 14.2 de la Ley 7/2004 es tajante al afirmar el vínculo directo existente entre la estructura orgánica y la norma que da origen al organismo, al disponer que el establecimiento o modificación de aquella se hará de acuerdo con lo que disponga la Ley de creación.

Como ya ha indicado el Consejo Jurídico (Dictamen 7/2006), la necesidad de distinguir entre estructura organizativa y estructura orgánica, unida a la ausencia de una disposición legal que de manera expresa establezca qué contenidos son propios de cada uno de tales conceptos, obliga a efectuar una interpretación sistemática, en el contexto de la propia Ley 7/2004. A estos efectos, el artículo 10.3 establece que las unidades administrativas son los elementos organizativos básicos de las estructuras orgánicas, de lo cual se desprende que el Decreto que las establece debe crear, modificar y suprimir unidades administrativas. Ahora bien, no todas las unidades, pues el artículo 14.3 de la misma Ley deja tales atribuciones, sobre las inferiores a nivel de sección, a cada Consejería. En definitiva, el contenido propio de las estructuras orgánicas es la creación, modificación y supresión de las unidades administrativas de nivel igual o superior a sección, con determinación de las funciones que corresponden a cada una de ellas.

¿Qué corresponde, entonces, a los Estatutos del organismo? La solución a esta incógnita debe buscarse en la naturaleza de esta norma como reglamento ejecutivo de su Ley de creación, de tal forma que si a ésta corresponde el establecimiento de los órganos directivos (artículos 11.6 y 40.1, c de la Ley 7/2004), será misión de los estatutos el desarrollo reglamentario de tales prescripciones organizativas esenciales contenidas en la Ley, tanto las dirigidas a complementar la regulación de los órganos de creación legal como la de aquellas previsiones que, afectando a la organización del Instituto, no constituyan creación de unidades administrativas.

En virtud de lo expuesto, cabe hacer un juicio general favorable acerca de los contenidos organizativos incluidos en el Proyecto, en tanto que se ajustan a los criterios de distribución indicados. Ello no obstante, también incluye el Proyecto una regulación de la Subdirección General Técnica del Instituto, en los artículos 8.2 y, sobre todo, 14, que merece una consideración aparte.

La indicada Subdirección, que tiene rango de Subdirección General, fue creada por la Ley 3/2001, de 3 de julio, de modificación de la LISSL. Legalmente, se define como “órgano de apoyo y asistencia técnica inmediata a la Dirección” del Instituto (artículo 10 bis LISSL). No es, sin embargo, un órgano directivo, porque si bien su rango de Subdirección General lo haría merecedor de tal calificación en virtud del artículo 11.2 de la Ley 7/2004, el apartado 6 del mismo precepto legal contiene una norma específica para los organismos autónomos, en cuya virtud será la correspondiente norma de creación la que determine los órganos directivos del organismo. Comoquiera que el artículo 5 LISSL enumera los órganos del Instituto, omitiendo en dicha relación cualquier mención a la Subdirección General Técnica, cabe concluir que ésta es, más bien, una unidad administrativa de garce entre la es-

estructura administrativa y los órganos de dirección del organismo, cuya regulación encuentra su ubicación más adecuada en el Decreto de estructura orgánica del Instituto, donde de facto ya se contiene su régimen. Las funciones que allí se le encomiendan, de corte estrictamente administrativo y técnico-científico, tanto a la Subdirección como a las unidades que de ella dependen, confirman esta configuración de la Subdirección más como unidad administrativa que como verdadero órgano, en la medida en que carece de potestades capaces de producir efectos en la esfera jurídica de los ciudadanos (art. 10.2 de la Ley 7/2004).

En consecuencia, bastaría en el Proyecto objeto de Dictamen con la mención que a la misma se realiza en el artículo 8.2, consistente en la mera alusión a su existencia y remisión al Decreto de estructura orgánica. Con ello se consigue dar una imagen global e integrada de los órganos del Instituto y del instrumento administrativo de apoyo técnico con el que cuenta.

Por el contrario, el artículo 14 del Proyecto debe ser suprimido. Su regulación se superpone a la establecida por el artículo 3 del Decreto 219/2006, de 27 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica del Instituto, generando incluso problemas interpretativos, derivados del diferente contenido funcional que en ambos preceptos se atribuye al mismo órgano, pues el Proyecto omite reproducir las funciones designadas con las letras a) a la k) del artículo 3.1 del Decreto 219/2006, atribuyéndole sólo la indicada con la letra l) de aquella enumeración, de marcado carácter residual. En cualquier caso, es evidente que la intención del Proyecto no es detraer tan importante número de funciones a la Subdirección, sino, con defectuosa técnica, sintetizar los cometidos asignados a la unidad. Por ello, lo más conveniente sería suprimir el artículo 14 del Proyecto, de forma que la regulación material de la Subdirección General Técnica se contenga allí donde sistemáticamente le corresponde.

### 3. El objeto de la norma y la técnica normativa.

De conformidad con la memoria justificativa de la necesidad y oportunidad del Proyecto, su objeto es aprobar los Estatutos del Instituto y, a su través, cumplir con el mandato de adecuación del régimen del organismo al marco jurídico que, para la Administración institucional, instaura la Ley 7/2004.

Las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, que el Consejo Jurídico considera aplicables en nuestra Comunidad Autónoma ante la inexistencia de un cuerpo de reglas regionales sobre la materia, aconsejan modificar la sistemática del conjunto de la disposición, refundiendo en un solo precepto los actuales artículos 1, 2 y 4 del Proyecto, para ganar en claridad y orden sistemático. Así, el primer artículo del Proyecto, como artículo único y bajo el epígrafe de “Aprobación de los Estatutos”, podría comenzar con una redacción similar a la que sigue: “En desarrollo de la Ley 1/2000, de 27 de junio, de creación del Instituto de Seguridad y Salud Laboral y de conformidad con lo establecido en el artículo 41 y en la Disposición transitoria primera de la Ley 7/2004, ..., se aprueban los Estatutos del Instituto de Seguridad y Salud Laboral, cuyo texto se incluye a continuación, adecuando su régimen a lo establecido en esta última Ley” (Directriz 93).

En rigor, no sería necesario especificar los extremos que son objeto de regulación, en la medida en que la referencia al artículo 41 de la Ley 7/2004, ya indica el contenido de los Estatutos, aunque, si se desea reproducir la regulación legal, podría hacerse en un segundo apartado de este hipotético artículo único. De hacerlo, cada uno de los contenidos debería consignarse en párrafo aparte.

#### 4. Sistemática.

Los Estatutos han de insertarse a continuación, aunque no como Anexo (Directriz 47), con una numeración de los artículos independiente de la del Decreto aprobatorio, de forma que la primera disposición de aquellos será el artículo 1.

Además, la Disposición final que regula la entrada en vigor de la norma, debe incorporarse al Decreto aprobatorio, por lo que debe figurar a continuación del artículo único y antes del texto de los Estatutos (Directriz 94).

#### **QUINTA.- Observaciones particulares al texto.**

##### 1. A la parte expositiva.

a) Carece la Exposición de Motivos del futuro Decreto de una referencia al fundamento competencial de la Comunidad Autónoma que permite su aprobación, lo que debería corregirse mediante la cita de los preceptos estatutarios en que aquél se basa.

b) El tercer párrafo de la parte expositiva afirma la necesidad de contar con unos Estatutos *“adaptados a las especificidades de la naturaleza, fines y funciones de las nuevas competencias establecidas en la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales”*. Sin embargo, ni se menciona cuáles son tales nuevas competencias, ni en el articulado se recogen nuevas funciones, distintas de las ya establecidas en la Ley de creación del Instituto, que era anterior a dicha reforma.

Dada la especial incidencia que sobre el personal al servicio del Instituto tuvo la previsión contenida en la indicada Ley 54/2003 relativa a la actuación coordinada y la colaboración de los técnicos de prevención del organismo con la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, en orden a conseguir una mayor eficacia de la actuación administrativa en materia de prevención de riesgos en el trabajo, cabe inferir que es a estas nuevas labores a las que se refiere la Exposición de Motivos.

Las funciones consignadas en el artículo 4.1 LISSL, con las letras h) *“establecer los procedimientos de actuación necesarios para garantizar la coordinación entre los distintos organismos competentes en las diferentes administraciones públicas”*; o) *“Prestar la colaboración pericial y el asesoramiento técnico necesario a la Inspección de Trabajo y autoridades judiciales”*; e y), en cuya virtud corresponden al Instituto *“cuantas otras funciones sean necesarias para el cumplimiento de sus objetivos en cuanto a promoción y prevención en materia de seguridad y salud en el trabajo”*, en relación con las normas estatales que prevén la indicada coordinación y colaboración interadministrativa (Real Decreto 689/2005, de 10 de junio, se modifica el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, y el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de Sanciones en el Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas a la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo), ofrecen suficiente amparo normativo para el desempeño de las indicadas funciones, por lo que en sentido estricto no sería necesario añadir las nuevas labores al cuadro funcional contenido en la LISSL.

No obstante, en la medida en que la Exposición de Motivos alude a esta nueva atribución funcional, debería ser más expresiva de su contenido.

2. Al articulado.

— Artículo 6. Régimen jurídico.

El reglamento no debe ser menos preciso que la Ley a la que se pretende complementar y desarrollar. Y esto es lo que ocurre en la regulación que del régimen jurídico del Instituto se realiza en el precepto objeto de consideración. En efecto, comoquiera que el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE) impide la contradicción del reglamento ejecutivo con la Ley matriz, cuando el Proyecto enumera las normas en las que se contiene el régimen jurídico a que se sujeta el organismo y omite la sumisión del organismo autónomo a los artículos 1 y 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y al Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre (en adelante, TRLH), disposiciones sí incluidas por la LISSL entre las que dibujan el régimen jurídico del organismo, no puede interpretarse el artículo 6 del Proyecto en el sentido de que aquéllas ya no resultan de aplicación al Instituto.

Quizás la redacción de la LISSL (disposición sobre cuyo Anteproyecto no se recabó el Dictamen de este órgano consultivo) no es la más afortunada, toda vez que limita los preceptos de la LPAC aplicables al organismo autónomo a los artículos 1 y 2, cuando lo cierto es que tales preceptos lo que determinan es la inclusión del organismo autónomo en el ámbito de aplicación de la Ley, por lo que queda sometido a todas las prescripciones básicas contenidas en esta norma y no sólo a los artículos indicados.

Tampoco es adecuada la determinación de la supletoriedad del derecho estatal respecto del autonómico que establece el artículo 1.2 LISSL, pues, como es bien sabido, la supletoriedad del derecho estatal respecto del autonómico es establecida con carácter general en el artículo 149.3 CE, y en cuanto al Derecho emanado de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en el artículo 15.4 EAMU.

Es doctrina del Consejo de Estado que *“la supletoriedad del derecho estatal no depende de que los ordenamientos autonómicos lo llamen como tal derecho supletorio. Antes al contrario, la supletoriedad del derecho estatal viene establecida por el artículo 149.3, in fine, y, por ello, se impone a los ordenamientos autonómicos. A éstos no les es dable disponer de la supletoriedad de la legislación estatal”* (Dictamen 680/2004, de 27 de mayo). En consecuencia, considera el Alto Órgano Consultivo que todas aquellas normas autonómicas que pretendan definir las relaciones entre el derecho estatal y el propio no son acordes al ordenamiento. El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, por su parte, también se ha hecho eco de dicha doctrina en diversos pronunciamientos (por todos, Dictamen 106/2007).

Pues bien, a pesar de lo expuesto, el reglamento ejecutivo se encuentra plenamente sometido a la Ley que desarrolla, y no puede, con ocasión de la adecuación del régimen del Instituto a lo dispuesto en la Ley 7/2004, desconocer las remisiones que la norma que crea el organismo efectúa a otras disposiciones no incompatibles con aquella Ley 7/2004. Así ocurre no sólo con los artículos 1 y 2 LPAC, sino también con el TRLH, pues si bien no será de aplicación la clasificación de los organismos autónomos que contenía su artículo 5, expresamente derogado por la Ley 7/2004, el Instituto habrá de someter su régimen económico-financiero, presupuestario y de control a lo establecido en el referido texto refundido, como de forma expresa indica el artículo 26 del Proyecto.

No debe interpretarse esta consideración en el sentido de exigir una transcripción literal del precepto legal que reproduzca las mismas deficiencias de redacción de aquél. Antes



bien, la solución pasaría por remitir la regulación del régimen jurídico del organismo a lo establecido en el artículo 6 de su Ley de creación, con la salvedad expresa de la sucesión de la Ley 7/2004, respecto de la derogada Ley 1/1988, de 7 de enero, del Presidente, del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Con ello se consigue respetar el marco jurídico establecido por la LISSL al tiempo que se modifica sólo aquello que precisa ser adaptado.

— Artículo 11. El Presidente del Instituto.

El apartado 1 es reiterativo de lo establecido en el artículo 9.2, a) del Proyecto, por lo que puede suprimirse.

— Artículo 12. El Vicepresidente.

La remisión interna del último inciso del precepto ha de hacerse al artículo 11 del Proyecto, en coherencia con la remisión contenida en el artículo 9 LISSL, según la cual las funciones que el Presidente puede delegar en el Vicepresidente serán las que tiene atribuidas por el artículo 8 de la Ley y que se corresponden con las que le asigna el artículo 11 del Proyecto.

— Artículo 13. El Director del Instituto.

a) El precepto califica al Director como máximo órgano directivo unipersonal del Instituto. Sin embargo, atendidas las funciones que tanto la Ley como el Proyecto asignan al Presidente del Instituto, que no se limitan a las propias de la Presidencia del Consejo de Dirección, sino que ostenta funciones como órgano directivo unipersonal, pues es el representante legal del Instituto —lo que le convierte en el órgano de contratación del mismo (art. 35.2 de la Ley 7/2004)— y puede, además, recibir otras funciones que le sean conferidas reglamentariamente (art. 8 LISSL), aquella preeminente condición sería predicable de él más que del Director.

b) La enumeración de las funciones del Director del Instituto aparenta ser taxativa o cerrada, salvo por la previsión de la posibilidad de delegación de otras por parte del Consejo de Dirección. Sin embargo, en la referida relación no están incluidas todas las funciones que reglamentariamente corresponden al Director, pues no constan las que le atribuye el Decreto 371/2007, de 30 de noviembre, por el que se crea la Comisión Interdepartamental de Seguridad y Salud Laboral, como Secretario de este órgano y como miembro de su Comisión Técnica.

Comoquiera que en otros preceptos del Proyecto, al regular el elenco funcional correspondiente a otros órganos, como el Presidente, se establece una previsión expresa de la posibilidad de atribución reglamentaria de nuevas funciones al margen de las previstas en la Ley de creación del organismo y en los Estatutos, no estaría de más incorporar una previsión similar como cierre de la relación de funciones contenida en el apartado 2. Y ello aun siendo, en rigor, innecesaria, toda vez que una previsión reglamentaria posterior no necesitaría de una previa habilitación por parte de los Estatutos.

— Artículo 18. El Pleno (de la Comisión Regional de Seguridad y Salud Laboral).

El apartado 3, reproduciendo la norma contenida en el artículo 13 LISSL, atribuye al Pleno la aprobación del “reglamento interno de la Comisión”, mientras el artículo 19.2 del Proyecto, deudor del 16.2 LISSL, al regular la Comisión Permanente del aludido órgano de participación, alude al “Reglamento de Régimen Interno”, como fuente de las funciones

que ha de desarrollar. La Ley de creación del organismo no permite discernir con claridad si ambos reglamentos se refieren a una misma norma a la que, con defectuosa técnica, se denomina de forma diversa, o si, por el contrario, se pretende establecer dos textos, uno el reglamento interno de la Comisión Regional de Seguridad y Salud Laboral, y otro, el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión Permanente del indicado órgano.

Si, como parece razonable, la Ley se refiere a un único texto que reglamente el funcionamiento interno de la Comisión Regional de Seguridad y Salud Laboral, el Proyecto objeto de consulta brinda una oportunidad para homogeneizar su denominación y establecer las líneas maestras de su regulación.

Por otra parte, debería suprimirse el último inciso del artículo 21.3, pues reitera la regla del 18.3 del Proyecto relativa a la aprobación por el Pleno del reglamento interno de la Comisión.

— Artículo 22. Personal del Instituto.

El apartado 2 reproduce el artículo 21.2 LISSL, aunque no de forma literal, pues si la Ley establece que el procedimiento de selección y acceso será el mismo que se aplique “*al resto del personal al servicio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia*”, el Proyecto omite la expresión “resto del”, con lo que podría llegar a interpretarse que, de forma implícita, los Estatutos consideran que el personal del Instituto no forma parte del personal al servicio de la Comunidad Autónoma, lo que sería contrario no sólo a la Ley de creación del organismo, sino también al artículo 2.2 del Texto Refundido de la Ley de Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero.

Del mismo modo, a los clásicos principios constitucionales rectores del acceso al empleo público (igualdad, mérito y capacidad), más el de publicidad, a los que alude el último inciso del segundo apartado, el artículo 55.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público ha venido a añadir otros que, por su carácter básico, extienden su ámbito de aplicación a todas las Administraciones Públicas, incluidos los organismos públicos de ellas dependientes. Procede, en consecuencia, completar la cita de los indicados principios, para lo que podría bastar con una remisión expresa al precepto básico.

— Artículo 23. Patrimonio.

Reproduce este precepto el artículo 19 LISSL, enumerando los diversos elementos que constituyen el patrimonio del Instituto. Sin embargo, algunos de ellos, singularmente las subvenciones, aportaciones y donaciones (letra c), así como los ingresos derivados del ejercicio de su actividad (letra e), entran en contradicción con el artículo 3.2 de la Ley 33/2002, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP), en cuya virtud, “*no se entenderán incluidos en el patrimonio de las Administraciones públicas el dinero, los valores, los créditos y los demás recursos financieros de su hacienda ni, en el caso de las entidades públicas empresariales y entidades análogas dependientes de las comunidades autónomas o corporaciones locales, los recursos que constituyen su tesorería*”.

El precepto ha venido a subrayar la distinción existente entre patrimonio y recursos integrantes de la Hacienda pública, que generó no poca discusión doctrinal en el pasado. Acoge, en definitiva, el legislador estatal la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional con ocasión del análisis de la Ley 39/1988, de 29 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales, al señalar que el patrimonio de las entidades locales está constituido por “*el conjunto de bienes, derechos y acciones que le pertenecen, mientras que en la Hacienda*

*Local, en cambio, se integra el conjunto de los ingresos, tributos propios, participaciones en tributos de otros entes públicos, subvenciones, precios públicos, productos de las operaciones de crédito, las multas que perciben, así como las demás prestaciones de Derecho público, incluyendo también a las obligaciones”.*

Como ya adelantamos, el Proyecto no hace sino transcribir el artículo 19 LISSL, por lo que la contradicción con el precepto básico (cualidad atribuida al artículo 3.2 LPAP por su Disposición final segunda, apartado 5) sería predicable no sólo de los futuros Estatutos, sino también de la propia Ley de creación del organismo. No obstante, en la medida en que ésta habría quedado tácitamente derogada desde la entrada en vigor de la norma básica posterior, en todo aquello que se oponga a ésta, los Estatutos no deberían reproducir la norma matriz derogada.

— Artículo 26. Régimen de contratación, económico, presupuestario y de control.

a) La cita de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia debe ajustarse a su denominación oficial actual: el TRLH.

b) El apartado 4 debería salvaguardar los demás controles, además del de eficacia, a los que se somete el Instituto en virtud de lo dispuesto en el artículo 20.3 LISSL y en el TRLH.

3. Revisión gramatical.

Procede efectuar una revisión gramatical del conjunto del texto del Proyecto, en orden a corregir las numerosas incorrecciones gramaticales que cabe apreciar en el mismo y que afectan al uso de los signos de puntuación, tildes, uso de mayúsculas, etc.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### CONCLUSIONES

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma ostenta competencia suficiente para regular la materia sobre la que versa el Proyecto, correspondiendo su aprobación como Decreto al Consejo de Gobierno.

**SEGUNDA.**- En el procedimiento de elaboración del texto se advierten las irregularidades puestas de manifiesto en la Consideración Tercera de este Dictamen, a pesar de lo cual este Órgano Consultivo ha considerado procedente entrar a conocer sobre el contenido del Proyecto.

**TERCERA.**- Tienen carácter esencial las consideraciones relativas a los artículos 14, que debe ser suprimido por las razones expuestas en la Consideración Cuarta.2 de este Dictamen; 22 y 23, sobre la inclusión del personal del organismo autónomo en el conjunto del personal al servicio de la Comunidad Autónoma y los elementos integrantes del patrimonio del Instituto, respectivamente, de conformidad con lo expresado en la Consideración Quinta.2.

**CUARTA.**- El resto de observaciones, de incorporarse al texto, contribuirían a su mayor perfección técnica y mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 143/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 26/08/08**

**Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 2/2008.*

**DICTAMEN 144/08.- Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Estatuto Básico de Centros de Día de Persona Mayores de la Región de Murcia, dependientes del I.M.A.S.**

**Consultante: Consejera de Trabajo y Política Social (2004)**

**Fecha: 02/09/08**

**Extracto de Doctrina**

*En nuestro Dictamen 26/03, de 12 de febrero, emitido sobre el entonces Anteproyecto de la LSSMU, expresábamos que no resultaba adecuada la remisión reglamentaria que su proyectado artículo 5.1 hacía respecto de los derechos de los extranjeros al disfrute de los Servicios Sociales previstos en el Anteproyecto; remisión reglamentaria “difícilmente compatible con el artículo 14.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, ya que remite a un desarrollo reglamentario autonómico un condicionado de derechos de los extranjeros que el citado precepto legal ya reconoce sin sometimiento a condición”.*

*Asimismo, en nuestro Dictamen 57/02, de 22 de abril, sobre la incidencia de la citada L.O. 4/00 en la competencia autonómica exclusiva en materia de servicios sociales, señalamos que “los títulos competenciales sectoriales pueden determinar los requisitos subjetivos para gozar de los derechos que establezca la correspondiente norma (en el caso del Proyecto que ahora nos ocupa, ser mayor de 65 años, o de 60 si se es titular de una pensión), excepto el relativo a la condición de extranjero o apátrida, que es, precisamente, lo propio del título específico y exclusivo estatal establecido en el artículo 149.1.2º de la Constitución”.*

*Por ello, el proyectado artículo 3.1 infringe la L.O. 4/00, al no remitirse a la misma en este punto. Deben, pues, eliminarse las referencias sobre el periodo mínimo de residencia contenidas en sus letras b) y c), y hacer las oportunas remisiones a la citada Ley Orgánica, esto es, a sus artículos 1.2 y 14.2, teniendo en cuenta que este último dispone que “los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles”.*

*En este sentido, el Proyecto parece confundir dos aspectos distintos: de un lado, el régimen general de admisión en esta clase de Centros, que debe ajustarse al cuerpo normativo antes citado; de otro, las particulares condiciones de admisión de cada centro que vengán determinadas por su capacidad asistencial, sin que, por razón de la nacionalidad de los usuarios, puedan aceptarse otras que no deriven de la citada legislación.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 11 de julio de 2005 la Directora del Instituto de Servicios Sociales de la Región de Murcia (ISSORM) elevó a la Consejera de Trabajo y Política Social una propuesta para la tramitación de un proyecto de Decreto para aprobar el Estatuto Básico de los Centros de Día de Personas Mayores de la Región de Murcia dependientes del ISSORM. A un primer borrador de Proyecto acompañaba un informe sobre su necesidad y oportunidad, y otro relativo a su motivación técnica y jurídica, ambos de la fecha antes indicada. El 14 de julio siguiente se emitió la preceptiva memoria económica.

**SEGUNDO.-** En sesiones de 28 de noviembre de 2005, el Consejo Regional de Servicios Sociales y el Consejo Asesor Regional de Personas Mayores informan favorablemente el referido borrador.

**TERCERO.-** El 23 de marzo de 2006, el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería informa favorablemente el borrador, indicando cuáles son los trámites preceptivos a seguir previos a su aprobación. Dicho informe es ratificado por la Vicesecretaria de la Consejería.

**CUARTO.-** Solicitado dictamen al Consejo Económico y Social de la Región de Murcia (CES) es emitido el 6 de junio de 2006, en el que, en síntesis, valora positivamente el Proyecto, por dar cumplimiento a diversos preceptos de la Ley 3/03, de 10 de abril, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia (LSSMU) y al Plan de Acción Social para las Personas Mayores de la Región de Murcia (2005-2007).

No obstante lo anterior, el CES *“considera que, precisamente por la introducción en el Proyecto de Decreto de elementos de fomento de una participación más responsable y ligada al desempeño de tareas y por la relevancia del principio de participación de los usuarios en el ámbito de la Ley 3/2003, del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia, no se deben valorar positivamente algunas de las modificaciones que el proyecto de Decreto introduce sobre la normativa vigente, que tienen como consecuencia una cierta devaluación de la trascendencia de las competencias de participación de los usuarios en la gestión de los Centros de Día”*.

**QUINTO.-** A raíz de tales observaciones, el Servicio Jurídico del ISSORM emitió informe el 24 de julio siguiente, en el que se pronunciaba a favor o en contra, según el caso, de tales observaciones, con razonamientos, en el segundo de los casos, que se analizarán en las Consideraciones del presente Dictamen. Fruto de lo anterior, se elabora un segundo borrador de Proyecto, incorporando algunas de las sugerencias del CES y rechazando otras.

**SEXTO.-** Solicitado informe a la Dirección de los Servicios Jurídicos, fue emitido el 17 de noviembre de 2006. Junto a observaciones de mejora técnica del texto, advierte incorrecciones en la determinación del ámbito subjetivo del Proyecto, es decir, lo que atañe a los usuarios de los Centros que allí se regulan; y ello con cita y remisión al Dictamen nº 26/03 de este Consejo Jurídico, emitido sobre el entonces Anteproyecto de LSSMU, respecto del engarce indeterminado entre dicho Anteproyecto y la Ley Orgánica 4/00, de 11

de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España (LOEX), aspecto de posterior comentario. Asimismo, considera que la LSSMU avala que cada Centro sea oído previamente a la elaboración de su presupuesto y, en fin, estima que el proyectado artículo 29 infringe el artículo 35 de dicha Ley, asimismo de posterior comentario. También sugiere que, como sucede en otras normativas autonómicas, se establezca en el Proyecto que no podrán ser admitidos en estos Centros las personas con enfermedad infectocontagiosa o crónica en estado terminal, o que requieran atención continuada en centro hospitalario, o que padezcan enfermedad mental o trastorno de conducta que pueda alterar gravemente la convivencia en el Centro, salvo que cuente con unidades especializadas al respecto.

**SÉPTIMO.-** El 24 de noviembre de 2006, la Secretaría Autonómica de Acción Social de la Consejería asume la tramitación realizada hasta el momento.

**OCTAVO.-** Solicitado al Instituto Murciano de Acción Social (IMAS), sucesor de las competencias del antiguo ISSORM, un informe sobre las observaciones realizadas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, es emitido el 26 de abril de 2007, en el que justifica el acogimiento de diversas observaciones efectuadas por dicha Dirección.

Por lo que se refiere a las observaciones que rechaza, debe señalarse, en síntesis, lo siguiente:

En cuanto a la determinación del ámbito subjetivo (usuarios) de los Centros, se alega que debe mantenerse la redacción proyectada, porque el número de plazas en los mismos es escaso y el de solicitantes muy grande, sobre todo en período de vacaciones, siendo imposible atender todas las solicitudes sin que el servicio que se presta, que no es de carácter básico, se vea afectado. Asimismo, respecto a la prohibición de admisión de personas con enfermedades o trastornos incompatibles con la convivencia en estos Centros, se alega que ello ya se recoge en "*Convenios y Reglamentos Internos*".

En cuanto a la participación de los usuarios en la elaboración del presupuesto del Centro, señala que aquéllos participan en la elaboración del programa de actividades, que es lo más importante para ellos.

Por último, en cuanto al Reglamento previsto en el artículo 29 del Proyecto, se alega que los Centros de que se trata son de titularidad de la Administración regional y, por ello, no pueden ser los usuarios, sino aquélla, la que lo elabore y apruebe, cuyo contenido, además, se ve condicionado por normas jurídicas, aplicables al personal y la organización, de obligado cumplimiento.

**NOVENO.-** Posteriormente, se elabora un último borrador de Proyecto de Decreto, incorporando varias observaciones de la Dirección de los Servicios Jurídicos. Este borrador es el que, obrante al final del expediente remitido a este Consejo Jurídico, constituye el objeto del presente Dictamen, según se desprende del extracto de aquél (f. 126 y 127).

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de Decreto que constituye un desarrollo reglamentario de la LSSMU, concurriendo con ello el

supuesto previsto en el artículo 12.5 de la Ley 2/97, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

**SEGUNDA.- Procedimiento y competencia.**

I. A la vista del expediente remitido, puede afirmarse que se ha cumplido sustancialmente con lo establecido en el artículo 53 de la Ley 6/04, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, aplicable en materia de procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias.

No obstante, se advierte la omisión del preceptivo informe sobre el impacto por razón de género de la futura norma, previsto en la Ley estatal 30/2003, de 13 de octubre, y hoy también en la Ley regional 7/2007, de 4 de abril, que modificó el artículo 53.1 de la Ley 6/04 antes citada; informe que deberá incorporarse al expediente y elaborarse conforme con los criterios expresados en la Memoria del año 2007 de este Consejo Jurídico, a la que nos remitimos.

II. De conformidad, entre otros preceptos, con el artículo 21, a) LSSMU, corresponde al Consejo de Gobierno “*el desarrollo reglamentario de la legislación sobre servicios sociales*”, materia en la que se incardina sin dificultad el Proyecto de Decreto objeto de Dictamen, visto su contenido.

**TERCERA.- Competencia y habilitación legal.**

La Comunidad Autónoma dispone de competencia para aprobar el Proyecto de Decreto en cuestión, conforme con la atribución efectuada a la misma por el artículo 10. Uno, 18 del vigente Estatuto de Autonomía, en la materia de asistencia y bienestar social y política de la tercera edad, entre otras.

En su desarrollo, la LSSMU establece el régimen jurídico básico del Sistema de Servicios Sociales de la Región de Murcia, destacando, a los efectos que aquí nos ocupan, los siguientes preceptos:

— Artículo 10.1. Califica el Servicio Social en el sector de Personas Mayores como un servicio especializado (frente a los Servicios Sociales de Atención Primaria regulados en su artículo 9).

— Artículo 21.a). Atribuye al Consejo de Gobierno la competencia para el desarrollo reglamentario de la legislación de servicios sociales.

— Artículo 21.e). Atribuye al Consejo de Gobierno la competencia para garantizar el nivel de participación de los usuarios en la organización de los centros y servicios sociales.

— Artículo 31. Establece que todas las entidades, centros y servicios sociales deberán establecer procedimientos de participación democrática de los usuarios o de sus representantes legales, de acuerdo con lo que se determine reglamentariamente.

— Artículo 32.2.f). Reconoce expresamente el derecho del usuario a la participación en las actividades de centros y servicios, en la forma que se determine reglamentariamente.

**CUARTA.- Sobre el ajuste del proyecto a diversas normas de rango legal.**

Varias son las cuestiones que se plantean sobre la adecuación del articulado del Proyecto al régimen establecido en la LSSMU, debiendo analizarse también, a este respecto, la incidencia que tuvo sobre ella la posterior Ley 1/06, de 10 de abril, de creación del IMAS

(LIMAS), y su posterior desarrollo por el Decreto 305/06, de 22 de diciembre, aprobatorio de los Estatutos del IMAS. A la vista tanto de este cuerpo normativo como de otras normas legales de posterior referencia, de obligado respeto, deben hacerse las siguientes observaciones al contenido del Proyecto.

— Artículo 3.1. Requisitos, por razón de la nacionalidad, para ser usuario de los Centros.

Este precepto limita el derecho de los ciudadanos no españoles de estados miembros de la Unión Europea a ser usuarios de los Centros cuando hayan sido residentes en nuestra Comunidad por, al menos, tres años; en defecto de lo anterior, y para cualquier otra situación y demás extranjeros, se exige la residencia en nuestra Comunidad por, al menos, cinco años. La Consejería proponente lo justifica en la limitada capacidad de estos Centros, que no prestan un servicio social básico.

En nuestro Dictamen 26/03, de 12 de febrero, emitido sobre el entonces Anteproyecto de la LSSMU, expresábamos que no resultaba adecuada la remisión reglamentaria que su proyectado artículo 5.1 hacía respecto de los derechos de los extranjeros al disfrute de los Servicios Sociales previstos en el Anteproyecto; remisión reglamentaria *“difícilmente compatible con el artículo 14.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, ya que remite a un desarrollo reglamentario autonómico un condicionado de derechos de los extranjeros que el citado precepto legal ya reconoce sin sometimiento a condición”*.

Asimismo, en nuestro Dictamen 57/02, de 22 de abril, sobre la incidencia de la citada L.O. 4/00 en la competencia autonómica exclusiva en materia de servicios sociales, señalamos que *“los títulos competenciales sectoriales pueden determinar los requisitos subjetivos para gozar de los derechos que establezca la correspondiente norma (en el caso del Proyecto que ahora nos ocupa, ser mayor de 65 años, o de 60 si se es titular de una pensión), excepto el relativo a la condición de extranjero o apátrida, que es, precisamente, lo propio del título específico y exclusivo estatal establecido en el artículo 149.1.2º de la Constitución”*.

Por ello, el proyectado artículo 3.1 infringe la L.O. 4/00, al no remitirse a la misma en este punto. Deben, pues, eliminarse las referencias sobre el periodo mínimo de residencia contenidas en sus letras b) y c), y hacer las oportunas remisiones a la citada Ley Orgánica, esto es, a sus artículos 1.2 y 14.2, teniendo en cuenta que este último dispone que *“los extranjeros residentes tendrán derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles”*.

En este sentido, el Proyecto parece confundir dos aspectos distintos: de un lado, el régimen general de admisión en esta clase de Centros, que debe ajustarse al cuerpo normativo antes citado; de otro, las particulares condiciones de admisión de cada centro que vengan determinadas por su capacidad asistencial, sin que, por razón de la nacionalidad de los usuarios, puedan aceptarse otras que no deriven de la citada legislación.

Es, por cierto, en este segundo aspecto, el de la capacidad asistencial, donde el Proyecto no contempla la necesaria regulación básica, ni sobre la elaboración de las listas de espera que, en su caso, puedan existir, aspecto en el que lo único dispuesto hasta el momento a nivel reglamentario por el Consejo de Gobierno es la atribución al Director General de



Personas Mayores del IMAS de la competencia para gestionar (es decir, para elaborar y aplicar) dicha lista (artículo 11.2, b) del antes citado Decreto 305/06). El Proyecto no incluye referencia alguna al respecto, menos aún, pues, unos básicos criterios sustantivos y procedimentales en estos aspectos, que, como razonaremos seguidamente, no pueden quedar, como otros de posterior análisis, a su regulación por los órganos del IMAS, Organismo que no dispone de competencia normativa al efecto (vid. art. 3, f) del citado Decreto, que se comentará posteriormente), ni a la libre y completa disposición del Reglamento Administrativo de Funcionamiento (RAF) de cada centro, previsto en el proyectado artículo 29, también de posterior comentario.

— Artículo 3.3 y 4 y Disposiciones adicional primera y transitoria única. Sobre el contenido mínimo y el desarrollo normativo del Decreto.

A) Los números 3 y 4 del proyectado artículo 3 prevén excepciones y singularidades respecto de los requisitos generales establecidos en los números 1 y 2 del artículo para la admisión en los centros; excepciones y singularidades que se defieren a lo que establezca el correspondiente RAF de cada Centro. La reseñada Disposición adicional primera remite la regulación del procedimiento electoral en los Centros a una norma del IMAS; la Disposición transitoria única alude a una futura regulación (sin precisar más: “*en tanto no se regule...*”) del procedimiento disciplinario aplicable en estos Centros.

Sobre el debido alcance o extensión del ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno (extensible aquí al Consejo de Gobierno regional, sin perjuicio de las particularidades del ordenamiento jurídico autonómico, algunas de las cuales se abordarán más adelante), el Dictamen 184/06, del Consejo de Estado, señala que “*el Gobierno podrá habilitar a un Ministro para los desarrollos complementarios, pero no obviar su propia competencia natural a base de hacer dejación de la misma mediante un abierro reenvío a lo que decida el Ministro. No siendo determinable en abstracto el punto hasta el cual el reenvío es correcto y a partir de dónde el mismo enmascara un auténtico abandono de competencias propias, para alcanzar conclusiones habrá que analizar cada caso concreto, bien que partiendo del principio de que alguna regulación inicial debe, desde luego, haberse asumido directamente por el propio Gobierno*”. En el mismo sentido se pronunció en su Memoria del año 2005.

B) La configuración del supuesto excepcional previsto en el número 3 se remite, en definitiva, a lo que se establezca en el RAF de cada Centro. Dicha remisión no cumple con las exigencias mínimas del contenido de la potestad reglamentaria que debe ejercer el Consejo de Gobierno, ex artículo 21,a) LSSMU, al contener una remisión genérica o “*en blanco*” al respectivo RAF, ya que el precepto prevé que podrán adquirir la condición de usuarios del Centro las personas que, no reuniendo los requisitos generales, sean titulares de una pensión “*y/o reúnan determinadas circunstancias personales o sociales*”, que deberán ser establecidas en el citado RAF. Al tratarse de requisitos de admisión para adquirir la condición de usuario, se está en un momento anterior a la misma existencia de ésta (aún no se ha constituido la relación especial de sujeción entre el usuario y la Administración, que se produce con la resolución de admisión como usuario), y ello justifica que el Proyecto deba incluir las pertinentes determinaciones generales reguladoras de esta cuestión. Así, una vez establecidos en el Proyecto los necesarios criterios atinentes a las “*determinadas circunstancias personales o sociales*” a que se refiere, el respectivo RAF podrá desarrollar tales prescripciones, pero sólo cuando ello sea imprescindible en atención a las específicas y particulares condiciones o características de cada Centro, pues ésta y no otra es la finalidad

de estas reglamentaciones internas, instrumentos jurídicos que no pueden ser considerados disposiciones reglamentarias generales, en el sentido tradicional o propio del término.

Lo mismo cabe decir de lo establecido en el número 4 de este artículo 3, en donde la remisión se efectúa mediante la expresión “*los que se establezcan reglamentariamente o a través de los convenios que al efecto se suscriban*”, para referirse a la determinación de los requisitos para ser admitido en las Unidades de estos Centros a que se refiere el artículo 1.2.b) del Proyecto. El supuesto que contempla parece tener relación, por cierto, con lo que señala el IMAS en su informe de 26 de abril de 2007 sobre los enfermos con enfermedad crónica que requieran continuada asistencia hospitalaria, o enfermedad terminal, de los que señala que no son admitidos en estos Centros (se deduce, para no desvirtuar su naturaleza, que no es hospitalaria), “*según se recoge en los requisitos para solicitar el ingreso en dicho servicio de Estancias Diurnas, recogido en Convenios y Reglamento Interno*”. En todo caso, se trata de aspectos esenciales relativos a la admisión o inadmisión al servicio, que no pueden quedar a la libre disposición de cada Reglamento Interno, por las mismas razones expresadas anteriormente respecto del proyectado artículo 3.3 y porque el IMAS, como seguidamente se desarrollará, carece de potestad reglamentaria en sentido propio. Por su parte, la referencia a los Convenios no está motivada en el expediente y resulta poco clara, especialmente cuando se trata de Centros de titularidad autonómica, y aquéllos no tienen propiamente un carácter normativo. Ello justifica la regulación de este supuesto, como el anterior, en el presente Proyecto, con el alcance y en los términos allí indicados.

C) Análogas observaciones han de hacerse a la remisión que efectúan las Disposiciones adicionales primera y transitoria única a una futura norma reguladora del procedimiento para las elecciones de representantes de los usuarios en el Consejo de Participación de cada Centro (norma cuya competencia el Proyecto atribuye a la Dirección Gerencial del IMAS), y a la futura regulación del procedimiento disciplinario aplicable a los usuarios de estos Centros, respectivamente. Ello nos lleva a plantearnos si el IMAS tiene potestad para ordenar estos aspectos.

A tal fin, ha de recordarse que el artículo 38.2 de la Ley 7/04, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia dispone lo siguiente sobre las potestades de los Organismos Públicos:

*“Dentro de su esfera de competencia, les corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, salvo la potestad expropiatoria, en los términos que prevean sus normas de creación.*

*Los estatutos podrán atribuir a los organismos públicos regionales la potestad de ordenar aspectos secundarios del funcionamiento del servicio encomendado, en el marco y con el alcance establecido por las disposiciones que fijen el régimen jurídico básico de dicho servicio”.*

Precisamente con ocasión de nuestro Dictamen 143/05, de 17 de octubre, al Anteproyecto de la LIMAS, señalamos que “*resulta difícil concebir que la ley haya de fijar los fines del Organismo, sin entender que junto a ellos deben figurar las bases generales de las funciones que se han de llevar a cabo para el cumplimiento de dichos fines, correspondiendo a los Estatutos su posterior desarrollo y concreción*”. A tal efecto, se advierte que el artículo 3.1.a) LIMAS atribuye a dicho Organismo, entre otras, la función de organización, gestión y control de los centros asistenciales de su competencia (entre ellos, los ahora re-

gulados) y, en el número 2 de dicho artículo, se le atribuyen las potestades de organización, planificación, ejecución forzosa de sus actos, de control, sancionadora y disciplinaria, y las demás previstas en el ordenamiento jurídico que puedan atribuírsele para el cumplimiento de sus fines, salvo la expropiatoria. Este último inciso parece una alusión a lo previsto en el transcrito artículo 38.2 Ley 7/04. En cualquier caso, y conforme señalamos en el citado Dictamen, es el Decreto aprobatorio de los Estatutos del IMAS la norma que debe desarrollar y concretar las potestades del Organismo, y hacer uso, en su caso, de lo previsto en el segundo párrafo del citado precepto de la Ley 7/04. Si acudimos a dicho Estatuto, se advierte que el mismo no sólo no atribuye al IMAS la potestad de ordenación a que se refiere aquél, sino que el artículo 3, f) del Decreto 305/06, en su cometido de desarrollar y concretar la LIMAS, atribuye al Instituto la función de “*propuesta para la elaboración de anteproyectos y proyectos de disposiciones de carácter general y de cualquier otra normativa específica referida a los colectivos de su competencia*”, es decir, no la potestad de aprobar tal normativa, en desarrollo de la regulación básica del servicio, a que se refiere el artículo 38.2 Ley 7/04, sino sólo la de proponer su aprobación.

Por ello, las normas previstas en las comentadas Disposiciones no pueden ser aprobadas por el IMAS, no advirtiéndose obstáculo para que puedan ser incluidas en el presente Proyecto (como, por ejemplo ha hecho el Decreto 24/02, de 14 de febrero, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León), con el alcance que en cada caso se considere conveniente (en todo caso los aspectos básicos) y sin perjuicio de una eventual operatividad de los RAF, cuando ello sea procedente en atención a las concretas particularidades de cada Centro, según se apuntó en su momento.

Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de que el IMAS pueda establecer determinaciones organizativas que afecten a los centros en cuanto unidades administrativas que son, como sucede en los casos previstos en el proyectado artículo 1.3 (configuración de los Centros con unas u otras Unidades asistenciales) y en la Disposición adicional tercera (horario y calendario de los Centros), pues tales supuestos se enmarcan en el ámbito de la potestad de organización de los centros de su titularidad (a la que más adelante nos referiremos, al comentar la regulación proyectada para los RAF de los Centros); pero dicho Organismo no puede aprobar disposiciones reglamentarias generales como las que se prevén en los preceptos objeto de análisis.

De este modo, y en conclusión, la proyectada Disposición adicional primera debería limitarse a establecer los plazos para la convocatoria de elecciones a representantes de los usuarios por parte de las actuales Juntas de Gobierno, y para celebrarlas, conforme con las disposiciones que se establezcan en el Decreto, a partir de su entrada en vigor.

Por su parte, la Disposición transitoria única debería quedarse con su primer párrafo, añadiéndole que se aplicará el presente Decreto si ello fuera más favorable para el sujeto responsable. El resto de determinaciones deberían incluirse en la regulación del procedimiento disciplinario que se incluya en el Decreto, según se apuntó anteriormente.

#### — Artículo 7.

En su último párrafo establece que en los supuestos de pérdida de la condición de usuario del Centro previstos en las letras f) y g) precedentes, se dictará una resolución al efecto, previo expediente motivado y con todas las garantías procedimentales pertinentes. Es evidente, si no se quiere vulnerar la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que

lo anterior no puede limitarse a unos concretos supuestos de pérdida de la condición de usuario, sino a todos los previstos en el artículo 7. Cuestión distinta será la mayor o menos extensión y complejidad de la motivación y del procedimiento a tramitar, que dependerá de cada supuesto de pérdida de la condición de usuario. En rigor, este párrafo es innecesario, por lo que debería suprimirse.

— Artículo 29 y Disposición adicional segunda.

A) El citado artículo establece lo siguiente:

*“Por la Dirección Gerencial del IMAS se dotará a todos los Centros de Día de Personas Mayores de un Reglamento Administrativo de Funcionamiento, que, de forma clara e inteligible, se dará a conocer tanto a los usuarios como al personal del Centro y que regulará los siguientes aspectos:*

*a) Normas generales de funcionamiento del Centro de Día de Personas Mayores.*

*b) Normas de convivencia”.*

La Disposición adicional segunda proyectada, en coherencia con lo anterior, establece que en un plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Decreto, la Dirección Gerencial del IMAS dictará las resoluciones que contengan el RAF de cada Centro.

Por su parte, el artículo 35 LSSMU establece que *“Cada centro prestador de servicios sociales redactará y someterá a la aprobación administrativa de la Consejería competente en materia de servicios sociales, un reglamento de régimen interior en el que se respetarán, en todo caso, los derechos y libertades constitucionalmente garantizados, así como los establecidos en la presente Ley”.*

Este reglamento (RRI) es, precisamente, el RAF a que se refiere el proyectado artículo 29 y sus concordantes, pues fácilmente puede comprobarse que el contenido que se prevé para el mismo (normas de funcionamiento del Centro —letra a)— y normas de convivencia —letra b)—, coinciden sustancialmente con lo que dispone el artículo 34 LSSMU (precedente inmediato, pues, del anteriormente transcrito), que establece como obligación del usuario:

*“a) Cumplir las normas sobre utilización del centro o servicio establecidas en el reglamento de régimen interior.*

*b) Observar una conducta basada en el mutuo respeto, tolerancia y colaboración, encaminada a facilitar una mejor convivencia” (...).*

En este punto, el IMAS no opone más objeción a la invocación del artículo 35 LSSMU, efectuada por la Dirección de los Servicios Jurídicos, que el hecho de que estos Centros son unidades administrativas cuyo funcionamiento no puede quedar en manos de los usuarios, como no quedan otros centros asistenciales o culturales de titularidad pública, y que en el funcionamiento de dichos Centros inciden normas administrativas de obligado cumplimiento que no pueden desconocerse, como las relativas a los horarios y días de apertura y cierre del Centro.

Sin embargo, ninguna de estas alegaciones desvirtúa la operatividad del citado artículo 35, pues éste sólo reconoce a los Centros una facultad de iniciativa en la elaboración del RRI (el RAF del Proyecto), pero no para su aprobación final. Así, tras elaborar, aprobar interna o provisionalmente y remitir el Centro su propuesta de RRI al IMAS, éste deberá

informarlo y aprobarlo con carácter definitivo (no la Consejería, como dice el citado artículo 35, debido a la posterior incidencia en este punto de la LIMAS sobre la LSSMU, según se razonará más adelante). En este sentido, es claro que el RRI tendrá que atenerse a los límites que le vengan predeterminados por normas jurídicas de obligado cumplimiento, lo que será controlado por el IMAS (sin perjuicio de la intervención del Director de cada Centro en el seno del órgano encargado de la elaboración del Reglamento). Además, el margen de operatividad de cada RRI será distinto en tanto tenga que ajustarse a normas de obligado cumplimiento que no le dejen margen de maniobra o que permitan un ámbito de discrecionalidad en la utilización y organización del Centro. E incluso, en este segundo caso, y por tratarse en definitiva de centros públicos y tener el IMAS la función y potestad de organizarlos (art. 3.1,a) y 2,a) LIMAS), la solución discrecional que contenga la propuesta de Reglamento elevada por el Centro podrá ser modificada por el IMAS, si bien esta facultad deberá ejercerse de forma moderada y, por supuesto, con la debida y razonable motivación, so pena de defraudar el principio de participación de los usuarios en la gestión de los servicios sociales (art. 5.1,e) LSSMU) y su nivel mínimo de participación en la organización del Centro (art. 21, e) de dicha Ley), preceptos citados en la Consideración anterior.

De esta forma, cada RRI deberá ajustarse, entre otras normas jurídicas: 1º) a la LSSMU; 2º) al presente Proyecto y futuro Decreto, que deberá incluir una regulación básica de los aspectos analizados en el comentario del proyectado artículo 3 y las Disposiciones allí abordadas; 3º) a la LIMAS y a los Estatutos del IMAS; y 4º) a las determinaciones organizativas de este Organismo que afecten a los Centros como unidades administrativas que son (p.ej., ex artículo 1.3 y Disposición adicional tercera proyectados, antes aludidos).

B) Por otra parte, y como se apuntó anteriormente, debe advertirse que la LIMAS incidió en la distribución de funciones entre la Consejería competente y el nuevo Instituto en relación con determinados sectores de la competencia regional en materia de servicios sociales. Esta incidencia no se ha coordinado adecuadamente entre ambas leyes, mediante la oportuna modificación o derogación de los preceptos de la LSSMU por parte de la segunda Ley, que se limitó a introducir en la primera una modificación de su artículo 23 para contemplar, de forma genérica, la descentralización funcional operada por la LIMAS. Sin embargo, existen evidentes contradicciones entre el articulado de una y otra Ley que han de resolverse por la vía interpretativa de la modificación o derogación tácitas. Así, por ejemplo, el caso más claro es el del artículo 22,n) LSSMU, que atribuye a la Consejería competente *“los servicios de valoración y diagnóstico relativos al reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía”*, y que el posterior artículo 3.1,d) LIMAS atribuye al Instituto en términos idénticos. Lo mismo ha de decirse de los preceptos contenidos en el artículo 22, d) y j), LSSMU, que han sido parcialmente afectados por los del artículo 3, b) y e) LIMAS, respectivamente.

En este sentido, la función de *“organización”* de los centros de servicios sociales que son competencia del IMAS (entre los que se incluyen los que ahora nos ocupan) y que a éste asigna el artículo 3.1,a) de su ley reguladora, se proyecta en el número 2, a) de dicho artículo en el sentido de atribuir expresamente al Instituto, para el ejercicio de dicha función, *“la potestad de organización”* de tales centros. Si se considera que los RRI son, esencialmente, instrumentos organizativos internos de cada centro (no son disposiciones jurídicas generales, en el sentido tradicional del concepto, como ya se dijo), puede concluirse que la función de aprobación administrativa de cada RRI a que se refiere el artículo 35 LSSMU corresponde, tras la LIMAS, a dicho Instituto, y no ya a la reseñada Consejería; y ello, como se apunta, a pesar de que dicha ley no haya modificado expresamente, en este concreto as-

pecto (como debiera haber hecho), el citado artículo 35 LSSMU. Por tal motivo, no ha de objetarse en este punto lo previsto en los comentados artículos 29 y Disposición adicional segunda respecto de la competencia aprobatoria final de los RRI por parte del IMAS.

Por todo lo expuesto, en fin, la redacción de estos dos preceptos deberá ajustarse a lo establecido en el artículo 35 LSSMU sobre la iniciativa y elaboración del RRI por parte de cada Centro, sin perjuicio de su aprobación administrativa final por el órgano competente del IMAS.

C) Todo lo anterior trae consigo, además, dos relevantes consecuencias en el contenido del Proyecto:

a) En primer lugar, que no resulta procedente que en la comentada Disposición adicional segunda se fije un plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Decreto para que el IMAS apruebe los nuevos RRI. Si, como se ha visto, el proyecto de cada uno de éstos debe ser elaborado y remitido por el respectivo Centro, lo lógico es que el Decreto atribuya su facultad de elaboración al Consejo de Participación, órgano para el que han de elegirse sus miembros y luego constituirse conforme con la regulación que a tal efecto debe incluir el Decreto, según se razonó al comentar la proyectada Disposición adicional primera. Después de este proceso electoral y de la subsiguiente elaboración del borrador de RRI por el referido Consejo, es lógico asimismo que se atribuya a la Asamblea General del Centro la facultad para aprobar (provisionalmente) dicho proyecto y remitirlo al IMAS, para su aprobación administrativa final. Por ello, en lugar del plazo previsto, debería establecerse uno para que los Centros, una vez concluido el referido proceso electoral, remitan al Instituto su proyecto de RRI, contemplando a este respecto el tiempo razonablemente necesario para que el nuevo Consejo de Participación elabore el correspondiente borrador y la Asamblea General lo apruebe y remita al IMAS, en los términos expuestos.

b) En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, el Proyecto de Decreto debe introducir las determinaciones básicas necesarias relativas a la elaboración y aprobación del proyecto de RRI, así como para promover su modificación, además de las apuntadas determinaciones competenciales. Entre otros aspectos que deben considerarse a este respecto, debe tenerse en cuenta que, en el caso de que la competencia para aprobar provisionalmente el proyecto de RRI se atribuya a la Asamblea General del Centro, no parece adecuado que tan importante decisión deba adoptarse con el quórum general previsto en el proyectado artículo 15 (el 10% de los usuarios en primera convocatoria, y sin número mínimo en segunda), procediendo establecer uno específico para el caso.

— Disposición adicional cuarta.

Establece que no será de aplicación a los Centros regulados por el Proyecto la normativa estatal específica dictada en la materia (la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 16 de mayo de 1985, aprobatoria del Estatuto Básico de Centros de la Tercera Edad dependientes del INSERSO, y la Resolución del INSERSO de 11 de abril de 1986, por la que se regula el procedimiento para las elecciones de representantes en dichos Centros), añadiendo la Disposición adicional en cuestión que las Juntas de Gobierno existentes (en los Centros regulados, se entiende) se mantendrán en funciones en tanto no se apruebe el nuevo procedimiento de elecciones.

La pretendida exclusión del Derecho estatal no es conforme con el artículo 149.3, “*in fine*” de la Constitución, por las razones que expresa el Consejo de Estado en su Dictamen 680/04, de 27 de mayo:

*“... la supletoriedad del derecho estatal viene establecida por la Constitución en el artículo 149.3, in fine, y, por ello, se impone a los ordenamientos autonómicos. A éstos no les es dable disponer de la supletoriedad de la legislación estatal. Al dictar normas en las materias que les son propias y exclusivas, los ordenamientos autonómicos pueden desplazar a las normas estatales, como señalara el Tribunal Constitucional en su Sentencia 21 de octubre de 1989.*

*En el caso presente, dada la plenitud del grupo normativo regulador de las carreteras y su capacidad de autointegración, las eventuales lagunas legales que se apreciaren pueden colmarse con las normas propias del ordenamiento autonómico y del estatal, todas ellas del grupo normativo de carreteras. Como supletorio del ordenamiento autonómico, en todo caso e indefectiblemente, tanto si lo contradice como si no lo hace, está siempre el derecho estatal, por exigencia del artículo 149.3”.*

En el mismo sentido, la STC 157/04, de 21 de septiembre, (F.J. 13), expresa lo siguiente:

*“la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal del art. 149.3 CE tiene la «finalidad de evitar vacíos en el sistema normativo de nuestro Estado autonómico» (STC 62/1990, F. 10, a), permitiendo así la integración de ordenamientos diversos, de manera que el aplicador del Derecho pueda rellenar las lagunas que pudieran existir, sin que los legisladores autonómicos puedan incidir en dicha integración de ordenamientos fijando el alcance o los límites de aplicación del Derecho estatal.*

*En este sentido debemos atender que en la STC 132/1989 declaramos que «cuando el legislador autonómico regula materias de su competencia sobre las que existe normativa estatal viene a desplazar tal normativa, aplicándose con preferencia en cada Comunidad Autónoma las disposiciones propias; pero ello no supone, ni que la Comunidad Autónoma (la de Cataluña en este caso) sea competente para establecer la derogación o no de normas estatales (STC 5/1981, F. 23), aunque ello se circunscriba al ámbito territorial de la Comunidad, ni, más genéricamente, para determinar los efectos que sus normas producen sobre el Derecho estatal preexistente, pues la vigencia y aplicabilidad de éste será la que resulte de las normas constitucionales que regulen la relación entre el ordenamiento estatal y el autonómico (así, el art. 149.3 CE), y no lo que establezca el legislador autonómico» (STC 132/1989, F. 33)”.*

Por ello, la aplicación en nuestra Comunidad Autónoma de las normas estatales reseñadas en la proyectada Disposición adicional cuarta sólo procedería cuando en el nuevo Decreto regional se advirtiera una auténtica laguna jurídica, que hiciera imprescindible acudir a aquéllas para posibilitar una debida aplicación o interpretación de la norma autonómica; laguna jurídica que, así entendida, es el presupuesto esencial de la supletoriedad, constituyendo ésta una circunstancia sólo determinable en fase de aplicación de la norma, y no en un momento previo y con carácter genérico.

Cuestión distinta, pero consecuencia de la anterior, es que si la Administración quiere evitar la eventual aplicación supletoria de un determinado precepto estatal (en supuestos dudosos de laguna normativa), debe establecer en el Proyecto una regulación que desplace en ese punto y sin dudas la aplicación de aquél, pero no puede emplear a tal efecto la fórmula, de sentido “negativo”, que pretende en la comentada Disposición; precepto que, por todo ello, debe suprimirse.

Todo lo expuesto hasta ahora pone de manifiesto, en fin, la existencia de diferencias terminológicas, e incluso conceptuales, entre la LSSRM y la LIMAS, siendo especialmente difícil un desarrollo de las mismas que, por vía reglamentaria, armonice criterios dispares de superior rango.

**QUINTA.- Otras observaciones al Proyecto.**

Las siguientes observaciones tienen como objeto la mejora técnica del Proyecto en aspectos no sustanciales, pero que convendría introducir, a juicio de este Consejo Jurídico.

— Exposición de Motivos.

Se detecta un error en la cita del artículo 10 del Estatuto de Autonomía. Debe corregirse: “10.Uno.18”.

— Artículo 3.

Por lo que se refiere a la sugerencia de la Dirección de los Servicios Jurídicos de establecer como requisito de admisión el que el interesado no esté en alguna de las situaciones que menciona en su informe, es decir, en situaciones de riesgo para el resto de los usuarios, o que demande asistencia hospitalaria, como así lo establecen la normativa estatal en la materia y alguna autonómica, debe señalarse lo siguiente.

En cuanto a los interesados con acreditadas enfermedades infecto-contagiosas (cuya declaración responsable de no padecerlas se debería incluir en la instancia de solicitud), nos remitimos a lo señalado en la Consideración precedente sobre el proyectado artículo 3.4, por lo que parece procedente atender la citada sugerencia e incluir este supuesto de inadmisión en el presente Decreto.

En cuanto a los interesados con acreditados trastornos psíquicos, que puedan poner en peligro la convivencia en el Centro, es obvio que no ha de esperarse a que el usuario admitido con tal patología altere la convivencia y, entonces, proceder a su expulsión, como señala el IMAS, sino denegar su admisión, previos los informes médicos que procedan a la vista de la información médica de que se dispusiere y que debería facilitar el interesado o su familia, en su caso. Tanto ésta como la anterior observación tienden a intentar evitar perjuicios para los usuarios y la Administración, en el supuesto de reclamaciones de responsabilidad por no evitar los riesgos en estos casos.

Por otra parte, debería plantearse el órgano consultante la conveniencia de prever la figura del acompañante del usuario, en términos afines a los contemplados en el artículo 17, tercer párrafo, del Estatuto Básico estatal (casos de absoluta dependencia del usuario de un tercero, que no tendría la condición de usuario, autorización excepcional del caso, etc.).

En el número 3, último inciso, de este artículo 3, debería precisarse: “...*elevada a la Dirección General competente del Instituto Murciano...*”.

— Artículo 5, a) y concordantes.

A partir de este precepto, y conforme con lo expuesto en la precedente Consideración, se considera más ajustado al artículo 35 LSSMU emplear la expresión “*Reglamento de Régimen Interior*” que la de “*Reglamento Administrativo de Funcionamiento*”.

Debería, pues, sustituirse esta última expresión en el referido artículo 5, a) y en los demás preceptos en los que se emplea.



— Artículos 9, c), 17, d) y 23, b).

En los informes previos se ha suscitado la cuestión relativa a la conveniencia de que el Centro tenga conocimiento y pueda ser oído en la elaboración de su proyecto de presupuesto anual.

En este punto, el CES y la Dirección de los Servicios Jurídicos se han pronunciado a favor de tal participación, como una proyección más del principio que postula la participación de los usuarios en la gestión de los Centros; el IMAS entiende, por el contrario, que esa participación debe hacerse efectiva en la elaboración del programa anual de actividades y servicios, que es el que realmente interesa a los usuarios.

A tal efecto, lo primero que ha de reconocerse es que el objeto del presente Proyecto es establecer un Estatuto Básico que garantice unos niveles mínimos de participación de los usuarios en la gestión del Centro, y que ello puede considerarse cumplido dándoles participación en la elaboración del programa anual de actividades y servicios, es decir, en el “*Plan del Centro*” que, a tenor del proyectado artículo 9, c), debe ser elaborado por su Director en coordinación con el equipo técnico; Plan sobre el que puede plantear sugerencias tanto la Asamblea General, según el previsto artículo 17, d), como el Consejo de Participación, órgano que debe colaborar en su desarrollo (art. 23,e). Plan que, aunque no lo diga el Proyecto, debe ser aprobado por el Director General de Personas Mayores del IMAS, según se desprende del artículo 3.2, b) LIMAS en relación con el 11.1 del Decreto 305/06 (competencia que debería reconocerse en el Proyecto, siquiera en términos genéricos). A dicho Consejo se le reconocen también otras funciones de participación en la gestión del Centro (art. 23).

Quiere decirse, pues, que, a partir de ese mínimo de participación, la Administración dispone de un margen de discrecionalidad para establecer la participación de los Centros en la elaboración de los instrumentos propiamente financieros de sus actividades, es decir, en relación con el presupuesto del IMAS destinado a cada Centro.

No es, pues, este Consejo Jurídico el que deba determinar cuál haya de ser la solución a establecer en este punto, pero sí reconocer que la viabilidad de la planificación o programación anual de las actividades y servicios del Centro depende de lo que se presupueste al efecto. En este sentido, no se advierten obstáculos insalvables para que se atribuya al Consejo de Participación la función de “*conocer e informar el borrador del proyecto de presupuesto del Centro*”, como prevé la normativa estatal.

Ello podría incluirse junto a lo previsto en el proyectado artículo 23, b), que establece como función del Consejo de Participación del Centro la de “*conocer y participar en la elaboración del proyecto de presupuesto de actividades del Centro*”. Aun cuando esto parece referirse al proyecto del plan de actividades y servicios antes referido, el precepto podría ampliarse en los términos indicados, o análogos, clarificando en todo caso su redacción.

— Artículo 11.

A pesar de que en el informe del ISSORM de 24 de julio de 2006 se reconoce que, en coherencia con lo previsto en el proyectado artículo 18.1, a), en el artículo 11, primer párrafo, del Proyecto, la expresión “*podrán ser*” debe sustituirse por la de “*serán*”, ello no se ha llevado al texto final que se dictamina, seguramente por olvido, lo que deberá subsanarse.

En el penúltimo párrafo, la competencia allí atribuida al Director Gerencial del IMAS (adecuar el contenido de cada Área a la programación de actividades de los Centros) debería

ser conferida al Director General competente (hoy el de Personas Mayores), pues encaja con la competencia que le atribuye el artículo 11.2, g) del Decreto 305/06 (“*la gestión de servicios, programas y prestaciones técnicas para personas mayores en centros sociales*”). Ello también es viable ex artículo 11.2,o) de dicho Estatuto, que permite ampliar reglamentariamente las competencias de dicho Director General.

— Artículo 17 y 18.1, a).

En el artículo 17, debería añadirse la facultad de la Asamblea General de elegir a sus representantes en el Consejo de Participación, en coherencia con lo previsto en el artículo 18.1, a), precepto que debería completarse señalando: “*siete representantes de los usuarios elegidos por la Asamblea General, uno por cada Área de Actividad...*”.

— Artículo 29 y Disposición adicional segunda.

Sin perjuicio de lo expresado sobre estos preceptos en la precedente Consideración, debe añadirse ahora que parece más acorde con la configuración funcional de los órganos del IMAS, establecida en su Estatuto, que la facultad de aprobación de los RRI se atribuya en el Proyecto al Director General competente (hoy, el de Personas Mayores), y no al Director Gerente. Ante la falta de atribución específica de tal facultad en dichos Estatutos, debería hacerse uso de lo previsto en el antes citado artículo 11.2,o) del Decreto 305/06, que permite atribuir legal o reglamentariamente a dicho Director otras funciones a las que ya le asigna dicho artículo en materia de centros de personas mayores.

— Titulación del Capítulo VI.

A la vista de su contenido, debería titularse “*Régimen disciplinario*”, pues de lo que no trata ahora es, precisamente, del procedimiento disciplinario, al que se refiere la Disposición transitoria única, comentada en la Consideración precedente, sin perjuicio de que, como se dijo entonces, deba incluirse en el Proyecto una regulación básica de dicho procedimiento.

Se echa en falta, además, un artículo dedicado a los sujetos responsables de los incumplimientos que se tipifican en el proyectado artículo 30. A la vista de su contenido parece claro que aquéllos serán los usuarios del centro, que son los vinculados con el servicio público mediante una relación especial de sujeción (a este respecto, nos remitimos a la doctrina establecida para un supuesto análogo —alumnos en centros escolares—, objeto de nuestro Dictamen nº 116/05, de 18 de julio, Consideración Segunda). No obstante, si se prevé la figura del acompañante del usuario, en los términos apuntados en el anterior comentario al artículo 3, debería añadirse el mismo como sujeto responsable (así, en el Estatuto Básico estatal), siéndole aplicable, en lo que proceda, lo previsto para los usuarios en el plano disciplinario.

— Artículo 30.

En el número 1, a), debería perfeccionarse el tipo previsto: “*incumplir las normas internas de convivencia y respeto mutuo a que se refiere la letra b) del artículo 29, creando situaciones de malestar (...), salvo que constituya una conducta tipificada en los números siguientes*”.

En el número 2, c), y en concordancia con lo anterior, debería precisarse: “*la vulneración de las normas generales de funcionamiento del Centro a que se refiere la letra a) del artículo 29, salvo cuando aquélla sea constitutiva de incumplimiento leve o muy grave*”.

En este número 2, y en correspondencia con lo previsto en el número 3, b), (que también debería perfeccionarse, según se dirá), habría que incluir un apartado dedicado a las “agresiones o malos tratos leves, físicos o psíquicos, a otros usuarios...”.

En los números 2, a) y 3, a), relativos a la tipificación de incumplimientos por razón de su reincidencia, debemos remitirnos a lo que expresamos en nuestro Dictamen 26/07, de 28 de febrero, sobre el entonces proyectado artículo 61 del Anteproyecto de Ley de Igualdad de Mujeres y Hombres y de Protección Integral con la Violencia de Género de la Región de Murcia, precepto análogo a los ahora comentados.

Así, expresábamos entonces lo siguiente:

“— Artículo 61.

*Este precepto tipifica como infracción muy grave “la reincidencia en la comisión de al menos dos infracciones graves”.(...)*

*Señalamos entonces (en referencia al Dictamen 25/07) que, conforme con la doctrina contenida en la STC 188/2005, de 7 de julio, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 27.3, j) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (que incluía a su vez un precepto idéntico a los comentados en el citado Dictamen), tales preceptos deberían ser suprimidos, o bien modificarse su redacción, pues, con la pretendida, se estaría castigando dos veces un mismo hecho sin existir fundamento jurídico distinto para ello; esto es, se estaría vulnerando el principio constitucional non bis in idem. Dicha doctrina constitucional ya había sido puesta de manifiesto por este Consejo Jurídico en el previo Dictamen 189/2006.*

*Así, en la citada sentencia, el TC comienza por reconocer que “es una opción legítima y no arbitraria del legislador el ordenar que, en los supuestos de reincidencia, la pena a imponer por el delito cometido lo sea en una extensión diferente que para los supuestos de no reincidencia. Y si bien es indudable que la repetición de delitos propia de la reincidencia, presupone, por necesidad lógica, una referencia al delito o delitos repetidos, ello no significa, desde luego, que los hechos anteriores vuelvan a castigarse, sino tan sólo que han sido tenidos en cuenta por el legislador penal para el segundo o posteriores delitos, según los casos, bien (según la perspectiva que se adopte) para valorar el contenido de (l) injusto y su consiguiente castigo, bien para fijar y determinar la extensión de la pena a imponer” (FJ 2, c). No obstante, añade el Tribunal que ello debe diferenciarse de supuestos en los que, como sucede con preceptos como el allí impugnado (y el ahora analizado), “el legislador ha creado un tipo, administrativo o penal, autónomo prescindiendo absolutamente de la comisión de un hecho nuevo por el infractor. Y es que en este tipo de supuestos, al no existir un hecho nuevo, se castigan realmente hechos anteriores del mismo sujeto que ya han sido castigados previamente, sin que la simple reiteración de sanciones o penas impuestas previamente constituya un fundamento diferenciado nuevo que haga inaplicable el principio non bis in idem. Esta última forma de castigar la reincidencia por parte del legislador, al menos en el caso presente, trasciende, por tanto, y frente a lo que sostiene la Abogacía del Estado, lo que es un mero defecto en la técnica de legislar ajena al control de este Tribunal (...), para transformarse, eventualmente, en una lesión del principio non bis in idem, y, consecuentemente, del art. 25.1 CE” (FJ 4).*

*Ello, pues, no significa que se proscriba utilizar la reincidencia como criterio para la previsión normativa de una infracción de mayor gravedad, con la consiguiente aplicación de una sanción de superior grado a la prevista e impuesta a hechos cometidos con ante-*

*rioridad, pero tal posibilidad tiene como exigencia indispensable que la infracción que así se tipifique se refiera expresa y claramente a la realización de una nueva conducta (en el caso del proyectado artículo 61, sería a la realización de una tercera o posterior conducta infractora) de igual naturaleza que las ya sancionadas; es decir, que el tipo infractor no consista en la mera circunstancia (que no es, en rigor, un “hecho” nuevo) de haber sido sancionado el sujeto en varias ocasiones anteriores, pues ello no puede constituir, per se y sin más, una nueva infracción, que es lo que se desprende de redacciones como la utilizada en los preceptos comentados (y en el que ahora nos ocupa), y que llevó al TC a declarar su inconstitucionalidad, sin posibilitar, pues, una interpretación correctora de los mismos”.*

En consecuencia, debería clarificarse la configuración de los incumplimientos a que se refieren los preceptos ahora comentados, en el sentido indicado en el último párrafo del transcrito Dictamen, para evitar erróneas interpretaciones. Así, por ejemplo, en el proyectado artículo 30.2,a): *“La comisión de un incumplimiento leve tras haber sido sancionado por la comisión de tres incumplimientos leves en los dos años anteriores a aquél”*, o similar; análogamente en el artículo 30.3,a).

Los números 2, e) y 3, e) deberían coordinarse y homogeneizarse. Así, en el primero se debería prever *“la sustracción, apropiación indebida o daño intencionado de bienes (...) que no cause perjuicio grave”*. Y en el segundo, *“la sustracción, apropiación o daño intencionado de bienes (...) que cause perjuicio grave.”*

En el número 3, b) se debería precisar y ampliar la redacción, en coherencia con lo previsto en el número 2, b): *“los insultos, amenazas, coacciones, injurias o calumnias, si se efectuaran con publicidad, las agresiones o malos tratos, físicos o psíquicos, graves a otros usuarios...”*.

En el número 3, d) se debería completar: *“los insultos, amenazas, coacciones, injurias, calumnias o agresiones físicas de cualquier naturaleza promovidas entre representantes de los usuarios...”*.

— Artículo 31.

En concordancia con el número 1, c), el número 2, a) debería corregirse: *“...desde dieciséis días...”*.

En concordancia con el número 1, b), el número 2, b) debería completarse: *“... desde un mes y un día hasta seis meses”*.

En concordancia con el número 2, b), el número 3, a) debería corregirse: *“...de seis meses y un día hasta dos años.”*

En concordancia con la terminología empleada en los artículos 30 y 31.1 a 3, en el número 4 de este último debería sustituirse la expresión *“faltas”* por la allí utilizada de *“incumplimientos”*.

— Disposición adicional tercera y Disposición transitoria única, último inciso.

Conforme con las competencias asignadas al Director General de Personas Mayores en el Decreto 305/06 (art. 11.2, a): la gestión de los centros sociales de titularidad autonómica, parece coherente que las competencias previstas en tales Disposiciones, relativas a la determinación del horario y calendario de los Centros, y la imposición de sanciones por

incumplimientos graves y muy graves, se atribuyan a éste y no a su Director Gerente, como se proyecta en los preceptos de referencia.

— Nueva Disposición transitoria.

Sería conveniente establecer que, en tanto no se constituyan los nuevos Consejos de Participación, las actuales Juntas de Gobierno de los Centros tendrán las funciones establecidas para aquéllos en el nuevo Decreto (y no sólo la de convocar las elecciones, a que nos referimos al comentar la proyectada Disposición adicional primera), tal y como se deduce del último inciso de la proyectada Disposición adicional cuarta (cuya supresión hemos señalado en la Consideración anterior).

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Debe completarse el expediente con la inclusión del informe sobre impacto por razón de género, por las razones y en los términos señalados en la Consideración Segunda de este Dictamen.

**SEGUNDA.**- El Consejo de Gobierno dispone de competencia y habilitación legal para aprobar el proyecto de Decreto objeto del presente Dictamen, sin perjuicio de lo señalado en la Consideración Cuarta, que tiene carácter sustancial, respecto de los siguientes preceptos: artículo 3.1, 3 y 4; 7; 29; Disposiciones adicionales primera, segunda y cuarta y Disposición transitoria única.

**TERCERA.**- Para la mejora técnica del texto, parece necesaria la introducción de las adiciones, modificaciones o supresiones, en su caso, señaladas en la Consideración Quinta sobre los siguientes preceptos: artículo 3; 5,a) y concordantes; 11; 17; 18.1,a); 23,b); 29; titulación del Capítulo VI; 30; 31; Disposiciones adicionales segunda y tercera; Disposición transitoria única y nueva Disposición transitoria.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 145/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación y Cultura (2002)**

**Fecha: 02/09/08**

### **Extracto de Doctrina**

*NOTA: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 18/2008.*

**DICTAMEN 146/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 02/09/08**

**Extracto de Doctrina**

*NOTA: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 18/2008.*

**DICTAMEN 147/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 08/09/08**

**Extracto de Doctrina**

*Nota: concluye en la necesidad de completar la instrucción.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 20 de abril de 2005, x., presentó reclamación en el Hospital Universitario “*Morales Meseguer*”, en la que expuso los siguientes hechos:

Que fue ingresado en dicho centro hospitalario en fecha 13 de abril de 2005 para someterse a una intervención quirúrgica de mirigoplastia retroauricular en el oído izquierdo, resultando que durante las operaciones de intubación previas a la intervención le rompieron un diente (“*la paleta izquierda*”), por lo que solicita una indemnización por los daños causados y que se le retribuya el importe de la sustitución de dicha pieza dental.

**SEGUNDO.-** Con fecha 13 de mayo de 2005 el citado Hospital remitió la reclamación al Servicio Murciano de Salud (SMS), junto con el informe de alta del paciente, tras la referida intervención, e informe emitido con fecha 9 de mayo de 2005 por el Jefe de Servicio de Anestesia-Reanimación, en el que señala que el paciente fue valorado en la consulta de preanestesia el 8 de noviembre de 2004 “*con una valoración de su vía aérea donde destaca Mallampati II/IV y limitación a la flexo-extensión cervical. Firma el consentimiento informado para anestesia general en donde se especifica como un riesgo excepcional la rotura de pieza dentaria durante la maniobra de intubación orotraqueal*”. En la intervención, realizada el 13 de abril de 2005, “*presenta dificultad a la intubación orotraqueal de grado III/IV con pérdida de incisivo superior. El anesestesiólogo informa a la familia*”.

**TERCERO.-** Con fecha 19 de enero de 2006 se envió oficio al reclamante para que subsanara su escrito de reclamación inicial, mediante la aportación de la factura de la pieza dental repuesta, a efectos de determinar la evaluación económica del daño; factura expedida el 25 de mayo de 2005, que fue aportada mediante escrito presentado el 26 siguiente, por importe de tres mil euros.

**CUARTO.-** A requerimiento de la Secretaría General del SMS, el 20 de junio de 2006 la Directora Gerente del citado hospital le remitió los documentos de consentimiento informado emitidos por el Servicio de Anestesia General y de Otorrinolaringología, formalizados con motivo de la intervención practicada.

En el documento “Consentimiento Informado para Anestesia General”, firmado por el paciente, consta, dentro del apartado de los riesgos típicos de la anestesia general, entre otros que se consignan, que *“excepcionalmente, la introducción del tubo hasta la traquea puede entrañar alguna dificultad y, a pesar de hacerlo con cuidado, dañar algún diente”*. En el apartado relativo a los *“riesgos personalizados”* no se hace constar nada al respecto.

**QUINTO.-** El 14 de febrero de 2007, el Director Gerente del SMS dicta resolución de admisión a trámite de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

**SEXTO.-** Otorgado a las partes interesadas (reclamante y compañía aseguradora del SMS) el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, no consta la presentación de alegaciones.

**SÉPTIMO.-** El 15 de mayo de 2007 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis por considerar que del riesgo que se materializó (rotura de un diente en las operaciones de intubación anestésica) se le había informado previamente al paciente en el correspondiente documento de consentimiento, que aquél firmó, por lo que tiene el deber jurídico de soportar el daño por el que reclama; propuesta de resolución que es el objeto del presente Dictamen, solicitado por la Consejería de Sanidad.

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La legitimación activa corresponde al reclamante, en su condición de persona que sufre los daños imputados a la atención sanitaria recibida.

En cuanto a la legitimación pasiva corresponde a la Administración regional.

II. En cuanto al plazo para interponer la acción de reclamación, ha de considerarse ejercitada dentro del plazo de un año establecido a estos efectos en el artículo 142.5 de la

Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. Por lo que se refiere al procedimiento tramitado, se advierten deficiencias sustanciales que impiden la resolución del mismo en tanto no se subsanen, que se refieren a la posible existencia de un informe del Servicio de Anestesia y Reanimación del citado hospital, no obrante en el expediente remitido, y a la omisión del informe de la Inspección Médica del SMS.

A tal efecto, deben transcribirse primero alguno de los Considerandos de la propuesta de resolución dictaminada:

*“CONSIDERANDO: Que en el informe emitido con fecha 9 de mayo de 2005, por el Jefe de Servicio de Anestesia- Reanimación, consta que “durante la maniobra de intubación orotraqueal se produce la pérdida de los dos incisivos superiores, según consta en el apartado de incidencias de la gráfica de anestesia. Esta circunstancia era previsible, ya que en la hoja de consulta preanestésica se hace constar literalmente “incisivos superiores grandes. Mallampati III. Escasa apertura oral y aceptable movilidad cervical”, que es predictivo de una intubación dificultosa y como consecuencia de la misma, la pérdida de alguna pieza dentaria, como consta en el consentimiento informado”.*

*Efectivamente, en el documento “Consentimiento Informado para Anestesia General” firmado por el paciente, consta, dentro del apartado Riesgos Típicos de la Anestesia General, que “excepcionalmente, la introducción del tubo hasta la tráquea puede entrañar alguna dificultad y, a pesar de hacerlo con cuidado, dañar algún diente”.*

*CONSIDERANDO: A la vista de lo anterior, consideramos que no existen indicios racionales de que el daño se haya producido por una deficiente actuación técnica del facultativo, entendiéndose que el nexo causal del daño producido se debe a un riesgo típico de la anestesia, cual es la rotura de alguna pieza dental, de la que fue debidamente informado la (sic, el) paciente”.*

A la vista de lo anterior, debe decirse en primer lugar que lo transcrito literalmente en el primero de los Considerandos en relación con el informe de 9 de mayo de 2005, del Jefe del Servicio de Anestesia y Reanimación, no coincide con el tenor del informe de la misma fecha y facultativo obrante en el expediente remitido (folio 6, y reseñado en el Antecedente Segundo), lo que hace pensar, bien en la existencia de otro informe de esa misma fecha, que no obra en el expediente, bien en una confusión al respecto. En el primer caso, ello justificaría que se completara el expediente con el aludido informe.

Si, como señala el informe transcrito por la propuesta dictaminada (y, en todo caso, el de la misma fecha que obra en el expediente), el riesgo de daño en los dientes del paciente era una circunstancia “previsible”, no ya con carácter general, sino en razón de las características particulares del interesado, con “*incisivos superiores grandes*” y “*Mallampati III*” (según el informe transcrito en la propuesta, refiriéndose esta última expresión al grado de dificultad de la intubación traqueal), o “*Mallampati II/IV y limitación a la flexo-extensión cervical*” (según el informe obrante en el expediente), resulta clara la específica necesidad de recabar el cualificado informe de la Inspección Médica. En todo caso, y aparte de otros aspectos a evaluar sobre la adecuación de la actuación médica a la “*lex artis ad hoc*”, debería requerírsele para que informara, entre otros aspectos, y a la vista de las reseñadas circunstancias de riesgo particular del paciente, en qué medida se puede considerar conforme o no con dicha “*lex artis*” (en su vertiente de la debida información al paciente), la



omisión de tales circunstancias particulares de riesgo en el apartado destinado al efecto en el documento acreditativo del consentimiento prestado por el mismo (considerando que no consta que se le informara de otra forma); así como, a los efectos de una posterior determinación de las eventuales consecuencias jurídicas de tal omisión, que dictaminara sobre las posibles alternativas de tratamiento frente a la intervención realizada y sobre la práctica de la intubación, sin perjuicio de cualquier otra circunstancia de orden médico que pudiera considerarse de interés al efecto.

Quiere decirse con lo anterior, en fin, que la omisión del informe de la Inspección Médica tiene, en el presente caso, una relevante influencia en la instrucción del procedimiento, más allá, pues, de la procedencia general de recabar su dictamen. Si a ello se une la incertidumbre existente respecto del informe o informes del Servicio de Anestesia y Reanimación, de anterior referencia, es obligado concluir que procede retrotraer el procedimiento para que se aclare esta última circunstancia y se recabe, en todo caso, el informe de la Inspección Médica del SMS, en los términos indicados. Tras la posterior audiencia a los interesados y la formulación de una nueva propuesta de resolución, entre otras actuaciones que procedan, habrá de remitirse lo actuado a este Consejo Jurídico para la emisión de Dictamen sobre el fondo de la pretensión indemnizatoria deducida.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### CONCLUSIÓN

**ÚNICA.**- Procede acordar la retroacción del procedimiento para practicar las actuaciones expresadas en la Consideración Segunda, III, del presente Dictamen, actuando después conforme con lo allí indicado.

No obstante, V.E. resolverá.

## **DICTAMEN 148/08.- Modificación de contrato de las obras de construcción de un Centro de Salud en Ceutí (Murcia).**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 08/09/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Puede concluirse sin dificultad que (...) los problemas sobrevenidos tras el inicio de las obras para realizar la cimentación y el cambio de usos de parte del edificio, sí encontrarían acomodo en las causas legales que amparan la modificación de los contratos administrativos, en la medida en que constituyen causas imprevistas o necesidades nuevas que no pudieron contemplarse en el proyecto inicial.*

*Por el contrario, no pueden calificarse como tales ni los errores ni las carencias del proyecto, entendiéndose como tales no tanto aquellos cambios de pequeño calado que, im-*

*puestos por el propio proceso constructivo del inmueble, es necesario realizar a lo largo de la ejecución de toda obra de envergadura para ajustar el curso de la misma a la realidad, como aquellas circunstancias que debieron ser suficientemente ponderadas en las actuaciones preparatorias seguidas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración y que, al no serlo, vienen a constituir verdaderas faltas de previsión de elementos que, razonablemente, habían de constar en el proyecto para que éste lo fuera de una obra completa y capaz de desarrollar adecuadamente las funciones para las que se construye. Del mismo modo, en principio y a falta de una adecuada justificación, tampoco tienen cabida en los conceptos legales del artículo 101.1 TRLCAP las mejoras del proyecto, y ello tanto si su ausencia en la redacción originaria del mismo se debe a una falta de comunicación entre la Administración promotora y los redactores del proyecto original, como a una inicial falta de voluntad administrativa de afrontar con el proyecto necesidades ya existentes en el momento de su redacción.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Por Orden de la Consejería de Sanidad de fecha 16 de diciembre de 2004, y previa autorización del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia para la celebración de contrato de obras de construcción de un centro de salud en Ceutí, se adjudica éste a la empresa --, S.A. por un importe de 2.372.272,62 euros (con una baja de un 22,05% sobre el presupuesto máximo del contrato, que asciende a 3.043.326 euros), siendo el plazo de ejecución de 18 meses.

**SEGUNDO.-** Formalizado el contrato de ejecución de dichas obras el 17 de enero de 2005, el 15 de febrero siguiente se firmó el acta de comprobación del replanteo, por lo que el plazo de ejecución habría de finalizar el 15 de agosto de 2006.

**TERCERO.-** El 5 de mayo de 2005, ante la comprobación de cambios en las características del terreno respecto del estudio geotécnico, que imposibilitaba la ejecución de la cimentación de las obras conforme al Proyecto, y a propuesta de la constructora con el conforme de la dirección facultativa de las obras, se acordó por Orden de la Consejería de Sanidad la suspensión temporal total de la obra, levantándose el acta correspondiente el 6 de mayo siguiente. El 3 de junio se aprueba el primer reajuste de anualidades.

**CUARTO.-** En fecha 5 de julio se propuso por los directores de obra el primer modificado, consistente en el cambio del sistema de perforación del pilotaje y la maquinaria a emplear necesario para la ejecución de la cimentación, que afectaba solamente a la fase 1 de la obra que, según la memoria del proyecto inicial, comprendía la construcción de la cimentación, estructura, cubiertas, cerramientos y carpintería exterior de todo el edificio, así como las terminaciones de todo, excepto la zona de urgencias, incluyendo también la terminación de la urbanización y espacios exteriores. En cualquier caso, la memoria justificativa que acompaña a la propuesta de modificación precisa que ésta sólo afecta al sistema de perforación, quedando inalterado el proyecto original en lo que se refiere al resto de la cimentación (encepados, vigas de atado y parámetros de cálculo).

Con fecha 29 de noviembre de 2005 se aprobó dicha primera modificación del contrato por un importe adicional de 348.732,92 euros, IVA incluido, lo que representó un aumento del 14,70 por 100 del precio inicial del contrato. El precio modificado asciende a 2.721.005,54 euros.

El 30 de noviembre se levantó la suspensión temporal total, formalizándose la modificación del contrato en fecha 16 de diciembre de 2005, sin que el plazo total de ejecución sufriera modificación alguna.

Por Orden de la Consejería de Sanidad de 25 de mayo de 2006 se autorizó un nuevo ajuste de anualidades.

**QUINTO.-** Según se desprende de la documentación obrante en el expediente, la Dirección General de Planificación, Financiación Sanitaria y Política Farmacéutica comunicó a la dirección facultativa la necesidad de realizar cambios en las obras, consistentes fundamentalmente en la remodelación completa del módulo de urgencias por cambio de uso, cerramiento de patios para ampliar superficie y previsión en el proyecto, desde el punto de vista estructural, de una posible ampliación de futuro.

Todo ello con base en el informe, de 22 de noviembre de 2006, del Servicio de Programación de Recursos Sanitarios dependiente de la indicada Dirección General, que, en síntesis, justifica la necesidad de una nueva reforma (la segunda) del proyecto en las siguientes circunstancias:

— La no necesidad del módulo de urgencias contemplado en el proyecto inicial, al no contemplar el Plan Regional de Urgencias y Emergencias —que quedó finalizado en mayo de 2005— ningún dispositivo en la localidad de Ceutí.

— El incremento demográfico de la zona, muy superior a las previsiones, creciendo la población en cifras cercanas al 5 por 100, circunstancia ésta que, junto con los acuerdos de 25 de mayo de 2005 entre la Consejería de Sanidad y las Centrales Sindicales, que redujeron las ratios de asignación de tarjetas sanitarias a médicos de familia, enfermería y pediatría, determinan que el número de consultas proyectadas inicialmente sea insuficiente. En consecuencia, hay que reconvertir el módulo de urgencias en consultas. Además, el proyecto debe prever, para que a nivel estructural sea factible, la ampliación del centro que, en unos 8-10 años, será absolutamente necesaria.

— El Plan de Atención a la Salud Bucodental, desarrollado a principios de 2006, hace necesaria la actuación en horario completo del higienista dental y del odontólogo, por lo que es necesario contar con una consulta más con sillón dental.

— De acuerdo con los objetivos de las Estrategias para el Desarrollo Sostenible de la Sanidad en la Región de Murcia en el período 2005-2010 (su publicación data de septiembre de 2006) y los nuevos criterios de diseño de centros de salud de la Consejería de Sanidad (también fijados en el año 2006), se hace necesario habilitar una sala de cirugía menor.

— De conformidad con los criterios de diseño de centros de salud vigentes desde 2004, debe reservarse un despacho para el trabajador social, que no se prevé en el proyecto original.

El informe concluye proponiendo la remodelación del espacio destinado en el proyecto a urgencias para que pueda acoger cuatro consultas de Medicina de Familia y Enfermería, el despacho del Trabajador Social, una consulta de Odontología, una sala de técnicas diagnósticas y siete salas de espera. Así mismo, establece la necesidad de ampliar la superficie del centro en 89,7 metros cuadrados para dar cabida a una sala de cirugía menor, una consulta de higienista dental y dos salas de espera.

**SEXTO.-** Ante dichos cambios y atendida la imposibilidad de continuar con la ejecución de las obras tal como estaban proyectadas, en fecha 1 de diciembre de 2006 la empresa contratista, con el conforme de la dirección facultativa y de la Arquitecta del Servicio de Obras y Mantenimiento de la Consejería de Sanidad, encargada de la coordinación y seguimiento técnico de las obras, propuso la suspensión temporal total de éstas hasta tanto se redactara el correspondiente proyecto modificado. La referida funcionaria, no obstante, apunta la conveniencia de *“poner fecha al modificado y a la terminación de la obra”*.

La suspensión es acordada por Orden de la Consejería de Sanidad de 1 de diciembre de 2006, levantándose la correspondiente acta de suspensión ese mismo día.

**SÉPTIMO.-** El 15 de enero de 2007 la dirección facultativa solicita autorización para redactar el proyecto modificado nº 2 de las obras. De conformidad con la memoria justificativa del mismo, a dicha fecha *“la obra está ejecutada en un 46,95%, estando terminados los trabajos de estructura del edificio, quedando parte de los trabajos de medianerías. Se está trabajando también en albañilería y cubiertas”*.

Como causa que hace necesaria la modificación del proyecto original se esgrime la reforma del programa funcional del edificio comunicada por la Dirección General de Planificación, Financiación Sanitaria y Política Farmacéutica. Asimismo, se pretende estudiar la viabilidad de elevar otra planta más en la zona actual de urgencias y, de ser posible, reforzar los elementos estructurales precisos. La solución que se propone es sustituir el actual área de urgencias por las nuevas necesidades y, en planta primera, eliminar el patio existente junto a la biblioteca para crear una nueva sala de estar del personal. En consecuencia, no hay modificaciones estructurales, aunque sí se producen cambios en la distribución, instalaciones, fachadas, etc.

En relación con una ampliación futura, el crecimiento lógico es en altura sobre la zona que en el proyecto original sólo posee una planta.

Para la dirección facultativa, dicha solución únicamente conlleva variación en las mediciones de unidades de proyecto, variación de los planos y, en cantidad mínima, precios nuevos. Afirma, del mismo modo, que *“debido a las características de la modificación, no es posible la enumeración de las modificaciones, puesto que hay partes del edificio que variarán completamente, desde la distribución a cada una de las instalaciones que la sirven”*. Asimismo, en cuanto a la incidencia presupuestaria de la modificación, ésta conlleva cambios en la mayor parte de los capítulos del proyecto, calculando un importe líquido de la modificación de 60.791,21 euros.

Se indica la necesidad de ampliar el plazo de ejecución de las obras en cinco meses y un nuevo reajuste de anualidades.

**OCTAVO.-** De conformidad con el informe del Servicio de Programación de Recursos Sanitarios y con el Servicio de Obras y Mantenimiento de la Consejería de Sanidad, la Dirección General de Planificación, Financiación Sanitaria y Política Farmacéutica propone, con fecha 29 de enero de 2007, el inicio del expediente de modificación nº 2 del contrato en el que se recogían básicamente las variaciones indicadas en el apartado anterior.

**NOVENO.-** Por Orden de la Consejería de Sanidad de 6 de febrero de 2007, se autoriza el inicio del correspondiente expediente de modificación nº 2 del contrato y se encarga la redacción del proyecto modificado a quien resultó adjudicatario del contrato para la redacción del proyecto original, a la sazón la dirección facultativa, por un importe adicional

aproximado de 60.797,21 euros, lo que representa un incremento del 2,56 por 100 del precio del contrato inicial.

No obstante, el proyecto modificado redactado en marzo de 2007 no se ajusta a las variaciones contempladas en la memoria que sirvió de base para la autorización del inicio del procedimiento de modificación. Dicha discordancia, según se infiere de informe del Servicio de Obras y Mantenimiento de 10 de enero de 2008, tiene su causa en diversas incidencias comunicadas por la empresa adjudicataria de la ejecución de las obras a la Consejería de Sanidad, que las remitió a la dirección facultativa para su valoración y, en su caso, incorporación al proyecto modificado, *“con el fin de evitar nuevos modificados y más estando en pleno proceso de redacción del mismo”*.

En la memoria justificativa incorporada al proyecto, se apunta ahora la existencia de una ampliación estructural (se afirma que no habrá *“casi”* ampliaciones estructurales) y se indica que *“se han creado una serie de precios contradictorios, en unos casos generados por la variación en la composición de los precios originales, como las mayores cuantías de acero en algunos precios de la estructura. En otros casos, estos precios contradictorios se han realizado por la falta de la partida, como en el capítulo de saneamiento. También por el cambio de unidades a petición de la propiedad, como es el caso de la centralita telefónica, que iniciada la obra comunica las características de las nuevas centralitas a instalar. Al cambiar las características del programa, suprimiendo una parte del edificio que funcionaba de forma autónoma, como era el caso de las urgencias, se produce una profunda remodelación de las instalaciones. Se incorpora en electricidad una partida para grupo electrógeno, para cubrir la eventualidad de que la Dirección General de Industria lo exija para la legalización de la instalación. Se amplía potencia en una de las máquinas de aire acondicionado, etc”*.

Concluye diciendo que *“por la complejidad y extensión de todas estas modificaciones no se hace una relación más extensa de las partidas afectadas, remitiendo esta información al cuadro de precios contradictorios para las partidas de nueva creación, y al presupuesto y al comparativo de presupuestos para las diferencias de medición”*.

Del análisis del expediente, singularmente los informes técnicos emitidos por la Consejería de Sanidad y la Junta Regional de Contratación Administrativa, las modificaciones más significativas son las que se relacionan, de forma resumida, a continuación:

1. Fase 1 de las obras que, según la memoria del proyecto inicial, comprende la construcción de toda la cimentación, estructura, cubiertas, cerramientos y carpintería exterior de todo el edificio, así como las terminaciones de todo excepto la zona de urgencias, incluyendo también la terminación de la urbanización y espacios exteriores:

— En el capítulo de electricidad, se prevé la sustitución de los cuadros del proyecto original por nuevos cuadros de protección y maniobra y la reorganización de circuitos, la instalación de un grupo electrógeno y cuadro eléctrico para el ascensor, no contemplados inicialmente, así como las líneas de éstos y la de central de incendios. Así mismo se llevan a cabo ajustes de mediciones de algunas partidas, como conductores, tubos, puntos de luz, focos, etc.

— En el capítulo de estructura, se sustituyen cuatro partidas de hormigón armado por otras nuevas en las que se incrementan las cuantías de acero por m<sup>3</sup> de hormigón y se lleva a cabo el refuerzo estructural de algunos pilares bajo forjado sanitario en la zona de urgencias, calculados para soportar una sola planta, con el fin de dejar preparada esta zona para soportar dos plantas.

— En el capítulo de albañilería, se incrementa el número de unidades previstas de la mayoría de las partidas, salvo en dos y se prevé la demolición de tabiquería realizada por los cambios de uso.

— En el capítulo de comunicaciones, se sustituye la centralita telefónica digital LG o similar, por otra nodo de x. con distintas características, y se incrementa mínimamente el número de unidades previstas en cinco partidas.

— En el capítulo de climatización, se incrementan notablemente las unidades de canalización de aire con placas de fibra de vidrio y se prevé la instalación de termostatos individuales.

2. Fase 2 de las obras que, según la memoria del proyecto inicial, comprende únicamente la terminación de la zona de urgencias. Del conjunto de modificaciones, cabe señalar la sustitución de uno de los equipos previstos de aire acondicionado por otro de mayor potencia, el incremento de las unidades de canalización de aire con placas de fibra de vidrio, las de ayudas de albañilería y de cuadro eléctrico para control y protección de los equipos de climatización, así como el revestimiento modular con paneles laminados en pared.

La incidencia económica de tales modificaciones se cuantifica inicialmente en un presupuesto adicional de 357.595,21 euros, aunque, tras ser subsanado de acuerdo con las observaciones recogidas en un primer informe de supervisión negativo, se presentó a la Consejería de Sanidad el día 9 de noviembre de 2007 con un presupuesto líquido de 3.005.149,78 euros, lo que suponía un adicional de 284.144,24 euros, con un incremento del 11,98 por 100 sobre el precio de adjudicación de la obra inicial que ascendía a 2.372.272,62 euros.

**DÉCIMO.-** El proyecto del segundo modificado finalmente es supervisado de conformidad por la Oficina competente de la Dirección General de Patrimonio y aprobado por Orden de la Consejería de Sanidad de 16 de enero de 2008, con audiencia al contratista, que muestra su conformidad.

**UNDÉCIMO.-** Con fecha 28 de febrero de 2008, el Servicio Jurídico de la Consejería consultante emite informe en el que fundamenta la procedencia de la modificación en razones de interés público, aun cuando la justificación de aquella sea la existencia de errores o deficiencias en el proyecto.

**DUODÉCIMO.-** Solicitado el preceptivo informe a la Junta Regional de Contratación Administrativa, ésta señala la necesidad de subsanar diversas omisiones en el expediente remitido y solicita que se incorpore un informe en el que se precisen cuáles de las modificaciones del proyecto son debidas a errores o deficiencias.

Completado el expediente con la incorporación de la documentación requerida, el indicado órgano emite informe 3/2008, de 20 de mayo, que alcanza las siguientes conclusiones:

*“1. Que las causas alegadas como justificativas del 2º modificado del contrato de forma parcial pueden ser consideradas como “necesidades nuevas o causas imprevistas al tiempo de perfeccionarse el contrato”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Pública en los términos recogidos en la Consideración 6 de este informe.*

2. *Con independencia de lo anterior, la cuestión a determinar no es si el contrato debe continuar en los términos inicialmente previstos con los defectos o imprevisiones señaladas, sino más bien si debe resolverse y adjudicar un nuevo contrato en el que se contemplaran las variaciones propuestas o puede introducirlas en el contrato inicial modificándolo. Si la obra es inadecuada al interés público (no se puede obligar a la Comunidad Autónoma a padecer las consecuencias de una obra mal planteada, inútil o ineficaz en su concepción misma) no debe hacerse cuestión acerca de que la misma no debe ejecutarse en esos términos, pues atentaría a la esencia de la contratación pública, amén del sentido común, hacer prevalecer el respeto al vínculo contraído sobre el interés público debido al dato de la imprevisión o deficiente elaboración de un proyecto.*

*Por ello, teniendo en cuenta que una parte importante de los cambios que se introducen responden a motivos respecto de los cuales se encuentra justificado su carácter de necesidad nueva o causa imprevista al tiempo de perfeccionarse el contrato y que, aunque este 2º modificado implica una alteración acumulada con el anterior del 26,68 por 100 del importe inicial, no supone una sustancial alteración del proyecto, en el caso que nos ocupa, esta Junta entiende que se sirve mejor al interés público manteniendo el contrato existente (modificándolo), que con un nuevo contrato, habida cuenta de las mejoras técnicas y correcciones introducidas y la no oposición del contratista a la modificación propuesta”.*

**DECIMOTERCERO.-** Sometido el expediente a fiscalización previa, la Intervención General lo fiscaliza de conformidad el 13 de junio de 2008, en informe que, coincidiendo sustancialmente con el parecer de la Junta Regional de Contratación Administrativa, afirma que *“el modificado podría considerarse como una solución que no atentaría contra los principios y reglas de adjudicación de los contratos administrativos, ya que se sirve mejor al interés público manteniendo el contrato existente, habida cuenta de la conformidad de la empresa contratista y de los eventuales efectos perjudiciales que dimanarían de la extinción y subsiguiente constitución de un nuevo vínculo contractual, y dado el retraso que sufriría la terminación de la obra”.*

**DECIMOCUARTO.-** Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 28 de julio de 2008.

El informe recuerda la doctrina del Consejo Jurídico acerca de los requisitos necesarios para poder acudir a la modificación contractual y describe el procedimiento para verificar si éstos se dan en cada caso concreto, mediante la determinación de si las causas invocadas por el órgano proponente son subsumibles en la categoría de “necesidad nueva” o “causa imprevista” y en qué medida dichas circunstancias han quedado acreditadas en el expediente. Aplicada tal doctrina al supuesto sometido a consulta, la Dirección de los Servicios Jurídicos coincide con la Junta Regional de Contratación Administrativa y con la Intervención General en apreciar que las causas invocadas como justificativas del proyecto modificado sólo parcialmente son subsumibles en las aludidas categorías habilitantes de la modificación. En consecuencia, considera que sería necesario cuantificar qué parte del modificado está vinculada a los motivos parcialmente admisibles como justificativos de la existencia de necesidades nuevas o causas imprevistas y qué otra parte está referida a las indicaciones o incidencias puestas de manifiesto por la empresa adjudicataria con posterioridad a la autorización del modificado. De tal forma que, si la repercusión presupuestaria de tales incidencias fuera de 223.347,03 euros (diferencia entre los 60.797,21 euros de la inicial autorización y los 284.144,24 de la final aprobación), parecería evidente

que el modificado tendría su base fundamental en la resolución de deficiencias o errores del proyecto.

**DECIMOQUINTO.-** Completa el expediente la siguiente documentación:

— Propuesta de Orden de la Consejería de Sanidad de aprobación del expediente de modificación nº 2 del contrato, levantando la suspensión de ejecución de las obras e intimando a la contratista para que proceda al reajuste de la garantía constituida, para que guarde proporción con el precio del contrato resultante.

— Propuesta de Acuerdo que eleva la Consejería de Sanidad al Consejo de Gobierno para que autorice la modificación.

En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 1 de agosto.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de modificación de un contrato administrativo que, conjuntamente con una anterior ya acordada, supone una modificación del precio inicial superior al 20% de éste, y se trata, además, de un contrato de cuantía superior a cien millones de pesetas (601.012,10 euros), concurriendo, con ello, el supuesto previsto en el artículo 12.8 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 59.3, b) TRLCAP.

#### **SEGUNDA.- Procedimiento.**

1. El expediente remitido contiene los trámites exigidos en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas (señaladamente en el artículo 101 y 146 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP) y concordantes de su reglamento ejecutivo (art. 112 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RCAP), así como en la cláusula 59 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Obras del Estado (PCAG) para los procedimientos de modificación de los contratos de obras). En efecto, consta que la dirección facultativa recabó la autorización del órgano de contratación para proceder a la modificación del proyecto, que dicha autorización se concedió y que se procedió a la redacción del proyecto modificado, constando los informes de la Oficina de Supervisión de Proyectos, del Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad y el de conformidad o aprobación técnica del Servicio de Obras y Mantenimiento del referido Departamento, como unidad encargada de la coordinación y seguimiento del contrato.

Constan asimismo los siguientes trámites o actuaciones preceptivos:

a) La audiencia al contratista, trámite en el que muestra su conformidad al proyecto modificado.



b) Informe de la Junta Regional de Contratación Administrativa, que resulta preceptivo en los supuestos de modificaciones de contratos, cuando la cuantía de la misma, aislada o conjuntamente, sea igual o superior a un 15 por 100 del presupuesto original del contrato, y éste sea superior a 1.200.000 euros, si es un contrato de obras (art. 2.1,c) del Decreto 175/2003, de 28 de noviembre, por el que se regula la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia).

c) Informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, también preceptivo en los expedientes de modificación de contratos administrativos cuando corresponda al Consejo de Gobierno la autorización o resolución del expediente (art. 7.1.g) de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en relación con el 22.29 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia). Consta asimismo en el expediente la propuesta de Acuerdo elevada por la Consejera de Sanidad al Consejo de Gobierno de autorización del modificado.

d) Acreditación de la existencia de crédito adecuado y suficiente.

e) Fiscalización del gasto.

Se ha incorporado, además, al expediente una propuesta de resolución para la aprobación de la modificación, requisito que resulta obligado a tenor de lo establecido en el artículo 102 RLCAP, en relación con el 46.2,c),1º, del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, y cuya justificación estriba en tener a la vista un formal acto administrativo en el que, previa reseña de los antecedentes fácticos y consideraciones jurídicas oportunas, se contenga la determinación de proponer al órgano competente (la Consejera) la aprobación de la modificación contractual, como pronunciamiento distinto y posterior al de aprobación del proyecto de modificación.

2. No obstante el favorable juicio ya expresado acerca de la tramitación del expediente, debe destacarse, como ya han hecho los órganos preinformantes, la irregularidad consistente en que la autorización inicial conferida por la Consejería de Sanidad, necesaria para comenzar la tramitación del modificado, venía referida a unas variaciones del proyecto de menor entidad que las que finalmente reflejaba el presentado para su aprobación definitiva, pues si inicialmente se autorizó una modificación con un coste adicional de 60.797,21 euros, los cambios introducidos posteriormente durante la redacción del proyecto modificado elevaron ese importe a 284.144,24 euros.

Coincide, asimismo, el Consejo Jurídico con los citados órganos en que, ante las nuevas incidencias que habían de reflejarse en el proyecto, la dirección facultativa debió haber formulado una nueva propuesta de modificación que, con detalle, las describiera, justificara y valorara, para recabar una nueva autorización, esta vez ajustada a todas las variaciones a introducir en el proyecto y a su verdadero coste adicional.

En cualquier caso, y aunque llegara a interpretarse que la omisión de dicha actuación fuera determinante de la anulabilidad de la modificación propuesta, en la medida en que pudiera integrar la categoría de requisito formal indispensable para alcanzar el fin del acto administrativo (art. 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LPAC), dicho defecto de forma habría quedado “subsano” por ulteriores actuaciones del órgano de contratación, singularmente la Orden de 16 de enero de 2008, en cuya virtud se aprueba el proyecto reformado, ya con el gasto adicional de 284.144,24 euros.

La ausencia de dicho trámite tiene, además, un efecto añadido, cual es dificultar sobremanera la actuación de los órganos informantes en el expediente, obligados a realizar una labor de detallado análisis del proyecto para detectar tanto las nuevas partidas que sufren variaciones como las de nueva creación, pues también adolece el expediente de un informe o memoria que, de forma detallada, dé cuenta de las modificaciones que se introducen en el proyecto reformado, con su correspondiente valoración, y en qué causa de las aducidas como justificativas encuentra su apoyo cada una de ellas, como acertadamente pone de relieve la Dirección de los Servicios Jurídicos.

**TERCERA.- Sobre la procedencia de la modificación contractual objeto de Dictamen.**

1. El expediente sometido a consulta persigue aprobar una modificación del contrato de “Obras de construcción de un centro de salud en Ceuti”, por un importe adicional sobre el precio del contrato vigente de 284.144,24 euros, lo que representa un 11,98% de incremento que, acumulado a la modificación número 1 del mismo contrato, operada en el año 2005, supone un 26,68% de coste adicional sobre el precio inicial.

2. La norma en vigor es el TRLCAP, dada la previsión de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, Disposición transitoria primera, y la fecha de adjudicación del contrato y de la iniciación del procedimiento para tramitar la modificación.

Como ha venido señalando reiteradamente este Órgano Consultivo, uno de los principios básicos que rigen la contratación administrativa es el de la invariabilidad de lo pactado. Así se recoge en el artículo 4 TRLCAP, cuando dispone que la Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente, siempre y cuando no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración, y deberá cumplirlos a tenor de los mismos, sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica a favor de aquélla.

Entre estas prerrogativas figura el denominado *ius variandi*, que se afirma con carácter general en el artículo 59.1 TRLCAP, el cual, por constituir una excepción al ya citado principio de invariabilidad en el cumplimiento de pactos, se encuentra sometido, para su ejercicio, a la estricta observancia de las exigencias de interés público y a los precisos límites que, como protección de ese interés, impone el ordenamiento jurídico. Así, el artículo 101.1 del citado texto legal establece que, una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones por razón de interés público en los elementos que lo integran, siempre que sean debidas a necesidades nuevas o causas imprevistas, entendiéndose éstas como imprevisibles al tiempo de adjudicarse el contrato y no como causas que una diligencia adecuada hubiera posibilitado que se tuviesen en cuenta al perfeccionarse el contrato; circunstancias todas ellas que deberán quedar debidamente justificadas en el expediente.

Como señala el Dictamen del Consejo de Estado nº 168/07, de 1 de marzo de 2007, sobre el alcance de estos conceptos, “*el interés público debe conjugarse en los contratos administrativos con el principio establecido en el Código Civil de acuerdo con el cual “las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes y deben cumplirse al tenor de los mismos” (artículo 1091). Para lograrlo se atribuye a la administración la prerrogativa exorbitante de modificación unilateral de los contratos (ius variandi, establecida en el artículo 59 LCAP). En el dictamen número 42.179, de 17 de mayo de 1979, se aclaró que “esta naturaleza singular y privilegiada del ius*

*variandi exige que se produzca necesariamente dentro de los límites que establece la Ley”.*

*Uno de estos límites resulta de la exigencia de que la modificación contractual esté “respaldada o legitimada por un interés público claro, patente e indubitado” (Dictamen número 42.179, de 17 de mayo de 1979; véanse también los dictámenes números 48.473, de 16 de enero de 1986, y 55.586, de 10 de enero de 1991), y que además “tal razón aparezca debidamente justificada en el expediente” (Dictamen número 3062/98, de 10 de septiembre de 1998). La concurrencia de este interés público debe quedar justificada en el expediente, como resulta del artículo 102 LCAP de 1995 (artículo 101.1 in fine LCAP) y del derogado artículo 149 del Reglamento General de Contratación aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (actualmente, artículo 102 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre).*

*Un segundo límite resulta en este caso de la necesidad de que concurren necesidades nuevas o causas imprevistas (artículo 102 LCAP de 1995, que se corresponde con el vigente artículo 101 LCAP). A este respecto ha declarado el Consejo de Estado que “el derecho de modificación con que cuenta la Administración contratante o concesionaria, de conformidad con los artículos 18 y 74 de la Ley de Contratos del Estado, no es una atribución legal indiscriminada que le permita a su libre criterio la novación del contenido de los pliegos que sirvieron de base a la licitación, sino una facultad reglada que solo puede ejercitarse cuando la aparición de nuevas necesidades materiales, no contempladas antes de la perfección del contrato, lo hagan indispensable para el mejor servicio del interés público” (Dictamen número 41.914, de 24 de mayo de 1979). No cabe excluir la posibilidad de que “el interés general preconizara en alguna ocasión modificaciones de contrato que vinieran en beneficio del contratista, y no en su perjuicio”, mas “es lo cierto que, en todo caso, el ejercicio del ius variandi por la Administración requiere una singular motivación de hecho (“necesidades nuevas o causas técnicas imprevistas”, reza el art. 149 del Reglamento de Contratación) que, de no existir, impide la alteración del contrato, o de sus pliegos definidores, regidos, como queda dicho, por el principio ne varietur” (Dictamen número 41.914, de 24 de mayo de 1979).*

*La concurrencia de necesidades nuevas o causas imprevistas debe estar igualmente justificada en el expediente (artículo 102 LCAP de 1995 y restantes preceptos anteriormente citados).*

*El fundamento de este segundo límite debe hallarse en la necesidad de no desvirtuar las garantías de concurrencia que presiden la licitación y, en su caso, en “la naturaleza de los recursos económicos administrativos”, de carácter público (Dictamen del Consejo de Estado número 45.238, de 12 de mayo de 1983). Por lo que respecta al primero de estos fundamentos, en el Dictamen del Consejo de Estado número 45.942, de 15 de diciembre de 1983, se puso de manifiesto que el carácter imperativo de las normas sobre modificación de los contratos administrativos tiene “la finalidad de evitar que, a través de sucesivas modificaciones contractuales, se rompa el principio de pública licitación fundamental en la materia”.*

*Asimismo, en el Dictamen nº 79/93, de 1 de abril, el citado Órgano Consultivo señaló que “cuando el artículo 149 del Reglamento General de Contratación exige que las modificaciones se fundamenten en causas técnicas imprevistas al tiempo de elaborar el proyecto, debe interpretarse en el sentido de que concurren razones técnicas imprevisibles (razona-*

*blemente) en el proyecto originario, y no simplemente defectuosas o meras imprevisiones en dicho proyecto”.*

Ello no obsta para que haya casos en que *“aunque existen partidas que pudieran haber sido previstas, éstas no pueden separarse de las imprevisiones sin afectarse a la indivisibilidad del objeto del contrato, por lo que puede afirmarse que sí concurren causas que permiten fundar la modificación”* (Dictamen 348/07, de 26 de junio de 2007, del Consejo Consultivo de Andalucía).

3. Partiendo de lo anterior, es necesario poner de manifiesto las causas que fundamentan las modificaciones que se analizan (la aprobada y la ahora propuesta), su naturaleza y su incidencia en el incremento del 26'68% a que antes se hizo referencia.

Un examen pormenorizado de las modificaciones en cuestión, a la vista de la relación de las mismas contenida en la memoria justificativa de la primera modificación, en el informe de la Junta Regional de Contratación Administrativa de 20 de mayo de 2008, en el emitido por el Servicio de Obras y Mantenimiento de la Consejería consultante el 26 de marzo de ese mismo año (folio 220 del expediente) y en el de la dirección facultativa de octubre de 2007, de contestación a los reparos formulados por la oficina de supervisión de proyectos —los tres últimos documentos en relación al segundo modificado—, revela que el citado incremento puede dividirse en cuatro grandes conceptos:

a) Un 14,70% en cimentación (modificado nº 1).

b) Cambio de usos de parte del edificio, suprimiendo urgencias y un patio interior y creando nuevas consultas. El coste adicional fue inicialmente cuantificado en 60.797,21 euros (2,23% de incremento), aunque por la contratista y la dirección facultativa se discutió con la Arquitecta responsable de la coordinación del proyecto dicha cuantía, pues se estimaba claramente insuficiente ante la entidad de las modificaciones a realizar. A pesar de ello, y comoquiera que finalmente se introducen otras variaciones en el proyecto diferentes de las inicialmente contempladas, queda inalterada la valoración de estas modificaciones ligadas al cambio de usos del centro.

c) Errores, carencias o imprevisiones de proyecto, que afectarían singularmente al capítulo de estructura, donde se sustituyen determinadas partidas de hormigón armado por otras, con variación en la cuantía de acero (su coste adicional es de 66.038,62 euros). También en el capítulo de electricidad se incorporan nuevas partidas *“para adecuar el centro de transformación a la normativa de x.”* y otra correspondiente a la línea del ascensor y central de incendios *“que no estaban valoradas”*, por un coste adicional de 24.370,22 euros. Además, se incorpora un grupo electrógeno *“para cubrir la eventualidad de que la Dirección General de Industria lo exija para legalizar la instalación”* y su correspondiente línea, por un importe de 28.379,96 euros. La suma de ambas cantidades arroja un resultado de 118.788,8 euros (5% del precio inicial).

d) Mejoras, que responden a cambios solicitados por la Consejería de Sanidad durante la ejecución de las obras.

Por lo que se refiere al primer concepto, el aumento del coste fue consecuencia del cambio de maquinaria de perforación que resultó necesario tras comenzar los trabajos en el año 2005 y comprobar que el terreno no se ajustaba a las condiciones reflejadas en el estudio geotécnico realizado en 2002, que había servido de base para la elaboración del proyecto. Las condiciones geológicas hacían inviable la solución técnica inicialmente pre-

vista para efectuar la cimentación y hubo que prever una nueva, más costosa, que recibió el visto bueno de los técnicos de la Consejería. Tales circunstancias cabría calificarlas como imprevistas a efectos de amparar a modificación efectuada.

Del mismo modo, el cambio de usos de parte del edificio, motivado por la planificación sanitaria posterior al perfeccionamiento del contrato, que considera innecesaria una unidad de urgencias en el municipio de Ceutí (no prevé esta unidad el Plan de Urgencias y Emergencias de la Región de Murcia para el período 2005-2007), y precisa de un incremento del número de consultas inicialmente previstas, como consecuencia del incremento de la presión asistencial sobre el futuro centro de salud, tanto en materia de atención primaria (Estrategias para el desarrollo sostenible de la Sanidad en el período 2005-2010 y acuerdos con las organizaciones sindicales para la disminución del ratio de asignación de tarjetas sanitarias) como de salud bucodental (Plan de Atención a la Salud Bucodental implantado en el año 2006), ampararían la modificación contractual. Y ello en la medida en que, englobadas en los conceptos legales de “nuevas necesidades” y “circunstancias imprevistas”, responden a necesidades surgidas con posterioridad a la perfección del contrato y durante la ejecución de las obras. Otros usos que se incorporan a las instalaciones, como las salas de cirugía menor y de técnicas diagnósticas, también vinculadas con las nuevas exigencias de construcción de centros de salud, si bien suponen una variación cualitativa respecto de los usos contemplados por el proyecto en su redacción originaria, no suponen una alteración que pueda calificarse de sustancial, resultando su incorporación al proyecto coherente con el fin asistencial que justifica la construcción del centro de salud, complementando la atención sanitaria en él prestada.

El replanteamiento de usos de una parte de las instalaciones ha de considerarse, además, desde una doble perspectiva, que permite excluir una eventual tacha de falta de previsión de las autoridades sanitarias en el original planteamiento funcional del centro. De una parte, el servicio público a cuya prestación se destina, la sanidad, está sometido a circunstancias de especial evolución, con necesidades asistenciales a menudo mudables en función de múltiples factores. De otra, la demora en los trabajos de ejecución de las obras (su plazo inicial era de 18 meses), motivada por las dos modificaciones tramitadas, con sus correspondientes suspensiones, que ha posibilitado que aquellos factores entraran en juego y determinaran el cambio de necesidades funcionales.

No obstante, debe advertirse la escasa acreditación documental aportada al expediente acerca de algunas de las circunstancias alegadas como justificativas de la modificación, singularmente, las relativas al incremento poblacional del municipio y la planificación estratégica regional.

En cuanto a los errores, carencias o faltas de previsión en el proyecto, ya se han enumerado aquellos que son expresamente calificados como tales por el Servicio de Obras y Mantenimiento de la Consejería en relación con el capítulo de estructura (folio 220), así como las que resultan de la lectura del informe elaborado en octubre de 2007 por la dirección facultativa en contestación a los reparos formulados por la oficina de supervisión de proyectos (folios 194 y siguientes). En relación con estas últimas, se ha considerado como una falta de previsión en el proyecto originario aquellas partidas que persiguen adecuar la instalación eléctrica del edificio a “*la normativa de x.*”, toda vez que no se justifica en el expediente que haya existido un cambio en dicha “normativa” con posterioridad a la redacción del proyecto inicial. Del mismo modo, la introducción del grupo electrógeno con la finalidad declarada de conseguir la legalización de la instalación por parte de la Dirección

General de Industria, permite calificar su ausencia en el proyecto originario como una imprevisión injustificada, toda vez que no se ha justificado que dicho grupo electrógeno no fuera exigible en el momento de la redacción de aquel.

Del mismo modo, y con las cautelas propias de un órgano como el Consejo Jurídico, que carece de conocimientos técnicos en la materia, la enumeración realizada no ha de considerarse necesariamente cerrada. Así, entre los órganos preinformantes, la Junta Regional de Contratación Administrativa considera como falta de previsión que el proyecto originario no contemplara determinadas partidas en materia de saneamiento.

Finalmente, aquellas variaciones que hemos dado en llamar mejoras, parecen responder bien a peticiones formuladas por los servicios dependientes de la Consejería de Sanidad, bien a medidas dirigidas a resolver incidencias o dificultades puestas de manifiesto por la contratista.

4. De lo expuesto puede concluirse sin dificultad que los dos primeros grupos de circunstancias que motivan las modificaciones (tanto la aprobada como la ahora propuesta), es decir, los problemas sobrevenidos tras el inicio de las obras para realizar la cimentación y el cambio de usos de parte del edificio, sí encontrarían acomodo en las causas legales que amparan la modificación de los contratos administrativos, en la medida en que constituyen causas imprevistas o necesidades nuevas que no pudieron contemplarse en el proyecto inicial.

Por el contrario, no pueden calificarse como tales ni los errores ni las carencias del proyecto, entendiéndose como tales no tanto aquellos cambios de pequeño calado que, impuestos por el propio proceso constructivo del inmueble, es necesario realizar a lo largo de la ejecución de toda obra de envergadura para ajustar el curso de la misma a la realidad, como aquellas circunstancias que debieron ser suficientemente ponderadas en las actuaciones preparatorias seguidas en el proceso de formación de la voluntad contractual de la Administración y que, al no serlo, vienen a constituir verdaderas faltas de previsión de elementos que, razonablemente, habrían de constar en el proyecto para que éste lo fuera de una obra completa y capaz de desarrollar adecuadamente las funciones para las que se construye.

Del mismo modo, en principio y a falta de una adecuada justificación, tampoco tienen cabida en los conceptos legales del artículo 101.1 TRLCAP las mejoras del proyecto, y ello tanto si su ausencia en la redacción originaria del mismo se debe a una falta de comunicación entre la Administración promotora y los redactores del proyecto original, como a una inicial falta de voluntad administrativa de afrontar con el proyecto necesidades ya existentes en el momento de su redacción.

#### **CUARTA.- Sobre la procedencia y adjudicación de las obras de modificación.**

La potestad administrativa de modificación de los contratos (artículo 146 TRLCAP) permite imponer al contratista las modificaciones contractuales introducidas al amparo de lo dispuesto en el artículo 101 de dicho texto legal. En este punto, el Consejo coincide con el criterio de la Junta Regional de Contratación Administrativa y de la Intervención General resumido en los antecedentes, en el sentido de que existe un interés público en introducir las referidas modificaciones, aun cuando se deban, una parte de ellas, a necesidades que no pueden calificarse de nuevas, o que dimanen de imprevisiones imputables a la fase previa a la aprobación del proyecto originario, tal y como indicamos en el epígrafe anterior. Asimismo, considerando el estado de ejecución de las obras (próximo al 50%), que el contratista ninguna responsabilidad tiene en la redacción del proyecto original ni en las modificaciones

posteriores, por lo que no pueden serle imputadas sus carencias e imprevisiones, y que no ha solicitado la resolución contractual a la que tenía derecho (artículo 149, e) TRLCAP), antes al contrario, ha aceptado la modificación en los términos propuestos por la dirección facultativa (artículo 146. 2), resulta aconsejable que su ejecución sea encomendada a dicho contratista y se reanuden de forma inmediata las obras en orden a su pronta culminación. También aconseja esta solución el inminente cumplimiento del plazo de cinco años, que el artículo quinto del Decreto 22/2004, de 5 de marzo, por el que se aceptó la cesión gratuita de los solares sobre los que se construye el centro de salud, establece para el cumplimiento de la finalidad a la que se vincula la cesión.

Sin perjuicio de lo anterior, se ha de advertir la necesidad de adoptar las medidas tendentes a conseguir una cuidada elaboración de los proyectos, y el ejercicio de las facultades de vigilancia que a la Administración incumbe sobre ellos cuando su redacción se encomienda a terceros, como aquí ocurre al ser la dirección facultativa la autora del proyecto. Asimismo, debe recordarse que la mayor o menor previsibilidad de algunas de las circunstancias que motivan la modificación del contrato y que no se encuentran ligadas a las nuevas necesidades funcionales del centro, pueden tener relevancia en el plano de la (eventual) responsabilidad contractual ex artículos 218 y 219 TRLCAP, en relación con el adjudicatario del contrato de redacción del proyecto de obras. En este punto, deberían iniciarse actuaciones tendentes a dilucidar dicha cuestión, si bien habría de ser resuelta en un momento posterior al de la aprobación de la modificación propuesta.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se informa favorablemente la modificación del contrato de referencia, en los términos contenidos en el “Proyecto modificado nº 2 de las obras de construcción de un centro de salud en Ceutí”, previa incorporación al expediente del informe a que se refiere la Consideración Segunda, *in fine*, de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 149/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante:** Consejera de Sanidad (2004)

**Fecha:** 08/09/08

### **Extracto de Doctrina**

*De acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resul-*

*tado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 26 de octubre de 2004, x., actuando en nombre y representación de su hijo, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud (SMS) y el Ministerio de Sanidad, mediante la que solicita una indemnización por los daños sufridos a consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria que se le dispensó durante el parto de su hijo en el Hospital Comarcal del Noroeste de Caravaca de la Cruz.

Según la reclamante, el 26 de octubre de 2003 se produjo el nacimiento de su hijo en el indicado centro hospitalario. En el momento del parto el niño sufrió una asfisia feto-neonatal grave, debida al encajamiento de hombros grave, por lo que se procedió a la aspiración de secreciones, y oxígeno con ambú durante un minuto sin respuesta, iniciándose una reanimación profunda con intubación oro-traqueal y masaje cardíaco. La evolución del Apgar permitió la desintubación.

Tras su ingreso en la Unidad de Neonatología, presentaba cianosis peribucal, equimosis facial (secundaria a presentación), palidez intensa y frialdad de miembros inferiores, llanto débil con quejido audible sin fonendo, ligera polipnea, ruidos de despegue e hipotonía axial, marcada con parálisis braquial izquierda, por afectación de raíces C5 a C8.

A los diez días, se le dio el alta por mejoría, con los siguientes diagnósticos: SFA (sufrimiento fetal agudo) grave, parálisis braquial izquierda, riesgo infeccioso, hipocalcemia transitoria, bronquiolitis leve, RNT AEG.

Según se especificó en informes clínicos de seguimiento emitidos tras revisiones posteriores, de marzo y julio de 2004, se constata la persistencia de un déficit motriz en el miembro superior izquierdo, siendo el resto de su desarrollo y patrón de maduración normal, y aconsejándose tratamiento rehabilitador y vigilancia neuroevolutiva.

Exploraciones electromiográficas (EMG) realizadas en el Hospital de Molina de Segura, en enero y septiembre de 2004, informan de hallazgos congruentes con la existencia de una axonotmesis parcial de grado muy severo de tronco superior de plexo braquial izquierdo, de tipo pre post-ganglionar, en estado agudo de evolución, con cierta actividad indicativa de reinervación.

Respecto a EMG previo, se constató una discreta mejoría ya que se apreciaron signos de reinervación en musculatura, dependiente de tronco superior izquierdo. En la actualidad dicho proceso está en actividad, en especial en deltoides izquierdo, donde el pronóstico era menos favorable.

Para la reclamante, su hijo padece una parálisis braquial obstétrica izquierda y monoparesia de miembro superior moderada-grave, daños que conecta causalmente con la inadecuada asistencia prestada durante el parto. Afirma, asimismo, que el menor debe mantener un tratamiento rehabilitador del miembro superior izquierdo, así como vigilancia neuroevolutiva.

Concreta el importe reclamado en concepto de indemnización en 22.621,41 euros, “*sin perjuicio de ulterior liquidación debido a ver modificadas las secuelas en el futuro por*



*una reinervación eficaz de la musculatura afectada y sin haber evaluado aún los perjuicios morales de familiares”.*

Adjunta a su reclamación copia de diversos informes médicos acreditativos de la asistencia recibida durante el parto y evolución del menor, informe psicológico, así como un informe pericial elaborado por un especialista en valoración de daño corporal.

De conformidad con este último documento, la parálisis braquial deriva directamente del trauma sufrido durante el parto. Es necesario continuar con el tratamiento rehabilitador del miembro afectado para conseguir la mayor recuperación y funcionalidad posible. Asimismo, debe mantenerse el programa de vigilancia neuroevolutiva, ante la posibilidad de aparición de otras alteraciones relacionadas con la asfixia fetoneonatal. La valoración actual de secuelas se puede ver alterada en el futuro en función de una poco probable reinervación eficaz de la musculatura afectada, o bien por la aparición de otras alteraciones que sólo se pondrían de manifiesto durante el desarrollo, como las relativas al lenguaje. En la baremación de secuelas, según el sistema para la valoración de daños personales derivados de accidentes de circulación, la lesión sufrida por el niño sería equivalente a “monoparesia de miembro superior moderada-grave”, que se valora en 21 puntos.

**SEGUNDO.-** Por Resolución de 11 de noviembre de 2004, la Directora Gerente del SMS admite a trámite la reclamación y encarga la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial al Servicio Jurídico del Ente, cuya iniciación comunica a la correderuría de seguros del SMS y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

Asimismo, solicita al Hospital Comarcal del Noroeste de Murcia copia de la historia clínica de la reclamante y de su hijo, así como informes de los facultativos que los atendieron.

**TERCERO.-** El 29 de abril de 2005, la reclamante solicita certificación de acto presunto, al haber transcurrido seis meses desde la interposición de la reclamación, sin haber tenido conocimiento de su resolución. La certificación del silencio administrativo se emite el 17 de mayo.

**CUARTO.-** El 22 de agosto el Hospital remite las historias clínicas solicitadas, así como informe de 29 de junio de 2005, a los veinte meses de vida del niño, emitido por el Servicio de Pediatría, que es del siguiente tenor literal:

*“El día 26-X-03 avisan de paritorio por vacuoextracción y riesgo infeccioso por exudado vaginal positivo a Streptococo. Presenta durante expulsivo encajamiento de hombros grave. El niño al nacer presenta un Apgar en primer minuto de 0-1 (presenta gasping), y tras reanimación profunda (intubación) presenta a los 5 minutos de vida Apgar de 5, subiendo progresivamente hasta Apgar a los 15 minutos de 8 (1 color y 1 en tono). A las 6 horas de vida presenta prácticamente normalidad, excepto parálisis braquial izquierda.*

*Dada la progresiva mejoría en primeros minutos de vida (Apgar pasa de 0 a 8), la no clínica posterior y las exploraciones complementarias como EEG y Eco transfontanelar, y las revisiones realizadas por mí en consultas externas, creo que el niño no tendrá problema neurológico alguno a nivel central; y a nivel periférico tiene mejoría del brazo aunque aún mantiene cierto grado de parálisis que creo mejorará lenta y progresivamente, aunque lógicamente no sabemos hasta qué grado”.*

De los informes obrantes en las historias clínicas destacan los siguientes:

— El del Servicio de Ginecología del Hospital, que resume la historia clínica, donde consta el ingreso de la paciente el 26 de octubre de 2003 y su alta 3 días más tarde. El informe se expresa en los siguientes términos:

*“IVgesta (II parto, I aborto) de 37 años, consulta gestante de 41+1 s. por inicio de dinámica uterina. AP: IVE (interrupción voluntaria del embarazo) por trisomía. GS: 0+.*

*Tiene un parto donde se produce una gran distocia de hombros, naciendo un varón de 3.630 g. Apgar 0/5. GS: A+, que ingresa en el Servicio de Pediatría. Puerperio inmediato sin complicaciones, por lo que se decide su alta hospitalaria”.*

— El del Servicio de Pediatría, en cuya Sección de Neonatología ingresó el pequeño tras su nacimiento. Como antecedentes personales, se hace constar: *“Embarazo controlado, fisiológico. Gestación de 41+1. Cultivo vaginal + a S.B.-Hemolítico. Parto: espontáneo, procediéndose a vacuo de alivio por deceleraciones, presentando encajamiento de hombros grave. Apgar 1’: 0. Se procede a aspiración de secreciones y oxígeno con ambú sin respuesta, por lo que se inicia reanimación profunda con intubación orotraqueal y masaje cardíaco. Apgar 5’: 5 (1 C, 0 T, 0 RE). Apgar 10’: 6 (1 C, 1 RE, 0 T). Se desentuba dejando oxígeno con ambú, presentando Apgar 15’: 8 (1 C y 1 T). Meconio en paritorio”.*

En la exploración a su ingreso *“presenta cianosis peribucal, equimosis faciales (2ª a presentación), y palidez intensa de mmii con frialdad de los mismos. Llanto débil con quejido audible sin fonendo. Ligera polipnea y ruidos despegue. Hipotonía axial marcada con parálisis braquial izquierda. Resto normal”.*

De los exámenes complementarios destaca la normalidad que revelan los estudios radiológicos de tórax y hombro izquierdo, la ECO transfontanelar y el electroencefalograma a que se somete al paciente. Asimismo, mediante gasometría capilar se detecta una ligera hipoxemia, que es corregida en control a las 6 horas.

El juicio diagnóstico es *“SFA grave; Parálisis braquial izquierda; riesgo infeccioso; hipocalcemia transitoria; bronquiolitis leve; RNT AEG, e ictericia por sumación de factores”.*

Por último, se prescriben revisiones por el Servicio de Rehabilitación y el Centro de Atención Temprana.

— Informe del ginecólogo que atendió el parto, que es del siguiente tenor:

*“AP: Sin interés. M 13; FM 4/35-40; 2 partos eutócicos y una IVE porque en el embarazo anterior se le realizó una amniocentesis con el diagnóstico de trisomía en el cromosoma 9 (47XY +9).*

*EA: UR 04/01/2003; FPP 11/10/2003 por baches amenorreicos, se corrige con la primera ecografía la FPP, siendo esta el 18/10/03. La gestación transcurre de forma fisiológica, haciéndole en el hospital las ecografías del 1º, 2º y 3º trimestre, así como los monitores a partir de la semana 38. Todo ello es normal, únicamente reseñar que se le realizó una amniocentesis en la semana 16 de embarazo, por el antecedente previo. Resultado de amniocentesis: 46XY.*

*El 26/10/03 acude a urgencias por contracciones. EXPL: Cefálica SES. 2 cm. de dilatación. Amnioscopia +, LA discretamente amarillento.*

*Se realiza un monitor en el que aparece dinámica irregular y muy reactivo, por lo que pasa a planta para preparación. Se realiza anestesia epidural y pasa a paritorio donde:*

— *La dilatación es rápida (ingresa en paritorio a las 12h. y el parto es dos horas después, a las 14.00h.).*

— *El monitor en todo momento es completamente normal.*

— *Ha tenido dos partos eutócicos, ninguno distócico*

*Se realiza una ventosa para abreviar expulsivo a las 13.55h. en dilatación completa III-IV plano. OIIA (occipito-iliaca izda. anterior), episiotomía. Siempre que hago una ventosa, tengo la costumbre de avisar al pediatra para que esté presente en paritorio, en este caso también lo estaba. Se realizó el vacío de forma habitual y con la primera tracción sale la cabeza fetal (ventosa muy fácil). El problema vino a continuación por una distocia de hombros, totalmente imprevisible, más tratándose de un niño con un peso completamente habitual 3630 g. en una madre con una buena pelvis.*

*Ante la complicación distocia de hombros, actúo como se aconseja en los libros:*

— *Primero; se libera una circular de cordón al cuello.*

— *Segundo; se intenta tracción rotando los hombros, primero hacia la izda., luego hacia la drcha., intentando sacar el hombro anterior.*

— *Tercero; se flexionan los miembros inferiores de la madre sobre el abdomen de ésta.*

— *Cuarto; tras desencajar de nuevo los hombros intento desprender primero el hombro posterior, maniobra que da resultado y con la que termina naciendo el varón.*

*El APGAR al primer minuto es cero, pero el niño se recupera bien, siendo 5 a los 5min., no hay fractura de clavícula y, según mis noticias, el niño salió de Pediatría sin ninguna lesión neurológica.*

#### **CONCLUSIONES:**

*Gestación completamente fisiológica en la 41+1 s. ecográfica. En ningún momento hay indicación para cesárea, ni era previsible la distocia de hombros.*

*Tercer parto con 2 eutócicos.*

*Niño no macrosoma (Peso 3630g)*

*Monitor en todo momento reactivo.*

*Parto muy rápido (aprox. 2h. de dilatación).*

*Únicamente se realizó ventosa para abreviar expulsivo, por estar en todo momento pendiente de la paciente, con el pediatra en paritorio. Ventosa muy fácil.*

*Distocia de hombros con estas características, es completamente imprevisible”.*

**QUINTO.-** Consta en el expediente que la reclamante interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, procedimiento ordinario 334/2005, contra la desestimación presunta de la reclamación patrimonial. El Tribunal dicta auto de 20 de octubre de 2005, mediante el que se declara incompetente para su conoci-

miento por razón de la cuantía, y remite las actuaciones a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Murcia.

El conocimiento de las actuaciones recae por reparto en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Murcia, donde se siguen con el número de procedimiento ordinario 45/2006.

**SEXTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica, tras valorar la historia clínica y el resto de la documentación contenida en el expediente, alcanza las siguientes conclusiones:

*“No encontramos negligencia ni falta de atención en la actuación seguida en este caso a x., ni en la reanimación y atención del recién nacido, x; antes bien, la pericia y la rapidez de actuación del equipo médico en la extracción y reanimación posterior del recién nacido, han evitado lesiones seculares en el niño que serían previsibles tras el sufrimiento fetal sufrido.*

*Consideramos que la distocia de hombros que se produjo durante el parto del niño x. forma parte de las distocias de hombros descritas en la bibliografía como imprevisibles, espontáneas y no evitables, las cuales según las estadísticas, suponen entre el 50% y el 80% del total de las mismas”.*

Para alcanzar dicha conclusión la Inspectora informante repasa los protocolos existentes para afrontar la distocia de hombros, así como los factores de riesgo que podrían hacer previsible la presencia de la complicación durante el parto. En sus consideraciones médicas se afirma de forma expresa que la atención a la madre durante el embarazo y el parto *“fue en todo momento correcta, ajustándose a protocolos”*, con ausencia de factores de riesgo maternos, lo que excluía la indicación de cesárea. El parto se produce de forma espontánea, con una dilatación muy rápida (2 horas), realizando vacuoextracción de alivio por deceleraciones, cuando la dilatación ya era completa, en plano III-IV. Se indica, asimismo, expresamente que ante la distocia de hombros, el ginecólogo actuante realiza correctamente las maniobras descritas en protocolos, resultando el recién nacido sin daños neurológicos ni cerebrales por la rápida actuación en la extracción y reanimación.

La distocia no era previsible ni evitable, sin que pueda advertirse en el caso estudiado ninguna de las negligencias que son susceptibles de provocar la distocia y que la Inspección enumera en el informe.

Se afirma también que la parálisis resultante en el niño corresponde al tronco superior del plexo braquial (parálisis de Erbs), cuyo pronóstico es evolucionar hacia la curación en un 70% de los casos.

**SÉPTIMO.-** Por la compañía aseguradora del SMS se aporta dictamen médico colegiado emitido por tres especialistas en Obstetricia y Ginecología, que alcanzan las siguientes conclusiones:

*“1. Nos encontramos ante un caso de reclamación patrimonial por la aparición de una parálisis braquial secundaria a una distocia de hombros que aconteció durante el parto de x. La reclamación se basa en que esa lesión fue secundaria a las maniobras que se realizaron para solucionar la distocia descrita.*

*2. La distocia de hombros complica el 0.2-2% de todos los partos.*

*3. Se entiende por macrosoma el feto con un peso al nacimiento superior a 4.000 gr. ó 4.500 gr. En este caso, el peso del recién nacido fue de 3.650 gr., por lo que no cabe hablar de macrosomía.*

4. *No hay constancia alguna de factores de riesgo asociados a distocia de hombros en la Historia Clínica.*

5. *Se daban las condiciones exigidas para la aplicación de la ventosa.*

6. *Las maniobras empleadas para la resolución de la distocia de hombros, fueron totalmente correctas y aceptadas en los actuales protocolos.*

7. *La evidencia científica señala que la distocia de hombros es un accidente obstétrico que no se puede prevenir ni predecir.*

8. *Las lesiones de plexo braquial ocurren entre el 5-15 % de los casos de distocia de hombros.*

9. *La lesión del plexo braquial se debe relacionar con las maniobras destinadas a la resolución de la distocia de hombros, pero éstas son imprescindibles para lograr la extracción fetal y así prevenir daños mucho mas importantes, incluso la muerte neonatal.*

10. *La aparición de hipoxia en la distocia de hombros es frecuente; si bien existió un diagnóstico inicial de sufrimiento fetal, los estudios evolutivos posteriores mostraron un desarrollo favorable, de forma que, según los últimos informes, no existe déficit alguno en el desarrollo neurálgico de x. Esto da idea de lo aguda de la hipoxia y lo acertado de las maniobras de reanimación neonatal aplicadas.*

11. *Los estudios electromiográficos han demostrado una progresión favorable de la parálisis braquial, sin que conozcamos en fecha reciente, su estado actual.*

12. *Los profesionales intervinientes actuaron conforme a lex artis ad hoc, sin evidencia de indicios de mala praxis”.*

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, comparece un letrado en representación de la reclamante y toma vista del expediente, obteniendo copia de algunos documentos obrantes en el mismo, sin que conste que llegara a presentar alegación o documentación alguna.

**NOVENO.-** Con fecha 10 de marzo de 2008, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, singularmente la antijuridicidad del daño.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 28 de marzo de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12

del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.**

1. La legitimación activa corresponde a los padres, en su condición de representantes legales de su hijo menor de edad (artículo 162 del Código Civil), que es quien sufre en su persona los daños imputados a la atención sanitaria recibida. Todo ello a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP. Del mismo modo, los padres también ostentan una legitimación directa en relación al daño moral por ellos sufrido, cuya indemnización reclaman aunque no cuantifican.

En cuanto a la legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en cuanto titular del centro hospitalario y del servicio público de asistencia sanitaria a cuyo funcionamiento se imputan los daños.

2. Presentada la reclamación el 26 de octubre de 2004 y habiéndose prestado la asistencia sanitaria a la que se imputan los daños el 26 de octubre de 2003, y atendida la naturaleza evolutiva de la patología neurológica del menor, es evidente que aquélla ha sido interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC señala para la prescripción del derecho a reclamar.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP.

Sin embargo, conviene destacar la ausencia total de prueba de la reclamante de algunos de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, atribuible en exclusiva a la misma; en el presente supuesto, los informes médicos de los facultativos que atendieron a la reclamante y a su hijo, el de la Inspección Médica y el de los peritos de la compañía aseguradora de SMS no han sido cuestionados o rebatidos por la parte reclamante a través de las correspondientes alegaciones en el trámite de audiencia otorgado. A este respecto, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 27 de junio de 2001, destaca *“que corolario de lo dicho es que quien reclama debe probar la relación de causalidad antes expuesta (artículo 6.1.2º in fine Reglamento de Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial (...), y a tal efecto lo propio habría sido interesar una prueba pericial sobre la bondad de los tratamientos dispensados, prueba vital pues se está en un pleito en el que son convenientes o necesarios conocimientos científicos (...) al carecer este Tribunal de conocimientos oncológicos”*.

De otra parte, la circunstancia de que se haya interpuesto por la reclamante el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación, no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (artículo 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues la reclamante podría desistir o solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa. En todo caso convendría que el departamento consultante actuara coordinadamente

con la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad, en su condición de centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que es parte la Administración regional (artículo 4.2 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), como ya sugerimos en nuestro Dictamen núm. 72/06.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
- b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

Para la reclamante, los daños sufridos por el niño derivan de una inadecuada asistencia sanitaria durante el parto. Omite, no obstante, efectuar una concreción de dicha imputación, señalando qué concretas actuaciones u omisiones de los facultativos no resultaban acordes con la ciencia médica.

El planteamiento de la reclamación en tales términos no puede prosperar, porque no basta con acreditar la existencia de un daño derivado del funcionamiento del servicio público sanitario para afirmar que la actuación médica fue incorrecta y que dicho daño es antijurídico.

En este sentido, es cierto que la lesión del plexo braquial del menor se produjo como consecuencia de la actuación del ginecólogo durante el parto, como queda suficientemente probado en el expediente y es objeto de reconocimiento expreso, incluso, por los peritos de la compañía aseguradora del SMS, cuando afirman que *“la lesión del plexo braquial se debe relacionar con las maniobras destinadas a la resolución de la distocia de hombros”* (conclusión 9 de su dictamen, folio 270 del expediente).

Ahora bien, existente un daño y establecida una relación causal entre éste y el funcionamiento del servicio público sanitario, resulta esencial establecer si aquél puede ser considerado antijurídico, lo que obliga a determinar si la asistencia obstétrica prestada fue adecuada o no a la *lex artis*. Ésta, como se ha dicho, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *“los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) (ello) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida”*.

En consecuencia, sólo cuando se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante todo el proceso del parto permite delimitar si se trata de un supuesto que da lugar



a responsabilidad, no sólo porque exista lesión sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de intervenciones en centros sanitarios públicos, que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o existiera una lesión derivada de una complicación de una asistencia realizada conforme a la *lex artis*.

Pues bien, ese necesario análisis crítico de la actuación facultativa a la luz de la ciencia y la técnica médica no es llevado a cabo por la actora, a quien incumbe no ya su realización y plasmación mediante la determinación de qué concretas actuaciones u omisiones de los sanitarios actuantes resultan contrarias a la *lex artis*, sino también su prueba (artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)).

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto —artículo 335 LEC—, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su cualidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública.

Pues bien, como ya se adelantó en la Consideración Segunda de este Dictamen, la reclamante ha omitido traer al procedimiento informe pericial médico alguno que sustente sus alegaciones e imputaciones y permita obtener un juicio contrario a las conclusiones alcanzadas por las valoraciones técnicas obrantes en el expediente, que de forma unánime y contundente avalan el ajuste a normopraxis de la atención prestada a los pacientes. Consecuencia de todo ello es que no existe, siquiera sea indiciariamente, elemento probatorio alguno que acredite una mala praxis médica, siendo insuficiente a tal efecto la constatación en el expediente de las dolencias que presenta el niño y que éstas deriven de las maniobras efectuadas por el ginecólogo para resolver la distocia de hombros que, de forma sorpresiva, se produjo durante el parto.

En este sentido, las únicas valoraciones técnicas de dicha asistencia vienen constituidas por el informe de los facultativos intervinientes, el de la Inspección Sanitaria y el de los peritos de la aseguradora. Como ha quedado suficientemente expresado en los antecedentes de este Dictamen, todos ellos coinciden en declarar el ajuste a normopraxis de la actuación del equipo médico que asistió al parto de la reclamante, en la medida en que:

- a) La distocia de hombros que se produjo durante la fase expulsiva del parto era imprevisible ante la ausencia de factores de riesgo favorecedores de la misma.
- b) No estaba indicada la cesárea.

c) La vacuoextracción estaba indicada ante las deceleraciones observadas en el ritmo cardíaco del niño, la presentación cefálica y la progresión del parto, pues el feto se encontraba ya en plano III-IV. La técnica, además, fue efectiva, ya que la cabeza salió con facilidad a la primera tracción.

d) El ginecólogo actuó conforme a protocolos al realizar las maniobras tendentes a desencajar los hombros del niño y permitir que el parto progresara.

e) La atención en los momentos inmediatamente posteriores al alumbramiento evitó que el niño sufriera graves secuelas neurológicas.

Procede, en consecuencia, informar favorablemente la propuesta de resolución que no advierte, en los hechos en que se basa la reclamación, la presencia de alguno de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para declarar la responsabilidad patrimonial, pues la adecuación de la asistencia médica a la *lex artis ad hoc* excluye cualquier antijuridicidad del daño, que no puede ser imputado a la actuación de los médicos intervinientes, aun cuando haya quedado acreditada en el expediente la relación entre las maniobras realizadas durante el parto para superar la distocia de hombros y las afecciones neurológicas que sufrió el niño en el plexo braquial izquierdo. Y es que *“una cosa es que las partes pudieran haber aceptado la relación causa-efecto (...) y otra cosa es la existencia o no de mala praxis en el actuar de la Administración que, de no existir, excluye la antijuridicidad del daño exigida por la Ley como elemento determinante del nacimiento de la responsabilidad administrativa”* (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de marzo de 2007).

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se informa favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de un daño antijurídico, elemento legalmente exigido para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 150/08.-** Revisión de oficio de acto administrativo tributario dictado en expediente de inspección por los conceptos de ITP y AJD, solicitada por x.

**Consultante:** Consejera de Hacienda y Administración Pública (2007)

**Fecha:** 17/09/08

### **Extracto de Doctrina**

*El Consejo de Estado decía en el Dictamen de 30 de mayo de 1996 (expediente número 1531/96), lo siguiente:*

*“La revisión de oficio, sobre todo si es por causa de nulidad de pleno derecho, es una medida tan drástica e implica una potestad tan exorbitante que debe aplicarse con mucho tiento. Así lo viene advirtiendo este Consejo, con apelación a la jurisprudencia, en numerosos dictámenes (como el 42.107, de 23 de marzo de 1979; el 297/93, de 22 de julio, o el 1.387/94, de 21 de septiembre) (...). Este rigor, que no admite interpretaciones extensivas ni aplicación a supuestos de hecho dudosos, es más exigible si cabe cuando —como ocurre en el presente caso— se invoca como causa de nulidad del acto su contenido imposible, por la razón que se expone en el Dictamen 45.742, de 7 de junio de 1984, donde se dice: “El Consejo de Estado se ha mostrado cauteloso a la hora de apreciar la causa de nulidad consistente en el contenido imposible de los actos administrativos, tratando de evitar en concreto que a través de tal causa se canalice todo supuesto de ilegalidad o prohibición”.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** La solicitud de revisión de oficio fue registrada de entrada el 2 de septiembre de 2006, y se dirige frente a las resoluciones de comprobación de valores dictadas respecto a dos compraventas de inmuebles, una de ellas de 27 de marzo de 2000 (expediente de liquidación del Impuesto de Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad AJD, ILT1302402004000128) y la otra de 18 de abril de ese mismo año (por igual impuesto en su modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, ILT302402004000327), así como de la diligencia de embargo de 2 de marzo de 2006 (expediente de apremio 1204/2003) derivada de las liquidaciones anteriores; se argumenta que dichas transmisiones son inexistentes, siendo imposible la producción del hecho imponible determinante de la obligación tributaria. La imposibilidad consiste en que las edificaciones a que se refieren las indicadas compraventas no existen, dándose una discordancia entre la situación registral y la realidad, que se hace constar en las mismas escrituras.

**SEGUNDO.-** En los expedientes tributarios remitidos consta que una vez realizadas las autoliquidaciones por la interesada, el órgano gestor incoó sendos expedientes de comprobación de valores en los que, dada audiencia a la interesada, no formuló alegación alguna; tras ello se giraron las correspondientes liquidaciones complementarias, notificadas los días 25 de mayo y 16 de junio de 2004, sin que conste que fueran impugnadas.

**TERCERO.-** En el expediente de revisión de oficio, tras la preceptiva audiencia a la interesada (que no compareció para alegar), se formuló por la Dirección General de Tributos (Servicio Jurídico-Tributario) un informe-propuesta de resolución, en el cual se concluye que debe desestimarse la pretensión de nulidad por no concurrir ninguno de los supuestos recogidos en el artículo 217 de la Ley 58/2003, de 17 diciembre, General Tributaria (LGT). Se apoya esta afirmación en que, conforme al artículo 7.1.a) del Decreto Legislativo 1/1993, de 26 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido del Impuesto de Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (TRITPAJD), el hecho imponible es la transmisión de bienes y derechos, en este caso la transmisión de solares con licencias de obras para edificar, siendo accidentales las circunstancias de que existan edificaciones terminadas o en construcción, hecho que es tenido en cuenta por los servicios técnicos para valorar los bienes objeto de la transmisión.

**CUARTO.-** El Servicio Jurídico de la Secretaría General y la Dirección de los Servicios Jurídicos, en sus respectivos informes, comparten la anterior conclusión y sus razonamientos.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

A la vista de lo que dispone el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 217.4, segundo párrafo, LGT, el presente dictamen se emite con carácter preceptivo.

### **SEGUNDA.-** Sobre el procedimiento.

La LGT regula en el Título V la revisión en vía administrativa y, en concreto, el artículo 217 prevé la declaración de nulidad de pleno derecho de los actos dictados en materia tributaria. En desarrollo de dicha ley se aprobó el Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que regula la revisión de actos nulos de pleno derecho en los artículos 4 y siguientes.

El órgano competente para resolver el procedimiento de revisión de oficio de actos nulos es la Consejera de Hacienda y Administración Pública, de acuerdo con el artículo 217.5 LGT y con el 16.1g) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración regional.

Acceptada la legitimación de la instante, encontrándonos en presencia de actos firmes, invocada una posible causa de nulidad y, a la vista de que tal acción es imprescriptible, procede entrar a conocer el fondo del asunto.

### **TERCERA.-** Sobre la causa de nulidad alegada.

En el caso sometido a consulta el promotor del procedimiento de revisión de oficio aduce (de forma implícita) como causa de nulidad el contenido imposible del acto (artículo 217.1, c, LGT). En relación con esta vía de revisión de los actos administrativos y con la causa indicada, el Consejo de Estado decía en el Dictamen de 30 de mayo de 1996 (expediente número 1531/96), lo siguiente:

*“La revisión de oficio, sobre todo si es por causa de nulidad de pleno derecho, es una medida tan drástica e implica una potestad tan exorbitante que debe aplicarse con mucho tiento. Así lo viene advirtiendo este Consejo, con apelación a la jurisprudencia, en numerosos dictámenes (como el 42.107, de 23 de marzo de 1979; el 297/93, de 22 de julio, o el 1.387/94, de 21 de septiembre) (...). Este rigor, que no admite interpretaciones extensivas ni aplicación a supuestos de hecho dudosos, es más exigible si cabe cuando —como ocurre en el presente caso— se invoca como causa de nulidad del acto su contenido imposible, por la razón que se expone en el Dictamen 45.742, de 7 de junio de 1984, donde se dice: “El Consejo de Estado se ha mostrado cauteloso a la hora de apreciar la causa de nulidad consistente en el contenido imposible de los actos administrativos, tratando de evitar en concreto que a través de tal causa se canalice todo supuesto de ilegalidad o prohibición”.*

Por su parte, este Consejo Jurídico expresó lo siguiente en el Dictamen 47/2008:

*“La imposibilidad del contenido, según la doctrina legal del Consejo de Estado, apunta más al aspecto material que al legal (Dictamen 651/2000). Es imposible lo que materialmente no se puede realizar, bien porque sea contrario a las leyes físicas o bien porque forme parte de un supuesto de hecho irreal o inexistente. En consecuencia, ha calificado de acto de contenido imposible la adjudicación de un contrato a una persona ya fallecida (dictamen de 28 de abril de 1983) o el nombramiento de un funcionario para un puesto de trabajo inexistente (dictamen 1.705/94, de 29 de septiembre de 1994) o el contrato de permuta cuando una de las partes no es propietaria del bien que ha de entregar (dictamen*

53.403, de 29 de junio de 1989). El precepto también incluye los actos afectados por la llamada imposibilidad lógica, es decir, aquéllos que encierran una contradicción interna en sus términos (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 19 de mayo de 2000)”.

Examinada la documentación integrada en el expediente remitido se aprecia que la causa de nulidad no concurre, ya que la pretendida imposibilidad no se advierte, como acertadamente razona el informe del Servicio Jurídico-Tributario. El artículo 7.1, A) TRITPAJD dispone que estarán sujetas al impuesto “*las transmisiones onerosas por actos «inter vivos» de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas*”, cuyo valor podrá ser comprobado por la Administración en todo caso, según reza el artículo 46.1 de dicho texto legal. De las escrituras en las que se formalizan las compraventas resulta que la transmisión onerosa sí se produjo respecto de los solares y de los restantes derecho anejos a los mismos, particularmente el derecho a edificar. Y una vez realizado el hecho imponible, la valoración de los bienes objeto de la transmisión es rechazable por el interesado a través de la tasación pericial contradictoria o de los correspondientes recursos frente a las liquidaciones (art. 46.2 TRITPAJD), los cuales le fueron ofrecidos sin que hiciese uso de su derecho a la impugnación. Sin embargo, cuando las liquidaciones devienen firmes se intenta el proceso especial y extraordinario de revisión de oficio por nulidad de pleno derecho.

Existen, pues, los elementos integrantes del hecho imponible, ya que la transmisión es una realidad; hubo una valoración realizada por la Administración actuante desde el conocimiento de todos los elementos de tal hecho imponible, por lo cual la controversia sobre los parámetros de dicha valoración pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria, siendo ajena a la excepcional causa de revisión de oficio invocada.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### CONCLUSIÓN

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, dada la ausencia de la causa de nulidad prevista en el artículo 217.1.c) LGT.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 151/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 17/09/08**

### **Extracto de Doctrina**

*NOTA: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 9/2008.*

**DICTAMEN 152/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 17/09/08**

**Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 149./2008.*

**DICTAMEN 153/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 24/09/08**

**Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 52/2008.*

**DICTAMEN 154/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 24/09/08**

**Extracto de Doctrina**

*La labor instructora tiene naturaleza vicarial, en la medida en que su actuación persigue conseguir el mayor acierto del órgano que ha de poner fin al procedimiento, y ello no sólo cuando aquél haya de finalizar con una resolución, sino también cuando su terminación tiene naturaleza convencional. Para conseguirlo, el instructor debe determinar que el pacto de voluntades no traspasa ninguno de los límites establecidos por el artículo 88.1, a saber:*

*— Que el acuerdo no es contrario al ordenamiento jurídico. Es necesario, por tanto, que la instrucción determine si se dan todos y cada uno de los elementos generadores de responsabilidad patrimonial, pues sólo en tal caso procede la indemnización. En el supues-*

*to sometido a consulta, se afirma, sin mayor fundamentación, que existe nexa causal, pero no se analiza de forma detenida el daño, ni su cuantificación, ni su carácter antijurídico o no.*

— *Que no verse sobre una materia no susceptible de transacción.*

— *Que tenga por objeto satisfacer el interés público que la correspondiente Administración tenga encomendado.*

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 6 de junio de 2005, x, y, z., en su condición de esposa e hijos, respectivamente, de x., presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud (SMS), como consecuencia del anormal funcionamiento de los servicios sanitarios en la atención prestada a este último.

Dicen los reclamantes que x., con 51 años de edad, fue diagnosticado de una diabetes mellitus insulino dependiente de larga evolución y, desde enero de 2004, padecía dolor en miembro inferior derecho desde la región sacra hasta el pie.

En abril de ese año se le diagnostica una lesión radicular L-5 derecha moderada, lesión radicular S1 derecha leve, y polineuropatía sensitivo motora simétrica leve-moderada compatible con neuropatía diabética. Desde esa fecha es tratado por la Unidad del Dolor del Hospital Santa María del Rosell, de Cartagena.

Tras acudir a sendos centros privados para ser tratado de una hernia de disco posterolateral derecha L2-L3, el 31 de mayo de 2004 y ante el intenso dolor de miembros inferiores que sufría, que había persistido durante todo el mes, y después de sucesivos desplazamientos a la referida Unidad del Dolor del Hospital cartagenero, el Jefe de esta Unidad le coloca al paciente un catéter en la médula para inyectarle morfina y aliviar así el dolor de la neuropatía diabética. Se le suministra cloruro mórfico y bupivacaina al 0,25% y, tras colocarle un sondaje permanente urinario, se le remite a su domicilio. Afirman los reclamantes que no se informó ni al paciente ni a su esposa de los riesgos y complicaciones de la colocación del catéter, y que se les envió a casa, aun cuando el paciente debió quedar ingresado.

Al día siguiente, 1 de junio de 2004, el paciente presenta dolor, dificultad para orinar y vómitos, por lo que se le traslada de nuevo al Hospital, permaneciendo en el Servicio de Urgencias durante más de 18 horas, y donde se le administra Haloperidol, Primperan, Neurontin y Metamizol, hasta que se le ingresa en el Servicio de Medicina Interna. La analítica efectuada en Urgencias muestra 33.400 leucocitos por campo, con un 93% de neutrófilos.

Al ingreso en Medicina Interna presenta fiebre elevada y rigidez en la médula, por lo que se le sometió a una punción medular, con la que se le diagnosticó de “meningitis”, ya el día 3 de junio. Tras consultar con el Servicio de Medicina Intensiva, se retira el catéter e inicia tratamiento antibiótico empírico, ingresando en la Unidad de Cuidados Intensivos. Al ingreso en este Servicio, presenta rigidez en la nuca, 35.400 leucocitos por campo, 515.000 plaquetas, mononucleares 1.000-2.000, hematíes 16.000. Se procede a sedación, intubación oro traqueal y ventilación mecánica. El paciente presenta deterioro hemodinámico progresivo, con empeoramiento de la función renal, exigiendo hemodiálisis.

Se constata la existencia de gram positivo en LCR (líquido cefaloraquídeo), que luego se confirma como “*staphilococo intermedius* (20%), entre 40.000 a 100.000 ufc y *cándida spp.*

(20%)". Según el Informe del Servicio de Medicina Intensiva, el análisis practicado sobre la punta del catéter epidural da positivo y se establece éste como posible foco contaminante.

El 28 de junio, el paciente reingresa en el Servicio de Medicina Interna con el diagnóstico principal de meningo-encefalitis bacteriana aguda. Para los reclamantes la infección "*está ligada al catéter venoso y le ha producido un shock séptico por staphilococo aureus, infartos vasculares cerebrales, candidemia y, a consecuencia de todo ello, un estado vegetativo persistente*".

A la vista del estado del paciente, el 20 de septiembre de 2004 se le traslada al Hospital Nisa al Mar, de Valencia, para ser tratado por el Servicio de Daño Cerebral, que emite informe en el que se relaciona la situación del paciente con la meningitis bacteriana y la colocación del catéter. Asimismo, describe la situación neurológica del paciente a 31 de mayo de 2005 como "*compatible con estado de respuestas mínimas. Epilepsia focal sintomática con crisis parciales motoras con generalización*". Por último se indica que la situación actual es de "*discapacidad global que puede considerarse definitiva*." Las secuelas que presenta el paciente, según la reclamación, son las que siguen:

- *Fluctuaciones en atención arousal y episodios de desconexión del entorno.*
- *Sólo emite algunas palabras fuera de contexto y en respuesta al dolor.*
- *Facies hipomímica.*
- *Apertura ocular espontánea.*
- *Mirada enfocada pero inconsistente, reflejo de amenaza y seguimiento ocular selectivo.*
- *Ha precisado colocación de sonda gastrostomía para alimentación por disfagia neurógena.*
- *Precisa pañal y sonda vesical por doble incontinencia.*
- *Hemiparesia espástica derecha asociada a monoparesia del miembro inferior izquierdo.*
- *Miembro superior derecho flexionado, aducido, con muñeca en flexo de 20° y mano en garra.*
- *De forma pasiva está limitada la flexión y aducción del hombro en unos 60° y la extensión del codo aproximadamente 20°.*
- *El flexo de muñeca y de los dedos es irreductible tanto por el tono muscular como por una posible algodistrofia.*
- *Paraparesia con flexo de ambas rodillas y caderas con limitaciones en la extensión completa de rodilla en unos 20° y en la abducción por espasticidad de isquiotibiales y abductores.*
- *Atrofia muscular distal con pie derecho en equino varo reducible y pie péndulo izquierdo todo ello en relación con su neuropatía diabética.*
- *Respecto a la sensibilidad, no se puede valorar según el informe y presenta "reflejos osteotendinosos abolidos. Cutaneoplantares indiferentes. Reflejos de liberación frontal presentes. Sonda vesical y pañal por doble incontinencia. Úlcera sacra en fase de granulación".*

En consecuencia, el paciente presenta un estado vegetativo persistente, con una situación de dependencia total para las actividades básicas de la vida diaria, sin capacidad motora ni de lenguaje, de comprensión, etc, que deriva tanto de la colocación del catéter epidural y la remisión del enfermo a su domicilio, como de la tardanza en comenzar el tratamiento de la meningitis, dado que transcurrieron más de 72 horas desde su llegada a Urgencias.



Entienden los reclamantes que concurren los requisitos para exigir responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria, por lo que solicitan una indemnización por importe de 3.000.000 de euros.

La proposición de prueba se limita a la documental, mediante la solicitud de la historia clínica y de las analíticas y demás pruebas practicadas al paciente.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y encargada la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del SMS, se solicita la historia clínica del afectado de los centros sanitarios en que fue asistido e informe de los profesionales que le atendieron.

Desde el Hospital Santa María del Rosell se remiten los informes de los facultativos correspondientes a los servicios de Medicina Interna, de Urgencias y de la Unidad del Dolor.

1. El informe del Coordinador de Urgencias es del siguiente tenor:

*“Ingresa en nuestro Servicio el día 1 de Junio de 2004 a las 23:38 horas, a petición propia, siendo asistido en primera instancia por la doctora x. El motivo de consulta es por continuar con dolor de la cintura pelviana irradiado a extremidades inferiores y dificultad para orinar y a veces para defecar, a pesar de que el día anterior se le había aumentado la dosis del infusor. Hoy tiene también náuseas y vómitos y le han administrado dos ampollas y media de Haloperidol. En la exploración el paciente está consciente y orientado, con tendencia al sueño, con sudoración profusa y náuseas y sin signos focales meníngeos. Auscultación pulmonar con murmullo vesicular conservado, auscultación cardíaca con tonos rítmicos, abdomen blando y depresible. Tensión arterial 190/75 y glucometer 316. Se inicia perfusión de suero fisiológico y se administran 6 unidades de Insulina rápida subcutánea, quedando ingresado en observación en un cuarto individual Se realiza una primera analítica, cuyos resultados son: Hties: 4.1, Hb: 12.5, Leucocitos: 23.000, Neutrófilos: 92% (21.200), Plaquetas: 487000, (...)*

*Tras el cambio de guardia, le sigue atendiendo el Dr. x., apreciando mal estado general, agitado, pálido, sudoroso, desconectado, localiza estímulos, movilidad de extremidades completa, reflejos osteomusculares normales, reflejos cutaneoplantares flexores, no meníngeos. Auscultación pulmonar con buena ventilación, y tonos cardíacos rítmicos taquicárdicos. Abdomen sin hallazgos. Se administra Neurontín 400 mg. v.o. y Metamizol i.v. y se cursa nueva analítica: Hties. 4.0. Hb. 12.4. Hto. 37. Leucocitos. 33.400. Neutrófilos. 93% ( 31.000) Plaquetas. 570.000 (...). Electrocardiograma: ritmo sinusal a 123 c.p.m. PR 0.12 QRS 40° sin alteración del segmento ST. TAC Craneal, sin alteraciones densiométricas del parénquima.*

*Ante la situación clínica del paciente, se decide ingreso con cargo al Servicio de Medicina Interna, sección de Infecciosas, contactándose con médico internista de guardia, Dr. x., para comentarle el estado del paciente. Se realizó verbalmente por teléfono, no mediante hoja de interconsulta, razón por la cual no queda constancia en la historia clínica del paciente”.*

2. El informe del facultativo del Servicio de Medicina Interna, se expresa en los siguientes términos:

*“ (...)*

*3. No me consta, si al subir a Planta de M.Interna, se avisó al Médico de Guardia para valorar su estado.*

4. La pertinente alerta desde el S° de Urgencias o el requerimiento por el ATS de Planta, de no producirse, podría haberse debido a que atribuyeran el estado neurológico del enfermo a que estaba recibiendo morfina por vía intratecal. En cualquier caso, desconozco esta circunstancia, ya que mi contacto con el caso comienza en la mañana del citado día.

5. La primera valoración del enfermo febril, comatoso y con rigidez espinal, me permitió diagnosticarle de sepsis y meningitis. Este diagnóstico se realizó en Planta de M. Interna y no en la UCI.

6. Presumiendo la necesidad de ingreso en UCI, mientras dispuse los preparativos para Punción Lumbar, ordené que se requiriera al Especialista de UCI para su valoración.

7. La primera PL resultó infructuosa.

8. Valorado el paciente por el Especialista de UCI, concluye que no está indicado el ingreso en su Servicio.

9. El Dr. x. se ofreció a realizar un nuevo intento de PL que resultó exitoso, obteniéndose líquido purulento que confirmaba el diagnóstico inicial.

10. Reevaluado por el S° de UCI, finalmente asume su ingreso.

11. Tras su permanencia en UCI, vuelvo a recibir el caso en Planta de M. Interna, con paciente en situación vegetativa, traqueotomizado, con parálisis de la deglución y tetraparesia.

12. Progresivamente la situación general mejora al extremo de poder cerrar la traqueotomía, persistiendo parálisis de la deglución, por lo que solicitamos gastrostomía.

13. Mientras estábamos pendientes de la realización de gastrostomía, la familia tramita solicitud de ingreso en Centro Especializado para pacientes vegetativos o comatosos y finalmente se produce su traslado al mismo”.

3. El informe del Jefe de Sección de la Unidad del Dolor, Dr. x., que es quien trató al paciente en esta Unidad y le puso el catéter epidural, describe de forma exhaustiva la cronología de los hechos y el tratamiento instaurado desde el 27 de abril de 2004, fecha de la primera visita del paciente a la referida unidad. Relata el informe los intensos dolores y su resistencia a los sucesivos tratamientos aplicados, que incluyen ozonoterapia y mórficos, lo que lleva a indicar la colocación del catéter epidural. Se transcribe a continuación la relación de asistencias efectuadas desde el 25 de mayo:

“El 25/05/04, se presenta de nuevo en la consulta con dolor intenso, a pesar del tratamiento con Ozonoterapia. Me comenta que en Barcelona le avisaron que podría necesitar una segunda sesión, por lo que volverá de nuevo a la Clínica Ruber. Entre tanto le indico que tome la Morfina con dosis sucesivamente crecientes, según intensidad del dolor y le explico la técnica para realizarlo, indicándole que si el dolor no cede esta segunda vez, con Ozonoterapia, estaría indicada la colocación de un catéter epidural lumbar externo, explicándole que, si el dolor se controla bien, ante la escasa duración de este procedimiento, la siguiente actuación sería el implante de una bomba para infusión continua de Morfina conectada a un catéter intratecal.

El 28/05/04, viene a la consulta la esposa x. y me cuenta que el paciente se encuentra muy mal: tiene mucho dolor y no puede andar. Me comenta que el día anterior, 27/05/04, se había sometido a la segunda sesión de Ozonoterapia. Le indico tomar el ACTIQ de 400

para que pueda controlar el dolor hasta el lunes 31/05/04, en que se le colocará un catéter epidural lumbar externo.

El 31/05/04 acude el paciente en silla de ruedas por debilidad de mm.ii. que le impiden la deambulaci3n, y aquejado de fuertes dolores que no ceden con las altas dosis de m3rficos pautados. Tambi3n presenta retenci3n urinaria.

Se le coloca el catéter epidural lumbar externo, inyectándole a su trav3s una dosis de 6 ml. de Bupivacaína al 0,25 % con 40 mg de Depomoderin, con lo que el dolor comenz3 a ceder. Entonces se le remiti3 al Área de Urgencias para ser sondado y vaciar la vejiga. A continuaci3n se conecta al catéter un dispositivo de infusi3n continua de 5 d3as de duraci3n, que rellenamos de forma que suministre 4 mg. por d3a de Cl. M3rfico y una infusi3n continua de Bupivacaína al 0,25 %. Esta última es un anestésico local que cumple una triple misi3n, a saber: anestesia las v3as del dolor del Sistema Nervioso Central, sirve de veh3culo a la morfina y tiene una acci3n antiséptica para evitar infecciones en el espacio epidural.

El 01/06/04 acude a la consulta con car3cter urgente por intenso dolor que aparece en impulsos. Se comprueba la posici3n y permeabilidad del catéter que son correctos y se le vuelve a inyectar a su trav3s 1 mg de Cl. M3rfico diluido en 3 ml de Bupivacaína 0,25 %, con lo que mejora discretamente.- Aumentamos el Cl. M3rfico del infusor a 6 mg / d3a como est3 indicado hacer cuando el dolor no se controla bien con las dosis utilizadas hasta entonces.- El paciente se marcha algo m3s aliviado.

Este mismo d3a, por la noche (posiblemente fueran las 20 h o quiz3s m3s tarde, no lo recuerdo con exactitud) me llama a mi tel3fono m3vil (se lo hab3a facilitado anteriormente por si surg3a una emergencia) la esposa del paciente, porque ten3a dolor, v3mitos y agitiaci3n. Acudo a su domicilio y encuentro al paciente con buen estado general, ansiedad y v3mitos. Integra bien las ideas y se relaciona con normalidad, incluso se sienta en la cama. Interpreto los v3mitos como consecuencia del tratamiento con m3rficos, y le inyecto media ampolla i.m. de Haloperidol. Despu3s me march3 sin sospechar la fulminante evoluci3n posterior ya que esa misma madrugada del 1 al 2/6/04, ingresa en Urgencias con obnubilaci3n de conciencia, consultándose desde esa misma Área, con Neurolog3a y Siquiatr3a.

A partir de ese momento el paciente sale de mi 3mbito de decisi3n y tratamiento, aunque permanece con el catéter colocado al no tener evidencia de un diagn3stico seguro de enfermedad neurol3gica infecciosa originada por la presencia del catéter y le sigo visitando a diario en el Área de Urgencias donde permanece en espera de disponer de camas para su ingreso en Medicina Interna, cosa que se realiza, seg3n tengo entendido, el d3a 2/6/04.

El 03/06/04, localizo su ingreso en M. Interna donde hab3a ingresado el d3a dos sobre las 17 h y me acerco a visitarlo. Le encuentro en coma y fiebre alta, bajo el diagn3stico de sospecha de Meningitis de posible origen infeccioso bacteriano y me comenta su M3dico, Dr. x., que han intentado realizar una punci3n lumbar diagn3stica, sin haberlo conseguido. Le pido permiso para intentarlo y una vez concedido, le realizo la punci3n obten3ndose un LCR tan purulento y espeso que hubo que aspirar con la jeringuilla para extraerlo. Con esto quedaba plenamente confirmada la existencia de una meningitis purulenta.

Por parte de M. Interna se indica un TAC craneal y posteriormente RNM de cr3neo y de C.Lumbar, apareciendo en ambas los hallazgos propios de una meningo-encefalitis purulenta, pero sin hacer menc3n expresa a la existencia de infecci3n o absceso epidural, por lo que los g3rmenes que se cultivaron en su punta (Estafilococo) provienen con toda

*probabilidad de la contaminación de la misma en el momento de la extracción, porque, además, la cepa encontrada en el LCR que también mostraba la presencia de Cándida, no es la misma que la que desarrolló el cultivo de la punta del catéter”.*

En la valoración de estas asistencias y su posible relación causal con la meningitis padecida por el paciente, se hacen las siguientes consideraciones:

*“1.- Cuando se le coloca el catéter epidural el paciente ya había sido sometido, con anterioridad, a dos punciones raquídeas para tratamiento de Ozonoterapia, en la Clínica Ruber de Barcelona. He de aclarar que esta técnica precisa llegar con una aguja, a través de la piel hasta el disco intervertebral, cuya cara posterior forma parte de la pared anterior del canal medular. Tiene por tanto, capacidad potencial para producir una infección en zona muy próxima a las meninges, con el dato a favor de esta posibilidad de haber transcurrido el tiempo suficiente para la realización de la incubación necesaria para el desarrollo y transmisión de la infección.*

*2.- El catéter epidural NO PENETRA EN LAS MENINGES, sino que se queda fuera, en el espacio EPIDURAL. Tiene capacidad para producir meningitis, pero precisa de una serie de condiciones: La primera es tiempo para el desarrollo de la infección en el espacio epidural y su posterior “deslizamiento” hacia el interior del espacio intratecal, donde tiene que atravesar dos membranas, a saber, Duramadre y Aracnoides. Entre la colocación del catéter y la aparición de los primeros síntomas ha transcurrido ¡Un día y medio! cuando es más que sabido que un cultivo bacteriano en el laboratorio precisa 36 h de mantenimiento en estufa para que crezcan las colonias y, luego, tienen que llegar los gérmenes desde el espacio epidural al espacio intratecal. Pienso “a posteriori” si el cuadro de dolor que presentaba el paciente tan resistente a los morfícos incluso por vía epidural, sería realmente el comienzo de la sintomatología, por supuesto insidiosa, de la infección meníngea que ya portaba el enfermo y que, lógicamente, a esa altura evolutiva, era imposible de diagnosticar, ni siquiera de sospechar ni por el más avezado clínico. Naturalmente, al paso de los días la enfermedad realiza su desarrollo completo y entonces el diagnóstico es evidente.*

*La segunda condición es ineludible: para producir infección intrameningea ha de producir antes infección en el espacio epidural. En este caso no ocurrió así porque la RNM de C. Lumbar no indica infección, al no detectarse absceso epidural, por lo que es totalmente imposible infectar las meninges sin infectar antes el espacio epidural. También habríamos encontrado impermeabilidad del catéter y dolor a la inyección de fármacos a su través. Nada de esto ocurrió a pesar de que se exploró.*

*La tercera condición deriva de la técnica en sí misma. Si utilizamos Bupivacaína como anestésico local es, entre otras razones porque tiene propiedades antisépticas y nos asegura que no vamos a tener infecciones epidurales y por tanto, meningitis ni abscesos epidurales. Números cantan: Entre los años 1996 y 2005, se han visitado 2092 pacientes nuevos, habiéndose colocado en este tiempo 134 catéteres epidurales, en los que ha habido un solo caso de meningitis, lo que representa el 0, 74 % de los casos.- Este paciente evolucionó favorablemente con el tratamiento adecuado y curó sin secuelas.*

*3º.- La supuesta contaminación del catéter es con toda seguridad un falso positivo, por varias razones: la extracción se realizó por personal no habituado a las técnicas de las Unidades del Dolor. No se trata de un catéter venoso como dice la demanda, sino epidural y nadie que no sea de Unidades de Dolor ofrece las suficientes garantías en su extracción*

*como para asegurar incontestablemente, como se ha afirmado, que lo que ha crecido en la punta del catéter proviene del espacio meníngeo y menos aún cuando el catéter no está situado en el espacio intratecal y no se ha podido demostrar la existencia de infección en el espacio epidural.*

*Por otro lado, el cultivo de LCR demuestra dos tipos de gérmenes: un Staphilococo intermedius 20 % y Cándida spp 20%, mientras en el catéter sólo ha crecido un estafilococo de otra familia: el Estafilococo Aureus que vive saprofiticamente en la piel de todos los seres humanos, y no se ha detectado Candida. Por lo tanto, casi con toda seguridad, el catéter fue contaminado durante su extracción”.*

Tras negar las imputaciones de falta de información y de asistencia al paciente, formula las siguientes conclusiones:

*“— No es achacable la meningitis padecida por el paciente al catéter epidural colocado, ni a la técnica utilizada por:*

*El catéter no estaba colocado dentro del espacio intradural.*

*Existía una falta material de tiempo para el desarrollo de la infección, más aún en un estadio purulento que requiere al menos diez días para su establecimiento.*

*Las cepas que se cultivaron en la punta del catéter no eran las mismas que las detectadas en el LCR y además no se detectó Candida spp., lo que demuestra contaminación del catéter con gérmenes de la piel en el momento de su extracción. El catéter se colocó utilizando todas las medidas de asepsia protocolizadas en nuestra Unidad y consagradas por una amplia y dilatada experiencia.*

*— La columna vertebral del paciente había sido manipulada en dos ocasiones, anteriores a nuestra actuación, en la Clínica Ruber de Barcelona a la que acudió en asistencia privada y fuera del ámbito del S. de Salud Pública. En dichas intervenciones pudo sufrir la infección meníngea que, naturalmente, no se manifestó hasta que no transcurrió el correspondiente período de incubación.*

*— No careció de la adecuada atención pues acudió a la consulta cada vez que le pareció necesario, no siendo nunca rechazado, sino al contrario, atendido inmediatamente. Incluso tenía línea directa de contacto con el facultativo responsable de la Unidad a cualquier hora del día o de la noche, como ya se ha explicado.*

*— En cuanto a la falta de información recibida, parece extraño aducirlo cuando se ha demostrado el libre y frecuente contacto con la Unidad del Dolor, así como el trato preferencial que recibió en contraposición con una actitud hermética y carente de explicaciones. No fue así, sino que se le facilitó cuanta información creyó oportuna requerir, aparte de la que en forma rutinaria y protocolizada se suele proporcionar a todos y cada uno de nuestros pacientes”.*

**TERCERO.-** Consta en el expediente que la esposa del paciente interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, procedimiento ordinario 184/2006, contra la desestimación presunta de la reclamación patrimonial.

También consta sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Cartagena, de fecha 2 de diciembre de 2005, por la que se declara incapaz a x., y tutora a su esposa.

**CUARTO.-** En octubre del 2005 se solicita informe a la Inspección Médica, que se emite el 11 de diciembre de 2006. En sus consideraciones, la Inspectora informante pone de relieve que:

a) A diferencia de lo indicado por el facultativo de la Unidad del Dolor, acerca de la doble punción raquídea del paciente con anterioridad a la implantación del catéter, lo cierto es que sólo se había efectuado una sesión de ozonoterapia y, en consecuencia, sólo se había intervenido sobre la columna vertebral una vez, el 12 de mayo de 2004. El 27 de mayo, el paciente se desplazó a Barcelona, pero no para ser inyectado con ozono, sino para practicarse un electromiograma, que desvela una lesión radiculoplexular lumbosacra bilateral y mononeuropatía del nervio cubital derecho, probablemente secundarias a la diabetes.

2. Aunque el facultativo afirma haber informado al paciente acerca de los riesgos y complicaciones de la colocación del catéter epidural, tal información no consta en la historia clínica, ni que el paciente diera su consentimiento por escrito a someterse a la indicada técnica invasiva.

3. En las analíticas realizadas al ingresar en urgencias, el 1 de junio a las 23.30 horas, se pone ya de manifiesto una importante leucocitosis con desviación a la izquierda, lo que permite diagnosticar una infección bacteriana que debió sospecharse en un enfermo portador de catéter epidural y comenzar con antibiótico empírico inmediato y valorar, en ese momento, la retirada del catéter. Sin embargo, no es hasta las 11 horas del día 3 de junio que se retira el catéter epidural y se comienza el tratamiento antibiótico.

4. El cultivo de la punta del catéter da positivo para estafilococo aureus, bacilo que también aparece en el cultivo del LCR. Éste, sin embargo, no muestra presencia de estafilococo intermedius y cándida spp (como afirma el médico de la Unidad del Dolor en su informe), sino que tales gérmenes aparecen en un cultivo de secreciones bronquiales realizado días después, el 7 de junio.

5. El 25 de junio, cuando se cambia la vía central, el cultivo del catéter venoso resulta positivo para estafilococo aureus, que es lo que produce un shock séptico, infartos vasculares cerebrales y candidemia.

A la luz de tales consideraciones, la Inspección Médica alcanza las siguientes conclusiones:

*“1. Podría existir un nexo causal razonable entre la introducción del catéter epidural y la aparición del cuadro clínico de meningitis purulenta.*

*2. Existió una demora en el tratamiento antibiótico, tanto en el Servicio de Urgencias como en el de Medicina Interna, a pesar de signos claros de infección bacteriana, importante leucocitosis con desviación izquierda, en paciente portador de catéter epidural.*

*3. No se evidencia consentimiento informado por escrito, cuando al paciente se le sometió a una técnica invasiva.*

*4. No es atribuible a las secuelas de la meningitis las padecidas por el enfermo como consecuencia de la polineuropatía (sensitivo-motora) diabética: la afectación esfinteriana con doble incontinencia, parestesia del dedo gordo del pie derecho y debilidad distal en EEII, arreflexia Aquilea bilateral, con debilidad para la marcha de puntilla con pie izquierdo, y neuropatía del nervio cubital derecho”.*

**QUINTO.-** El 5 de marzo de 2008, la x. dirige al SMS un escrito en el que cuantifica el daño padecido por su esposo, a la luz del baremo establecido por la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados, en 2.370.582,49 euros, estimando, además, en 1.504,53 euros/mes los gastos que debe afrontar como consecuencia de la situación de su esposo (cuidados neurológicos y rehabilitadores, medicamentos no cubiertos por el sistema de salud, dieta, etc.).

Manifiesta la interesada haber recibido propuestas verbales de la compañía aseguradora del SMS para llegar a una solución amistosa, si bien en cantidades claramente muy inferiores a la realidad y cuantía del daño ocasionado. No obstante, atendida la situación en que se encuentra, caracterizada por la necesidad de atender unos gastos mensuales de cuidado al enfermo muy elevados y la previsible dilatación en el tiempo del proceso judicial iniciado, propone al SMS *“una transacción o convenio indemnizatorio, por virtud del cual la exponente, siempre que fuese indemnizada en un plazo no superior a tres meses desde la firma del presente documento, es decir, antes del 5 de junio de 2008, aceptaría como indemnización la cantidad de 500.000 euros y desistiría de la demanda y reclamación formulada”*.

**SEXTO.-** El 7 de abril el órgano instructor elabora *“informe-propuesta de resolución”* en el que manifiesta que de la instrucción se desprende la existencia de responsabilidad patrimonial del SMS y que la cantidad de 500.000 euros se considera adecuada para la justa compensación de los daños producidos. Por ello, propone citar a los reclamantes a una comparecencia en la que muestren su conformidad a la cuantía señalada y renuncien a cualquier acción judicial o administrativa por los mismos hechos que motivaron la reclamación.

En esa misma fecha, se suscribe por el Director Gerente del SMS y por x., quien actúa en nombre propio y en representación de su esposo, propuesta de acuerdo convencional, en cuya virtud el Ente Público se compromete a abonar en el plazo de tres meses, a contar desde la incorporación al expediente del escrito del Ministerio Fiscal otorgando su conformidad al acuerdo, la cantidad de 500.000 euros en concepto de indemnización total por los hechos que motivan la reclamación. Una vez recibida la cantidad, los reclamantes desistirán, solicitando el archivo de las actuaciones tramitadas con ocasión del recurso contencioso-administrativo presentado, y renunciarán expresamente al ejercicio de cuantas acciones y derechos pudieran corresponderles por los hechos objeto de la reclamación, comprometiéndose a no realizar ninguna otra reclamación sobre los mismos a la compañía aseguradora del SMS, a éste ni a sus empleados.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 24 de julio la interesada aporta informe favorable del Ministerio Fiscal, según el cual, *“por aplicación analógica del Baremo de Tráfico, y dada la existencia de cantidades fluctuantes en el mismo, se considera que la cantidad de 500.000 euros no perjudica los intereses del discapacitado, sin que se considere necesaria la práctica de prueba para demostrar la necesidad de la transacción y su utilidad, al entenderse adecuada y justificada, no tanto por la demora existente en la resolución de los asuntos cuanto por lo próximo de la cantidad que en su caso pudiera corresponderle al incapacitado”*. Termina su informe el Fiscal solicitando de la Sala que se dicte auto autorizando la transacción.

Dicho auto se dicta el 3 de julio, autorizando la Sala la transacción en los términos que constan en la propuesta de acuerdo convencional, *“debiendo proceder la recurrente a ingresar la cantidad de 500.000 euros en una cuenta bancaria a nombre del x. para atender con dicha cantidad a su cuidado y mantenimiento”*.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, con el ruego de su despacho por el trámite de urgencia, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 31 de julio de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento.

1. La reclamación fue interpuesta por la esposa e hijos del enfermo, quienes se consideran perjudicados por la alteración afectiva, económica y social que se ha producido en su vida personal y familiar a consecuencia de la asistencia sanitaria recibida por su esposo y padre, respectivamente. Ello les otorga legitimación activa para reclamar, en virtud del artículo 139.1 en relación con el 31, ambos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Junto a esta legitimación respecto de los daños morales y patrimoniales, en el escrito de reclamación inicial los actores se irrogan la defensa de los derechos e intereses del enfermo, cuya situación de incapacidad le impide asumirla en persona. Si bien dicha declaración no quedaba documentalmente acreditada en la solicitud inicial, aunque sí cabía inferirla del estado del enfermo que describían los informes médicos aportados junto a ella, la esposa del paciente trae al procedimiento una sentencia judicial de declaración de aquél como incapaz, designándola a ella tutora de su marido. En consecuencia, también ostenta la x. legitimación activa para reclamar por los daños personales sufridos por su pupilo.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional en su condición de titular de la función pública de atención sanitaria de la población, singularmente, de la asistencia médica hospitalaria, a la que se imputa el daño padecido.

2. Presentada la reclamación el 31 de mayo de 2005, habiéndose comenzado a prestar la asistencia sanitaria a la que se imputan los daños el 31 de mayo de 2004, y atendida la naturaleza evolutiva de la patología neurológica del paciente, es evidente que aquélla ha sido interpuesta dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC señala para la prescripción del derecho a reclamar.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP.



No obstante el favorable juicio que merece el conjunto de la tramitación efectuada, es necesario efectuar una doble consideración acerca de la última actuación del órgano instructor: el denominado “informe-propuesta de resolución” que obra al folio 963 del expediente.

a) La primera observación se refiere a la denominación como propuesta de resolución, pues parece constreñir la naturaleza del acuerdo a un mero trámite que, integrado en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, precisa de una posterior resolución que le ponga fin. Esta concepción, aunque está prevista en el artículo 88.1 LPAC, no es compatible con la regulación de la terminación convencional en el ámbito de los procedimientos de responsabilidad patrimonial.

En efecto, el artículo 8 RRP establece que el órgano competente, a propuesta del instructor, podrá acordar con el interesado la terminación convencional del procedimiento mediante acuerdo indemnizatorio. Si existe conformidad del interesado, debe actuarse conforme a lo establecido en los artículos 12 y 13 del mismo reglamento. Así, debe remitirse al Consejo Jurídico todo lo actuado, junto con una propuesta de resolución o -nótese la disyuntiva- la propuesta de acuerdo por el que se podría terminar convencionalmente el procedimiento. Tras el Dictamen, el órgano competente resolverá o someterá la propuesta de acuerdo para su formalización por el interesado y el órgano competente para suscribirlo. Estos preceptos dibujan un procedimiento diferente según la finalización del procedimiento haya de producirse por resolución -forma ordinaria- o por terminación convencional, pues el acuerdo indemnizatorio, una vez formalizado, pone fin por sí mismo al procedimiento administrativo, sin necesidad de una ulterior resolución.

b) Adolece el trámite, además, de una mínima fundamentación que ilustre acerca de diversos extremos relevantes en orden a la terminación convencional del procedimiento. Singularmente, carece el informe-propuesta de un análisis detenido del nexo causal que permita alcanzar la conclusión de su existencia en el supuesto planteado. Del mismo modo, se limita a manifestar lo adecuado de la cuantía, pero nada se dice acerca de los métodos de cálculo que han llevado a su fijación.

Parece preciso recordar que la labor instructora tiene naturaleza vicarial, en la medida en que su actuación persigue conseguir el mayor acierto del órgano que ha de poner fin al procedimiento, y ello no sólo cuando aquél haya de finalizar con una resolución, sino también cuando su terminación tiene naturaleza convencional. Para conseguirlo, el instructor debe determinar que el pacto de voluntades no traspasa ninguno de los límites establecidos por el artículo 88.1, a saber:

— Que el acuerdo no es contrario al ordenamiento jurídico. Es necesario, por tanto, que la instrucción determine si se dan todos y cada uno de los elementos generadores de responsabilidad patrimonial, pues sólo en tal caso procede la indemnización. En el supuesto sometido a consulta, se afirma, sin mayor fundamentación, que existe nexo causal, pero no se analiza de forma detenida el daño, ni su cuantificación, ni su carácter antijurídico o no.

— Que no verse sobre una materia no susceptible de transacción.

— Que tenga por objeto satisfacer el interés público que la correspondiente Administración tenga encomendado.

La ausencia en el informe propuesta de un razonamiento adecuado acerca de los extremos aludidos en los puntos anteriores, dificulta sobremedida la constatación de en qué

medida el acuerdo propuesto satisface y es compatible con el interés público, requisito necesario para poder admitir la terminación convencional del procedimiento, sobre el que tampoco se pronuncia el informe-propuesta.

4. Por otra parte, la circunstancia de que se haya interpuesto por una de los reclamantes el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación, no es óbice para que se proceda a terminar convencionalmente el procedimiento administrativo, sin perjuicio de los efectos que el acuerdo indemnizatorio haya de tener en el proceso contencioso, los cuales exceden del objeto de la consulta. Baste ahora con señalar que convendría que el departamento consultante actuara coordinadamente con la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad, en su condición de centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que es parte la Administración regional (artículo 4.2 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), pues no consta en el expediente que haya sido notificada de las actuaciones tendentes a la suscripción del acuerdo transaccional.

**TERCERA.- La responsabilidad patrimonial en la asistencia sanitaria. Requisitos.**

Como ya hemos adelantado en la Consideración Segunda, la procedencia o no de la terminación convencional en los términos propuestos por las partes exige la previa determinación de si concurren en el supuesto sometido a consulta los requisitos a los que el ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de la responsabilidad patrimonial.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
- b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexa causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios. Existencia de responsabilidad.**

Para los reclamantes, el estado de su familiar se debe a dos circunstancias íntimamente vinculadas entre sí, cuya combinación determinó el lamentable resultado: a) la infección adquirida a través del catéter epidural que se le implanta para tratamiento del dolor crónico, originado por la neuropatía diabética que padece, y b) la tardanza en aplicarle el tratamiento antibiótico adecuado.

1. La infección nosocomial.

Para los reclamantes, la meningitis se debe a una infección bacteriana, producida a su vez por la implantación del catéter epidural, pues es a raíz de la realización de dicho acto médico cuando el paciente comienza a presentar los síntomas de la infección.

Sin perjuicio de las consideraciones que se harán más adelante, lo cierto es que la infección se produjo y que ésta fue la causante de la meningoencefalitis bacteriana, origen a su vez del deterioro progresivo del paciente y del estado vegetativo en que se encuentra, quedando suficientemente acreditada en el expediente la infección por estafilococo aureus (cultivo positivo en LCR) y la relación causa-efecto existente entre dicha infección y los daños cerebrales del paciente. A tal efecto, basta con repasar los numerosos informes médicos de valoración que salpican la historia clínica, todos los cuales admiten sin fisuras dichos extremos.

Más polémica es la determinación de si la vía de entrada de los gérmenes en el organismo del paciente fue el catéter epidural o no. Para el facultativo que lo implantó, el catéter no pudo ser la causa de la infección porque: a) no estaba colocado dentro del espacio intradural; b) entre el momento de su colocación el 31 de mayo y la extracción de LCR el 3 de junio, que confirma el diagnóstico de meningitis, no hubo tiempo material suficiente para que se desarrollara la infección, más aún en un estadio purulento que requiere al menos diez días para su establecimiento; c) las cepas que se cultivaron en la punta del catéter (estafilococo aureus) no eran las mismas que las detectadas en el LCR (estafilococo intermedius y cándida spp), por lo que el positivo dado por el cultivo del catéter se debería a una contaminación con la piel del enfermo; d) se tomaron las medidas de asepsia protocolizadas; y e) la columna vertebral del paciente había sido manipulada en dos ocasiones en clínicas privadas, donde pudo sufrir la infección meníngea.

Frente a estas consideraciones, la Inspección Médica precisa que sólo se había producido una (no dos) punción raquídea en la columna del paciente para el tratamiento con ozo-

noterapia, el 12 de mayo. Afirma, además, que el cultivo de la punta del catéter da positivo para estafilococo aureus, al igual que lo es el cultivo del LCR. Los gérmenes estafilococo intermedius y cándida spp no aparecen en el LCR, sino en el cultivo de secreciones bronquiales realizado el 7 de junio. A la luz de tales consideraciones concluye que podría existir un nexo causal razonable entre la introducción del catéter epidural y la aparición del cuadro clínico de meningitis purulenta.

Sin embargo, frente a lo que señalan ambos informes, la historia clínica muestra que el bacilo que aparece en el cultivo de la punta del catéter epidural, cuando se retira éste al confirmar la meningitis el 3 de junio, no es el estafilococo aureus, sino el estafilococo coagulasa negativo. Así consta al folio 297 del expediente, en el informe de la Unidad de Microbiología del Hospital, relativo al cultivo de punta de catéter con fecha de registro del 3 de junio de 2004.

Este dato destruye una de las premisas sobre las que se basa el informe inspector para afirmar la probable relación causal entre la introducción del catéter y la infección desencadenante de la meningoencefalitis, pues los gérmenes presentes en los cultivos de la punta del catéter y en el LCR no son idénticos. Por otra parte, la Inspección no rebate el resto de argumentos contrarios a dicha posibilidad profusamente ofrecidos por el facultativo de la Unidad del Dolor, singularmente el relativo a la imposibilidad de que el catéter generara la infección meníngea sin producirla antes también en el espacio epidural, pues el catéter no penetra en las meninges, sino que se queda fuera, en el espacio epidural, donde la historia clínica no muestra que exista infección. Del mismo modo, nada dice la Inspección acerca del argumento relativo a la falta de tiempo material para que se desarrolle la infección en estadio purulento, entre la fecha de su colocación y la detección de la sepsis, pues únicamente transcurren cuatro días (del 31 de mayo al 3 de junio), cuando según el informe del indicado facultativo necesitaría un mínimo de diez.

Por lo expuesto, no cabe considerar probado que el catéter epidural fuera la causa de la infección.

## 2. La tardanza en administrar el tratamiento antibiótico empírico.

Afirman los reclamantes que los daños cerebrales y consiguiente deterioro sufridos por el paciente se deben a la tardanza en instaurar el necesario tratamiento antibiótico. Así, cuando se le traslada al Servicio de Urgencias, *“a pesar de contar con un análisis que detecta 33.400 leucocitos por campo, vómitos, fiebre y rigidez en la nuca, se le envía a la cuarta planta, al Servicio de Medicina Interna después de más de 18 horas en urgencias. No fue reconocido esa tarde, ni por la noche del día 2 de junio de 2004, y es a partir del día siguiente 3 de junio, cuando el paciente presenta una situación de pérdida de conciencia, cuando se contacta con el Servicio de Medicina Intensiva, quien aconseja retirar el catéter. Se comprueba esa tarde el diagnóstico de meningitis, que obviamente se inicia el 31 de mayo de 2004, y se tarda por el Hospital del Rosell, después de pasar por el Servicio del Dolor, Urgencias, Medicina Interna y Medicina Intensiva (4 servicios), más de 72 horas en iniciar tratamiento para esa meningitis”*.

La Inspección Médica, al analizar la atención prestada en Urgencias los días 1 y 2 de junio, destaca que en las analíticas allí realizadas ya se pone de manifiesto una importante leucocitosis con desviación a la izquierda, lo cual permite diagnosticar una infección bacteriana, que debió sospecharse en un enfermo portador de un catéter epidural y, en consecuencia, comenzar con antibiótico empírico inmediato y valorar en ese momento

la retirada del catéter. Sin embargo, no es hasta el día 3 de junio a las 11 horas, cuando se realiza una punción lumbar, que se le diagnostica de meningitis, se retira el catéter y se comienza el tratamiento antibiótico. Concluye, por tanto, que existió una demora en el tratamiento antibiótico tanto en el Servicio de Urgencias como en el de Medicina Interna, a pesar de existir signos claros de infección bacteriana en paciente portador de catéter epidural.

La lectura de los informes emitidos por el Coordinador de Urgencias y por el facultativo Jefe de Sección de Medicina Interna que atendió al paciente en este último servicio, no hacen sino confirmar la cronología plasmada por la Inspección en su informe, en relación con el momento en que se diagnostica la meningitis y se comienza el tratamiento antibiótico. Se pone de manifiesto, además, que pudo haber una falta de coordinación entre los servicios de Urgencias y Medicina Interna en la remisión y recepción del paciente, que pudo influir en el retraso en instaurar el tratamiento.

Si bien el expediente no arroja luz acerca de en qué medida el retraso en administrar el tratamiento antibiótico fue determinante del daño cerebral sufrido por el paciente, lo cierto es que queda acreditada una omisión de medios contraria a la *lex artis*, lo que permite afirmar tanto el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos hospitalarios y el daño padecido por el enfermo, como el carácter antijurídico de éste, en la medida en que el paciente no tiene obligación jurídica de soportarlo.

Cabe concluir, en consecuencia, que concurren en el supuesto sometido a consulta todos los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, debiendo declarar el derecho de los reclamantes a ser indemnizados por los daños padecidos.

#### QUINTA.- La terminación convencional.

Acreditada la existencia de responsabilidad patrimonial procede establecer la cuantía y el modo de la indemnización a satisfacer a los interesados.

El artículo 8 RRP prevé que, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, el órgano competente, a propuesta del instructor, podrá acordar con el interesado la terminación convencional del procedimiento mediante acuerdo indemnizatorio. En el supuesto sometido a consulta se dan los requisitos establecidos por el precepto, toda vez que la oferta de terminación convencional y la propuesta en que se concreta el acuerdo indemnizatorio son anteriores a la apertura del trámite de audiencia.

La oferta, efectuada exclusivamente por la esposa del enfermo, consiste en aceptar una indemnización de 500.000 euros, comprometiéndose a desistir de la demanda y reclamación formuladas. La interesada justifica esta oferta *“por tener un gasto mensual fijo muy elevado, que resulta muy difícil de atender y las expectativas de duración del proceso judicial son elevadas, lo que indica que cuando se recibiese la cantidad que fijase la sentencia, habrían transcurrido unos años y mientras tanto la ayuda y asistencia a mi esposo no podría desarrollarla con la eficacia que de tener el dinero que se solicita, se permitiría y se podría realizar”*.

Ese gasto mensual lo cuantifica en 1.504,53 euros/mes y lo acredita con la aportación de diversas facturas expedidas a nombre del enfermo por establecimientos dietéticos, farmacéuticos y rehabilitadores.

Como pautas principales a seguir en la cuantificación de la indemnización, la doctrina de este Consejo Jurídico viene recogiendo de forma constante los siguientes criterios legales y jurisprudenciales:

a) La extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de reparación integral, es decir, se extiende a todos los daños alegados y probados por el perjudicado incluyendo el daño moral o, con carácter más general, el denominado *pretium doloris*, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (SAN, Sección 4ª, de 27 de noviembre de 2002 y STS, Sala 3ª, de 3 de abril de 2002).

b) La legislación sobre indemnización en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo (STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998), debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del mismo en relación con el funcionamiento de la Administración que ha ocasionado el daño.

c) Incumbe a la parte reclamante la carga de probar cuantos elementos de cuantificación de los daños en virtud de los cuales reclama, como recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, las Sentencias de la Sala 3ª, de 3 de febrero de 1989 y 19 de febrero de 1992.

d) La cuantía de la indemnización ha de calcularse con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo (artículo 141.3 LPAC).

En el supuesto sometido a consulta, la asistencia médica prestada al paciente ha sido considerada causante de los daños cerebrales que padece y del estado vegetativo en que se encuentra.

La esposa del enfermo, con ocasión de su oferta transaccional, efectúa una cuantificación del daño al amparo del sistema de valoración establecido por la legislación de seguros, conforme al siguiente desglose:

a) 539 días de hospitalización, 69.299,23 euros.

b) Secuelas (deterioro de funciones cerebrales superiores con limitación muy grave de todas las funciones diarias y necesidad de ayuda de otra persona; hemiplejía derecha completa; hemiparesia izquierda grave; afasia motora; epilepsia parcial): 285 puntos, 755.378,25 euros.

c) Perjuicio estético muy grave: 50 puntos, 83.675,5 euros.

d) Gran invalidez, 86.158,38 euros.

e) Necesidad de ayuda de otra persona, 344.633,51 euros.

f) Adecuación de vivienda, 86.158,38 euros.

g) Perjuicios morales de familiares, 129.237,57 euros.

h) Adecuación de vehículo propio, 25.847,51 euros.

Total: 1.580.388,33 euros.

Aunque el carácter evolutivo de las lesiones padecidas por el enfermo determina que éstas puedan variar con el tiempo, lo cierto es que los daños cerebrales se le ocasionan durante la encefalopatía infecciosa producida por la meningitis que sufre a primeros de junio de 2004. Ya al alta del Servicio de Medicina Intensiva del Hospital Santa María del Rosell presenta estado vegetativo persistente y en tal estado se le traslada al Hospital de Valencia en septiembre de 2004, cuyo informe de julio de 2005 muestra una cierta evolución, presentando a esta última fecha las siguientes secuelas, que el propio informe califica de definitivas:

*“Desde el punto de vista neurológico su situación neurológica es compatible con estado de respuestas mínimas (puntuá 47/100 en Escala de Lowenstein).*

*Persisten fluctuaciones en atención arousal y episodios de desconexión del entorno. En cuanto al lenguaje sólo emite algunas palabras fuera de contexto y sobre todo en respuesta al dolor. Facies hipomímica. Apertura ocular espontánea. Mirada enfocada pero inconsistente, reflejo de amenaza y seguimiento ocular selectivo. Ha precisado colocación de sonda de gastrostomía para alimentación por disfagia neurógena. Precisa pañal y sonda vesical por doble incontinencia.*

*Desde el punto de vista motor hemiparesia espástica derecha asociada a monoparesia del miembro inferior izquierdo. Miembro superior derecho flexionado, aducido, con muñeca en flexo de 20° y mano en garra. De forma pasiva está limitada la flexión y abducción del hombro en unos 60° y la extensión del codo (aproximadamente 20°). El flexo de muñeca y de los dedos es irreducible tanto por el tono muscular como por una posible algodistrofia pendiente de confirmación. Paraparesia con flexo de ambas rodillas y caderas con limitaciones en la extensión completa de rodilla en unos 20° y en la abducción por espasticidad de isquiotibiales y abductores. Atrofia muscular distal con pie derecho en equinvaro reducible y pie péndulo izquierdo todo ello en relación con su neuropatía diabética. Moviliza adecuadamente el miembro superior izquierdo de forma no dirigida. Buen sostén cefálico sin movimientos laterales, consiguiendo sedestación inestable con apoyo de la mano izquierda.*

*Sensibilidad no valorable. Reflejos osteotendinosos abolidos. Cutaneoplantares indiferentes. Reflejos de liberación frontal presentes. Sonda vesical y pañal por doble incontinencia. Úlcera sacra en fase de granulación.*

*Sigue presentando crisis focales motoras sintomáticas con mejor control en biterapia de valproico y topiramato. Mala tolerancia digestiva a oxcarbamacepina y somnolencia excesiva a levetiracetan.*

*A nivel funcional, presenta una Dependencia Total de las actividades básicas de la vida diaria (Barthel: 0/100). Necesita ayuda continua por parte de otra persona”.*

La situación descrita podría tener encaje en aquellas que constituyen el objeto de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Dependencia, singularmente en la descripción del concepto de dependencia contenido en su artículo 2.2, sin que en el expediente conste la recepción de prestación o ayuda económica alguna de las previstas en la Ley.

El baremo vigente en el momento de producirse las lesiones (junio de 2004) era todavía el introducido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor por la Disposición adicional octava de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, actualizado para el año 2004 por

Resolución de la Dirección General de Seguros de 9 de marzo de ese mismo año. El texto refundido de la primera Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, no entraría en vigor hasta el 6 de noviembre de 2004.

Si bien no se ha aportado al expediente una justificación adecuada de diversos extremos que inciden de forma sustancial en la cuantificación de los daños, tales como los ingresos anuales de la víctima —lo que excluiría la aplicación de factor de corrección alguno en determinadas tablas, como la V—, la adecuación de vivienda y de vehículo realizada, la declaración de gran invalidez, etc., y comoquiera que lo que se persigue con la presente valoración es determinar qué cantidad podría corresponderle a la víctima como indemnización en orden a su comparación con la ofrecida para la terminación convencional, se hace abstracción de esa ausencia de prueba, en el bien entendido de que sería fácilmente subsanable por los reclamantes si continuara el procedimiento de responsabilidad. Atendida la indicada finalidad, asimismo, las cuantías que se van a tomar como referencia para la valoración son las que corresponderían a 2008 (Resolución de la Dirección General de Seguros de 17 de enero de 2008), para obtener unas cantidades ya actualizadas y, en consecuencia, homogéneas en términos de comparación a los 500.000 euros ofertados.

a) Indemnización por incapacidad temporal.

En la Tabla V del baremo se establecen las indemnizaciones por incapacidad temporal, señalando como indemnización básica por cada día de estancia hospitalaria la cantidad de 64,57 euros. La reclamante considera que, por este apartado, le correspondería una indemnización por los 539 días en que su marido estuvo ingresado, desde el 1 de junio de 2004 hasta el 21 de diciembre de 2005. La indemnización básica asciende a 34.803,23 euros.

Aun no contando con el dato de los ingresos anuales de la víctima, en atención a su profesión de farmacéutico no parece irrazonable aplicar un factor de corrección del 40% (equivalente a unos ingresos algo superiores a unos 60.000 euros), lo que elevaría la indemnización por incapacidad temporal a 48.724,52 euros.

b) Indemnizaciones por lesiones permanentes.

De conformidad con el indicado baremo, cuando el perjudicado resulte con diferentes lesiones derivadas del mismo accidente, se otorgará una puntuación conjunta, que se obtendrá aplicando una fórmula polinómica. En cualquier caso, la puntuación no podrá ser superior a 100 puntos. En consecuencia, no serían valorables de forma acumulativa las diferentes secuelas, sino que habría de aplicarse la indicada fórmula, con el límite máximo de los 100 puntos.

La valoración de secuelas se encuentra sensiblemente dificultada en el presente supuesto por el hecho de no haberse aportado al expediente un informe médico específico de valoración del daño. Ello no obstante, tomando como punto de referencia el informe del Hospital valenciano, y una vez excluidas aquellas dolencias que derivarían de la enfermedad de base del paciente (neuropatía de origen diabético) y que la Inspección Médica enumera en su informe, pueden considerarse acreditadas las siguientes secuelas, entre las más graves:

— Deterioro muy grave de las funciones cerebrales superiores integradas, con limitación grave de todas las funciones diarias que requiere una dependencia absoluta de otra persona, no pudiendo cuidar de sí mismo, 75-90 puntos.

— Hemiparesia espástica derecha grave, 40-60 puntos.



— Paraparesia de miembros inferiores grave, 60-65 puntos.

— Afasia mixta, 50-60 puntos.

— Epilepsias focales, 10-20 puntos.

Valorando estas secuelas en su puntuación máxima y tras aplicar la fórmula establecida por el baremo, se obtiene un valor superior a 100. Como la centena es el máximo de puntuación posible y el valor del punto, atendida la edad del enfermo en el momento de producirse la lesión, que era de 51 años, es de 2.650,45 euros, la indemnización básica por lesiones permanentes ascendería a 265.045 euros.

Los factores de corrección a aplicar serían los siguientes:

— Por perjuicios económicos y en consonancia con lo indicado en relación a la incapacidad temporal un 40%, es decir, 106.018 euros.

— Por daños morales complementarios del propio lesionado, cuando una secuela exceda de 75 puntos o las concurrentes de 90, 86.158,38 euros.

— Por tener la consideración de gran inválido y necesitar la ayuda de otra persona, en atención a la edad de la víctima y al grado de incapacidad para realizar las actividades más esenciales de la vida, 130.552,8 euros.

Se alcanza esta cantidad aplicando un criterio de valoración recogido por algunos tribunales civiles (sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 31 de julio de 2006), que atiende al coste de atención al inválido por parte de una tercera persona, calculándolo por relación al salario mínimo interprofesional del año en que se produjo el daño. En este caso, el referido índice salarial era de 6.871,2 euros/año en 2004, que es multiplicado por una estimación de la esperanza de vida del paciente, que se fija en 70 años. Comoquiera que en 2004 el enfermo contaba con 51 años, aquella cantidad ha de multiplicarse por 19.

— No se acredita en el expediente que se haya realizado gasto alguno para la adecuación de la vivienda ni del vehículo propio del enfermo, ni se ha indicado siquiera en la reclamación que se haya procedido a efectuarlas ni en qué han consistido. Por ello, ninguna indemnización procedería por estos conceptos.

— Daños morales de familiares. La situación familiar del interesado se describe en el escrito de reclamación inicial, de donde resulta que convive con su esposa, que es quien se encarga del cuidado del enfermo, al tiempo que los dos hijos del matrimonio, a la sazón reclamantes, de 24 y 21 años de edad, cursan estudios universitarios fuera de Cartagena, lugar de residencia de los padres (en Valencia y Murcia, respectivamente).

La indemnización por este concepto persigue resarcir a los familiares más próximos de la víctima por la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada a aquélla. Siendo incontestable que dichas circunstancias se dan en la esposa, la conclusión no es tan evidente respecto a los otros dos reclamantes, hijos del enfermo, quienes no está acreditado en el expediente que convivan con el padre inválido ni colaboren en su cuidado.

En atención a lo expuesto y a la absoluta incapacidad del enfermo para la realización de las tareas más esenciales y básicas de la vida, como alimentarse, vestirse, asearse, desplazarse, etc., cabe entender que la dedicación de la esposa, quien no consta que tenga ocupación laboral alguna fuera del domicilio, al cuidado de su marido exigirá una parte sus-

tancial de su tiempo. En consecuencia, y atendida la edad del enfermo, procedería otorgar una indemnización equivalente al 50% de la cantidad máxima prevista en el baremo para este concepto, es decir, 64.618,78 euros.

— Perjuicio estético, 28.892,5 euros.

Si bien la reclamante considera que existe un perjuicio estético importantísimo, pues le otorga la puntuación máxima (50 puntos), debe recordarse que el mismo baremo precisa que el perjuicio estético importantísimo corresponde a un perjuicio de enorme gravedad, como el que producen las grandes quemaduras, las grandes pérdidas de sustancia y las grandes alteraciones de la morfología facial o corporal, ninguna de las cuales concurre en el supuesto sometido a consulta. Se estima más adecuado valorar el perjuicio estético en la mitad de la tabla, como “bastante importante”, otorgándole 25 puntos.

La suma de las cantidades parciales correspondientes a cada concepto indemnizatorio arroja un total de 730.009,6 euros. Al margen de las deficiencias y omisiones en que, como ya se dijo, incurrir los reclamantes en la prueba de los daños, lo que podría incidir de forma sustancial en la valoración de los mismos, lo cierto es que el montante indemnizatorio resultante es superior a los 500.000 euros a que asciende su oferta de terminación convencional. Esta circunstancia, unida al carácter esencialmente dispositivo de las pretensiones resarcitorias de los interesados, convierte el acuerdo transaccional en adecuado al interés público que persigue la responsabilidad patrimonial, como institución de garantía frente al actuar administrativo, cual es la reparación del daño irrogado a los particulares. En este sentido, la reclamante manifiesta que opta por ofrecer la terminación convencional al considerarlo más beneficioso para su marido, a quien podrá atender de forma más adecuada si dispone de la indemnización de forma inmediata, sin tener que esperar a la resolución del procedimiento judicial incoado. En el mismo sentido lo han estimado tanto el Ministerio Fiscal como la Sala juzgadora, en su condición de garantes de los intereses del incapaz.

A la vista de lo expuesto, considera el Consejo Jurídico que procede la terminación convencional del procedimiento en los términos contenidos en la propuesta de “resolución”-acuerdo indemnizatorio, sometida a consulta, si bien deben hacerse las siguientes precisiones:

#### 1. Introducción de una nueva base en el acuerdo indemnizatorio.

El auto judicial por el que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia autoriza la transacción impone una nueva base que ha de ser contemplada en el acuerdo indemnizatorio, de conformidad con el artículo 2029 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en cuya virtud, el auto por el que se autoriza la transacción “aprobará o modificará las bases presentadas”. En efecto, la Sala, si bien autoriza la transacción en los términos que constan en la propuesta de acuerdo transaccional firmada por la esposa del enfermo y el Director Gerente del SMS, precisa que la primera habrá de ingresar la cantidad de 500.000 euros en una cuenta bancaria a nombre de su marido para atender con dicha cantidad a su cuidado y mantenimiento. Establece con ello una nueva base con evidente finalidad tuitiva de los intereses del incapaz, que habrá de reflejarse en el acuerdo indemnizatorio a formalizar.

#### 2. Extensión subjetiva del acuerdo.

La propuesta de acuerdo indemnizatorio únicamente viene suscrita por la esposa del lesionado, no por los dos hijos, también reclamantes y que, aun siendo mayores de edad,

no actúan en el procedimiento representados por su madre. El acuerdo, en consecuencia, sólo alcanzaría a la x., no a sus hijos. Por ello, para que la formalización del acuerdo de terminación convencional ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial deben participar todos los reclamantes, bien personalmente, bien otorgando previamente su representación a la madre. De lo contrario, la terminación sólo afectaría a ésta, debiendo continuar el procedimiento con los otros dos reclamantes, otorgándoles audiencia y formulando propuesta de resolución, con remisión nuevamente de todo el expediente al Consejo Jurídico para Dictamen.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se informa favorablemente la propuesta de acuerdo indemnizatorio tendiente a la terminación convencional del procedimiento, toda vez que se aprecian en el supuesto sometido a consulta todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial. Asimismo, se cumplen los requisitos para proceder a la terminación convencional del procedimiento.

**SEGUNDA.**- En la formalización del acuerdo de terminación convencional habrá de actuarse conforme a lo indicado en la Consideración Quinta, *in fine*, de este Dictamen, en relación con la introducción de una nueva base en el texto del acuerdo y acerca de la extensión subjetiva del mismo.

No obstante, V.E. resolverá.

## **DICTAMEN 155/08.- Proyecto de Decreto sobre el reconocimiento de Distintivos de Calidad de Obras, de Productos y de Servicios utilizados en la edificación.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 24/09/08**

### **Extracto de Doctrina**

*1. Por lo que se refiere al encuadramiento competencial de la regulación pretendida, es necesario siquiera apuntar la diferencia que existe a estos efectos entre el ámbito denominado de la “seguridad industrial” y el de la “calidad industrial”, entendidos tales conceptos del modo en que se emplean en la legislación vigente en materia de industria. (...) Dichas competencias autonómicas han de ejercerse dentro del marco que impone la normativa comunitaria que afecta al fenómeno de la edificación, en todas sus dimensiones, y del obligado respeto de la normativa estatal dictada fundamentalmente, en lo que aquí respecta, al amparo de las competencias del Estado en materia de seguridad industrial y ordenación de la actividad económica general (vid. artículo 10. Veintisiete, del Estatuto de Autonomía).*

2. *vista la interrelación práctica entre las determinaciones propias de la seguridad y de la calidad industrial, que en la aprobación y aplicación de un Proyecto de Decreto como el dictaminado se ha de contemplar la eventual ambivalencia (fines de seguridad y de calidad industrial) de los distintivos cuyo reconocimiento oficial se regula. Ello implica la necesidad de que se establezcan las oportunas determinaciones de coordinación para la adecuada operatividad de la normativa propia de la seguridad industrial y la que ahora se pretende aprobar.*

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El primer documento obrante en el expediente remitido es un borrador de Proyecto de Decreto, fechado en julio de 2005, sobre reconocimiento de distintivos de calidad de obras, de productos y de servicios utilizados en la edificación.

**SEGUNDO.-** Constan seguidamente las alegaciones presentadas a dicho borrador de Proyecto por las siguientes entidades:

FREMM, Colegio Oficial de Arquitectos de Murcia, FAMDIF, Secretaría General de la Consejería de Economía y Hacienda, Secretaría General de la Consejería de Educación y Cultura, CTCON, FRECON, Secretaría General de la Presidencia, Secretaría General de la Consejería de Turismo, Comercio y Consumo, Colegio Oficial de Ingenieros Industriales, Secretaría General de la Consejería de Sanidad y Secretaría General de la Consejería de Industria y Medio Ambiente.

Dichas entidades no hacen observaciones sustanciales al texto remitido, salvo la Consejería de Industria, la Federación Regional de Empresarios de la construcción (FRECON) y el Centro Tecnológico de la Construcción (CTCON), sobre cuestiones que se refieren, en síntesis, a la coordinación entre el Proyecto y la normativa en materia de seguridad y calidad industrial (Consejería de Industria) y la necesidad de exigir a las entidades de certificación de los distintivos, previstas en el Proyecto, que dispongan, al menos, de una oficina o sucursal establecida en la Región de Murcia (FRECON y CTON), aspectos que se analizarán en las Consideraciones de este Dictamen.

**TERCERO.-** El 18 de diciembre de 2006 se emite una memoria económica en la que se expresa que el anteproyecto de Decreto no generará obligaciones económicas a la Administración regional.

**CUARTO.-** El 26 siguiente se emite el informe sobre la necesidad y oportunidad de aprobar el Proyecto, en la que la Dirección General de Vivienda, Arquitectura y Urbanismo expresa lo siguiente:

*“En cumplimiento a la orden dada a los poderes públicos por parte de la Constitución de que promuevan las condiciones necesarias y establezcan las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de todos los españoles de disfrutar de una vivienda digna y adecuada, la Comunidad Autónoma, en virtud de las competencias asumidas con carácter exclusivo en el Estatuto de Autonomía en materia de Urbanismo y Vivienda, y del traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado, operado por R.D. 1546/1984, de 1 de Agosto, en materia de Patrimonio, Control de Calidad de la Edificación y Vivienda, pretende establecer las condiciones que permitan a los murcianos disfrutar de forma efectiva de una edificación digna, adecuada y duradera.*

*Para ello, publicó la Ley 8/2005, de 14 de Diciembre, para la Calidad en la Edificación de la Región de Murcia.*

*Dicha Ley, establece, en su artículo 14, que reglamentariamente se establecerán, en cada caso, las especificaciones que le son de aplicación a los diferentes distintivos en el ámbito de la Región y la difusión de su reconocimiento, y que el reconocimiento oficial de los distintivos y el otorgamiento de los certificados acreditativos de la conformidad de un producto con las especificaciones obligatorias o las voluntarias, eximirá del control de recepción cuando así venga establecido en virtud de disposición comunitaria o nacional de obligado cumplimiento.*

*Asimismo, el Real Decreto 314/2006, de 17 de Marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, en su artículo 5.2, establece que las marcas, sellos, certificaciones de conformidad u otros distintivos de calidad voluntarios que faciliten el cumplimiento de las exigencias básicas del Código Técnico de la Edificación (CTE), podrán ser reconocidos por las Administraciones Públicas competentes.*

*Se hace necesario, por tanto, el reconocimiento por parte de la Administración de los distintivos que cumplan con la vigente normativa de calidad en la edificación”.*

**QUINTO.-** El 15 de enero de 2007, el Jefe del Servicio de Gestión de Calidad en la Edificación de la citada Dirección General, certifica el traslado del borrador a una serie de entidades que se han considerado interesadas en el Proyecto, que se relacionan. Entre ellos, y además de las diferentes Consejerías y Organismos de la Administración regional, se incluyen los Colegios Profesionales relacionados con el sector de la construcción, las Universidades implantadas en la Región, x., Ministerio de Fomento, Federaciones regionales de empresarios del metal y de la construcción, Centro Tecnológico de la Construcción (CTCON), Unión de Consumidores de la Región de Murcia, y las entidades “x.”, “--, S.L.” “x.”, “--, S.L.”, “--, S.L.”, “x.”, “FAMDIF”, “x”, “x.”, “x.” y “x”.

Asimismo, certifica que presentaron alegaciones las entidades ya reseñadas en el Antecedente Segundo.

**SEXTO.-** El 15 de enero de 2007, la citada Dirección General emite informe en el que analiza las alegaciones presentadas, con especial referencia a las efectuadas por FRECON, Centro Tecnológico de la Construcción, y la Consejería de Industria y Medio Ambiente, proponiendo aceptar algunas observaciones y rebatiendo otras. En la misma fecha, el titular de la citada Dirección General eleva al Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes una propuesta para la aprobación del Proyecto en cuestión, previa la tramitación que proceda.

Obran en el expediente dos nuevos borradores, de diciembre de 2006 y marzo de 2007, en los que se hace constar la expresión “*recogidas alegaciones*”.

**SÉPTIMO.-** El 3 de marzo de 2007, el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería emite informe favorable al Proyecto, sin perjuicio de alguna observación puntual.

**OCTAVO.-** El 21 de mayo de 2007 se reúnen representantes de las Consejerías de Obras Públicas, Vivienda y Transportes y de la de Industria y Medio Ambiente para analizar las cuestiones planteadas en su día por esta última. A resultados de dicha reunión, el 25 siguiente la Dirección General de Industria, Energía y Minas remite a la Dirección General de Vivienda, Arquitectura y Urbanismo un informe, de la misma fecha, en el que se propo-

ne la modificación de dos preceptos del borrador (artículos 1.3 y 4.5). Adjunta al mismo diversos documentos que estima de interés en relación con las cuestiones debatidas.

Asimismo, el 11 de junio siguiente la misma Dirección emite nuevo informe precisando algunos aspectos sobre tales cuestiones, que se analizarán en las Consideraciones de este Dictamen.

**NOVENO.-** A la vista de todo ello se elabora un nuevo borrador, de junio de 2007, en el que se recogen las modificaciones que se estiman procedentes, emitiendo el Vicesecretario de la Consejería proponente un informe, de fecha 30 de julio siguiente, favorable a la aprobación del Proyecto.

**DÉCIMO.-** Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, el 9 de agosto de 2007 ésta requiere a la citada Consejería para que incorpore al expediente informe de su Servicio Jurídico en relación con el último borrador de Proyecto. El 5 de septiembre de 2007, el reseñado Servicio Jurídico informa favorablemente al citado borrador.

**UNDÉCIMO.-** El 6 de noviembre de 2007 la Dirección de los Servicios Jurídicos emite informe en el que, en síntesis, se muestra favorable a la aprobación del Proyecto. No obstante, advierte la omisión del preceptivo informe de impacto por razón de género y la insuficiencia de la memoria económica, en cuanto no se pronuncia sobre el coste derivado de la implantación y llevanza del Registro de distintivos de calidad que pretende crearse. En cuanto al fondo del asunto, realiza observaciones sobre la regulación del silencio administrativo, en relación con las solicitudes de reconocimiento oficial de los citados distintivos de calidad, así como la necesidad de aclarar en el articulado que el reconocimiento oficial del distintivo se producirá con la resolución dictada el efecto, y no con la inscripción del distintivo en el reseñado Registro, que sólo añadiría un efecto de publicidad general. Asimismo, sugiere modificar la regulación sobre el reconocimiento por la Administración regional de los distintivos reconocidos por otras Comunidades Autónomas y por la Administración del Estado.

**DUODÉCIMO.-** El 23 de noviembre de 2007 se emite una nueva memoria económica, en la que se expresa que la unidad administrativa que ejercerá las funciones relativas del Registro que se prevé en el Proyecto ya se encuentra en funcionamiento en el Servicio de Gestión de Calidad en la Edificación, por lo que en este aspecto no se generan gastos adicionales. El 10 de diciembre de 2007 se emitió el informe sobre impacto por razón de género del Proyecto.

**DECIMOTERCERO.-** Elaborado un nuevo borrador en noviembre de 2007, incorporando las observaciones realizadas en el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, el expediente fue remitido a este Consejo Jurídico para la emisión de su preceptivo Dictamen.

Mediante Acuerdo nº 22/07, de 26 de diciembre, este Consejo Jurídico requirió a la Consejería consultante para que completase el procedimiento con el dictamen del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia (CES) y subsanara algunas deficiencias del expediente remitido.

**DECIMOCUARTO.-** El 28 de marzo de 2008, el CES emitió Dictamen, en el que, sin perjuicio de valorar positivamente el Proyecto en cuestión, formula algunas observaciones, entre las que se destacan las siguientes conclusiones:

“2.- En opinión del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia el Proyecto de Decreto debe garantizar que los signos distintivos que reciban el reconocimiento de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia supongan una aportación relevante de valor añadido en relación con los mínimos exigidos legalmente, dado su carácter voluntario y con el fin de que los mismos aseveren que el consumidor se verá beneficiado de forma significativa por la incorporación de las mejoras asociadas a estos signos distintivos. Por ello el CESRM considera que en el Proyecto de Decreto se debería incorporar la exigencia de que en el procedimiento de concesión se especifiquen de manera diferenciada las mejoras que el distintivo supone respecto a los mínimos exigidos legalmente.

3.- A juicio del CESRM entre los requisitos que el Proyecto de Decreto sobre reconocimiento de distintivos de calidad de obras, de productos y de servicios utilizados en la edificación impone a las entidades de certificación se debería incluir la exigencia de la que las mismas tengan la sede principal en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia o, al menos, como solicitan tanto la Federación Regional de Empresarios de la Construcción como el Centro Tecnológico de la Construcción, que las entidades de certificación acrediten la disponibilidad de, como mínimo, todos los medios técnicos necesarios para el correcto desarrollo de la actividad certificadora en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”.

**DECIMOQUINTO.-** El 17 de abril de 2008, la Dirección General de Obras Públicas, Vivienda y Transportes emite informe sobre las cuestiones planteadas por el CES. Por lo que se refiere a la obligación de que las entidades de certificación concedentes de los distintivos a que se refiere el Proyecto tengan su sede principal o, al menos, dispongan de todos los medios técnicos necesarios para el correcto desarrollo de su actividad certificadora en la Comunidad Autónoma, señala que, aun estando de acuerdo en principio con ello, tales determinaciones no pueden incluirse, pues así se hizo en el Decreto 89/2002, de 24 de Mayo, por el que se establecen las disposiciones generales y procedimientos para la acreditación de Entidades de Control de Calidad en la Edificación, y por el que se crea el registro de dichas entidades y laboratorios acreditados en la C.A.R.M., y también en la Orden de 17 de Julio de 2002, de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transporte de la C.A.R.M., por la que se establecen las condiciones técnicas de acreditación de las entidades de control de calidad en la edificación, en el área para la asistencia técnica de las obras en construcción del grupo A, resultando que los correspondientes preceptos de dichas normas fueron anulados, respectivamente, por las sentencias 39 y 63/06 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, por considerarlos vulneradores de los principios comunitarios de libre establecimiento de empresas y libre prestación de servicios en el ámbito de la Unión Europea.

**DECIMOSEXTO.-** Elaborado un último borrador de Proyecto, de abril de 2008, su texto autorizado a virtud de diligencia de 25 de ese mes por el Secretario General de la Consejería (f. 262 a 286 exp.) constituye el objeto del presente Dictamen, solicitado por éste mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico en la citada fecha, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de reglamento de desarrollo de diversos preceptos de la Ley regional 8/05, de 14 de diciembre, para la Calidad en la Edificación de la Región de Murcia (LCEMU), por lo que concurre el supuesto previsto en el artículo 12.5 de la ley 2/97 de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

### **SEGUNDA.- Procedimiento.**

El procedimiento seguido para la elaboración del Proyecto de Decreto objeto de Dictamen cumple, en lo sustancial, con lo establecido en el artículo 53 y concordantes de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, aplicable en materia de elaboración de disposiciones reglamentarias regionales.

No obstante lo anterior, se estima que, por razón de su contenido, hubiera sido aconsejable someter el Proyecto a la específica consideración de la Comisión Técnica para la Calidad de la Edificación, regulada por los RRDD 1230/89, de 13 de octubre, y 1512/92, de 14 de diciembre, o, más tarde, al Consejo para la Sostenibilidad, Innovación y Calidad de la Edificación, regulado por RD 315/06, de 17 de marzo, que sustituyó a la primera, en cuanto se trata de órganos con funciones de coordinación de la actuaciones de las Administraciones Públicas en materia de calidad de la edificación; coordinación que adquiere una especial relevancia en la elaboración de proyectos normativos como el que nos ocupa, como se razonará en las siguientes Consideraciones.

### **TERCERA.- Contenido del Proyecto.**

El Proyecto objeto de Dictamen consta de una Exposición de Motivos, diez artículos, una Disposición Final, sobre su entrada en vigor, y un Anexo. Los artículos se refieren al objeto del Proyecto (el reconocimiento de todo tipo de distintivos voluntarios sobre obras, productos o servicios dentro del ámbito de la edificación), los requisitos exigibles a las entidades de certificación que concedan estos distintivos, la solicitud del reconocimiento oficial del correspondiente distintivo, la resolución de dicha solicitud, la equivalencia, validez y seguimiento del reconocimiento oficial y la creación y regulación del Registro de distintivos de calidad de obras, de productos y de servicios utilizados en la edificación reconocidos en la Región de Murcia. El Anexo contiene una “*Guía de las condiciones del control de producción en fábrica*”, que las entidades de certificación a que se refiere el Proyecto deben seguir en sus procesos de control sobre las empresas fabricantes de los productos objeto del distintivo de calidad de que se trate.

### **CUARTA.- Habilitación legal y marco competencial.**

I. Para fundar legalmente su aprobación, la exposición de motivos del Proyecto dictaminado señala lo siguiente:

“La Ley 8/2005, de 14 de Diciembre, para la Calidad en la Edificación de la Región de Murcia, establece, en su artículo 14, que reglamentariamente se establecerán, en cada caso, las especificaciones que le son de aplicación a los diferentes distintivos en el ámbito de la Región y la difusión de su reconocimiento, y que el reconocimiento oficial de los distintivos y el otorgamiento de los certificados acreditativos de la conformidad de un



producto con las especificaciones obligatorias o las voluntarias, eximirá del control de recepción cuando así venga establecido en virtud de disposición comunitaria o nacional de obligado cumplimiento.

Asimismo, el Real Decreto 314/2006, de 17 de Marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, en su artículo 5.2, establece que las marcas, sellos, certificaciones de conformidad u otros distintivos de calidad voluntarios que faciliten el cumplimiento de las exigencias básicas del Código Técnico de la Edificación, podrán ser reconocidos por las Administraciones Públicas competentes”.

Por lo que respecta a la LCEMU, deben traerse a colación otros preceptos en los que se enmarca el Proyecto. Así, su artículo 20, f), encomienda a la Administración regional “confeccionar una base de datos de distintivos y marcas reconocidas en el ámbito de la Región”, y el artículo 21.1 establece que “la Comunidad Autónoma promoverá la diferenciación de la excelencia en el proceso edificatorio mediante el reconocimiento oficial de distintivos de calidad de los productos, los servicios o el perfil de calidad de los edificios...”, añadiendo su número 3 que “la utilización de productos y sistemas con certificación y distintivo de calidad, será incentivada mediante la exención o minoración de pruebas y ensayos, el establecimiento expreso de ayudas a su empleo o el reconocimiento en la baremación de adjudicaciones”. Como seguidamente se verá, estos preceptos de la LCEMU, más que los indicados en la transcrita exposición de motivos, son los que habilitan de modo específico la aprobación del Proyecto dictaminado.

II. Por lo que se refiere al encuadramiento competencial de la regulación pretendida, es necesario siquiera apuntar la diferencia que existe a estos efectos entre el ámbito denominado de la “seguridad industrial” y el de la “calidad industrial”, entendidos tales conceptos del modo en que se emplean en la legislación vigente en materia de industria.

En este sentido, la STC 175/03, de 30 de septiembre, expresa sintéticamente la doctrina constitucional, al señalar lo siguiente (f. j. 16º, A):

“...la «seguridad» y la «calidad» industriales constituyen dos segmentos o subsectores plenamente diferenciables entre sí en el seno de la materia de «industria». Así se pone de relieve en la propia Ley 21/1.992, de Industria, que delimita el contenido material de cada uno de estos segmentos, dedicándoles, respectivamente, los Capítulos I y II del Título III.

De este modo, es obvio que la posibilidad que sin duda el Estado tiene, según el marco competencial que se ha expuesto, para dictar normas en materia de «seguridad industrial» que se extiendan más allá de su competencia de ordenación económica del sector industrial (art. 149.1.13ª CE), no encuentra igual prolongación en lo relativo a la “calidad industrial», toda vez que el art. 12.1.2 EAC no relaciona este subsector entre aquellos en los que el Estado puede incidir mediante regulaciones específicas. Por tanto, respecto de la “calidad industrial”, el Estado sólo puede intervenir a través de la habilitación que le otorga el art. 149.1.13ª CE”.

Por su parte, la STC 33/05, de 17 de febrero (f.j.5º), destaca que “la naturaleza imperativa propia de las normas de seguridad industrial se compadece mal con el carácter dispositivo que para las empresas y otras entidades tiene la aplicación del sistema de ecoauditoría: en efecto, son las entidades cuyo comportamiento medioambiental se pretende controlar las que, voluntariamente, deciden someterse o no al sistema. De hecho

*el propio preámbulo del Real Decreto 2200/1995 recurre a este criterio para diferenciar las actividades pertenecientes a la calidad, de las atinentes a la seguridad industriales, afirmando que dentro de las infraestructuras acreditables «se diferencian las relativas a la calidad o del ámbito voluntario y a la seguridad industrial o del ámbito obligatorio».*

Sin perjuicio de lo que se dirá en las siguientes Consideraciones sobre lo inadecuado que resulta incluir en el Proyecto algunas determinaciones que pueden encuadrarse en la materia de seguridad industrial, por no ser coherentes con el objeto del mismo, debe señalarse ahora que la regulación proyectada se enmarca, en general, dentro de las competencias autonómicas en materia de calidad industrial y, específicamente, de calidad en el proceso edificatorio (que no es sino un proceso industrial, entendido este concepto en sentido amplio) y de calidad en su resultado, es decir, de las edificaciones resultantes. Ello tiene su amparo en las competencias autonómicas sobre vivienda, industria e incluso protección al consumidor, como reconoce el Preámbulo de la LCEMU.

Dichas competencias autonómicas han de ejercerse dentro del marco que impone la normativa comunitaria que afecta al fenómeno de la edificación, en todas sus dimensiones, y del obligado respeto de la normativa estatal dictada fundamentalmente, en lo que aquí respecta, al amparo de las competencias del Estado en materia de seguridad industrial y ordenación de la actividad económica general (vid. artículo 10. Veintisiete, del Estatuto de Autonomía).

A este respecto, debe tenerse en cuenta la existencia de algunas normas estatales dictadas al amparo de la competencia prevista en el artículo 149.1.13ª CE ("*bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica*"), de obligado respeto y cumplimiento por las CCAA, que se refieren a aspectos propios de la calidad industrial (en el sentido que a este concepto da la reseñada jurisprudencia constitucional) y que tienen su justificación, en principio, en el hecho de referirse a productos de especial relevancia dentro de la economía nacional. Así, merece destacarse la regulación contenida en el artículo 2.2 y concordantes (Anejos 9 y 10) del Real Decreto 956/08, de 6 de junio, que aprueba la Instrucción para la recepción de cementos (RC-08). Normas cuya aplicación debe salvarse en el Proyecto que nos ocupa.

Por ello, parece necesario que en dicho Proyecto se incluya una Disposición Adicional que exprese que lo dispuesto en el Decreto se entenderá sin perjuicio de lo establecido específicamente por normas comunitarias o estatales de obligado cumplimiento en materia de calidad industrial. Y ello además de que pudiera hacerse la misma salvedad en lo referente a las disposiciones comunitarias o estatales básicas en materia de seguridad industrial, en el sentido que se expondrá en la siguiente Consideración con motivo del específico análisis de alguno de los preceptos proyectados

#### **QUINTA.- Sobre el alcance objetivo del Proyecto.**

I. Según se desprende de su articulado, el objeto de la norma proyectada es establecer un sistema por el que la Administración Regional otorgue un reconocimiento oficial a los distintivos de calidad de utilización voluntaria concedidos por determinadas entidades ("*entidades de certificación*") a productos, obras o servicios utilizados en el ámbito o campo de la edificación. Además, el Proyecto establece, a estos efectos, la equivalencia del reconocimiento oficial u homologación de esta clase de distintivos acordado por la Administración del Estado (artículo 8.2), o por otras Comunidades Autónomas con las que existan convenios de reciprocidad (artículo 8.1).

Asimismo, prevé que los certificados de conformidad de productos emitidos por entidades de certificación de producto que hayan sido acreditadas por una Entidad de Acreditación de las establecidas en el Capítulo II, Sección 2ª, del Reglamento de la Infraestructura para la Calidad y la Seguridad Industrial (RD 2200/95, de 28 de diciembre, en adelante RCSI), en los campos correspondientes a productos de la construcción, se considerarán oficialmente reconocidos a los efectos del Decreto, siempre que tales certificados cumplan con los requisitos mínimos establecidos por normativa comunitaria o nacional de obligado cumplimiento (artículo 8.3).

Por su parte, los efectos jurídicos del reconocimiento oficial a que se refiere el Proyecto son, según el proyectado artículo 1.3, de un doble orden:

a) Una finalidad de fomento de la excelencia en la calidad de las obras de edificación (*“fomento de la calidad de las propias obras”*), en cuanto, se deduce, el reconocimiento oficial de estos distintivos de calidad puede incentivar la utilización de los productos o servicios que los tengan, redundando ello en la mayor calidad de las edificaciones resultantes. Ello tiene su amparo legal en el artículo 21.1 LCEMU.

b) Asimismo, se atribuye al reconocimiento oficial del distintivo voluntario de calidad el efecto de eximir al producto o servicio que lo lleve de la obligación de practicar sobre el mismo los preceptivos ensayos de recepción en obra, en lo que atañe a las características o propiedades avaladas por el distintivo. Ello tiene amparo en el artículo 21.3 LCEMU.

La misma exención se reconoce a los productos que lleven el *“marcado CE”* o una *“certificación de conformidad a algún reglamento de seguridad industrial”*, si bien ello *“cuando así venga establecido en virtud de disposición comunitaria o nacional de obligado cumplimiento”*.

Estas últimas determinaciones, es decir, las relativas al *“marcado CE”* y a la *“certificación de conformidad a algún reglamento de seguridad industrial”* desdibujan en buena medida el confesado objeto de la norma, ya que si éste es, como indica su denominación y su artículo 1, la regulación del reconocimiento de distintivos de calidad de carácter voluntario, dichos marcados y certificaciones de conformidad no reúnen tales características, como se reconoce pacíficamente en el expediente, pues se trata de distintivos (entendido este concepto en un sentido amplio) que operan en el exclusivo ámbito de la seguridad industrial, es decir, que certifican la observancia de exigencias técnicas de obligado cumplimiento y, por tanto, no son distintivos de utilización voluntaria, sino preceptiva. Ello supone, además, que los efectos de su expedición en orden a eximir del cumplimiento de obligaciones relativas a la recepción en obra de productos y servicios habrán de extraerse de lo que disponga la normativa comunitaria o nacional dictada en materia de seguridad industrial, como ya recuerda el artículo 14.2 LCEMU, pero no que se establezca en el presente Proyecto, que debe ceñirse a la regulación que sea procedente en relación con el reconocimiento de distintivos de calidad de carácter voluntario, por ser lo que constituye rectamente su objeto. Por ello, deben suprimirse del comentado artículo 1.3 las referencias al marcado y certificados de que se trata. No obstante lo anterior, para evitar que la falta de referencia a los productos con *“marcado CE”* en dicho precepto pudiera suscitar hipotéticas dudas sobre un posible trato desfavorable a dichos productos frente a los que ostentaran los distintivos reconocidos conforme al Decreto, podría incluirse en éste una Disposición Adicional que estableciera que lo dispuesto en el Decreto y, en especial, en su artículo 1.3, se entenderá en todo caso sin perjuicio del régimen aplicable conforme

a la Directiva 1989/106/CEE, de 21 de diciembre, de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre los productos de la construcción, y a las disposiciones nacionales de transposición y desarrollo de la misma (hoy, el RD 1630/92, de 29 de diciembre), que son las que regulan el régimen jurídico relativo al “*mercado CE*” y en base a las que los productos con este marcado están exentos de los referidos ensayos. Y todo ello, claro está, porque el Proyecto no menoscaba la operatividad de la normativa aplicable en este concreto punto ni, en general, a la que se refiere a la seguridad industrial.

Por su parte, el artículo 5 CTE, citado en la exposición de motivos del Proyecto, va en la misma línea que se apunta, al referirse en su apartado 5.2.3 al reconocimiento, por parte de las Administraciones Públicas competentes, de distintivos de calidad voluntarios, determinación que se reitera en el número 6 de dicho artículo 5.

II. Este último precepto, por cierto, establece que el reconocimiento oficial de estos distintivos se referirá a los legalmente concedidos “*en los Estados miembros de la Unión y en los Estados firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*”, lo que justifica, en tanto no se disponga otra cosa en la normativa comunitaria o estatal de obligado cumplimiento (que pudiera, en mera hipótesis, establecer unos puntos territoriales de conexión entre las competencias de los Estados miembros o, a nivel interno, entre las CCAA), que no deban introducirse limitaciones o exigencias sobre el establecimiento en la Región de una sede o de determinados medios materiales de las empresas certificadoras concedentes de los distintivos, como pretenden algunas de las entidades alegantes en el procedimiento y propugna el dictamen del CES, dado que ello podría oponerse a los principios comunitarios de libre establecimiento de empresas y libre prestación de servicios.

III. Lo hasta aquí expuesto implica, por un lado, que deben excluirse del Proyecto, artículo 1.3, las referencias al “*mercado CE*” y a otras certificaciones de conformidad de un producto con alguna reglamentación de seguridad industrial.

Por otro lado, y en el mismo sentido, deberían precisarse los términos del proyectado artículo 8.3. En la redacción actual viene a establecer la equivalencia o equiparación, con los distintivos que reconozca oficialmente la Dirección General competente en materia de calidad en la edificación, de los certificados de conformidad de producto emitidos por entidades certificadoras acreditadas conforme al RCSI, “*siempre y cuando dichos certificados cumplan con los requisitos mínimos establecidos por normativa comunitaria o nacional de obligado cumplimiento*”. Así expresado, podría entenderse que el precepto se refiere, entre otros posibles, a certificados exclusivamente declaratorios de la conformidad de un producto con la reglamentación de seguridad industrial y obligado cumplimiento, pero que no incluyen determinaciones de conformidad con requisitos o especificaciones técnicas de calidad de carácter voluntario. Conforme con lo razonado anteriormente, debería precisarse aquí que el precepto se refiere a certificados declaratorios de la conformidad de un producto con requisitos o especificaciones técnicas de carácter voluntario, sin perjuicio, eso sí, de que tales certificados puedan incluir también, previamente, determinaciones de conformidad con los requisitos establecidos en la reglamentación de seguridad industrial, pues nada obsta a ello. Pero el objeto del precepto y, por tanto, de la pretendida equiparación, sería, como se ha dicho, lo atinente a las determinaciones relativas a la calidad industrial, en sentido estricto; y ello sin perjuicio de lo que se dirá en el epígrafe siguiente sobre los extremos de estos certificados que se refieran a la conformidad de un producto con requisitos o especificaciones técnicas de carácter obligatorio.

Por último, sería necesario que el precepto determinase con claridad la forma en que ha de instrumentarse dicha equiparación, pareciendo lógico que el tratamiento fuera, al menos, el mismo que se prevé en el proyectado artículo 8.2 para los distintivos reconocidos u homologados por la Administración del Estado.

IV. Conectado con lo anterior, es necesario señalar asimismo que, tanto en el Proyecto como en la aplicación del futuro Decreto, se deben respetar las facultades propias del órgano regional competente en materia de industria. Ello se debe, entre otras razones, a circunstancias como las expresadas en la STS, Sala 3ª, de 14 de junio de 2001:

*“A) La separación entre el ámbito de la seguridad y el de la calidad industrial no es tan rígida como exponen los actores, de modo que las normas relativas a la calidad pueden incorporar prescripciones concernientes a la seguridad. De hecho, en la exposición de motivos del propio Real Decreto 2200/1995, de 28 de diciembre, se afirma «(...) la necesidad de reordenar (...) el conjunto de entidades y organismos que conforman la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial que, atendiendo a los criterios comunitarios al respecto, interrelaciona cada vez más ambos campos, utilizando las normas voluntarias de la calidad para garantizar el cumplimiento de los reglamentos de seguridad industrial y recomienda la integración de la acreditación en un solo sistema o entidad por país».*

*B) Los reglamentos técnicos (obligatorios), al precisar los requisitos que estimen necesario exigir a los correspondientes productos con el fin de garantizar la seguridad industrial, pueden, en vez de fijar por sí mismos las complejas especificaciones obligatorias, hacerlo por remisión a normas técnicas aprobadas por organismos de normalización, cuyo contenido —asumido en estas condiciones por el titular de la potestad reglamentaria— queda incorporado a aquéllos y participa de su fuerza obligatoria. (...)*

*C) Es igualmente posible que los reglamentos de seguridad, a la par que fijan, con o sin remisiones, los requisitos técnicos a que antes aludíamos, consideren que dichos requisitos se entienden cubiertos por aquellos productos que, a su vez, hayan obtenido el reconocimiento de un nivel de seguridad industrial igual o superior, precisamente por ajustarse a una determinada norma técnica (voluntaria) que implanta dicho nivel.”*

Quiere decirse, pues, vista la interrelación práctica entre las determinaciones propias de la seguridad y de la calidad industrial, que en la aprobación y aplicación de un Proyecto de Decreto como el dictaminado se ha de contemplar la eventual ambivalencia (fines de seguridad y de calidad industrial) de los distintivos cuyo reconocimiento oficial se regula. Ello implica la necesidad de que se establezcan las oportunas determinaciones de coordinación para la adecuada operatividad de la normativa propia de la seguridad industrial y la que ahora se pretende aprobar.

No es función de este Consejo Jurídico determinar cuáles han de ser dichas medidas de coordinación. Ahora bien, el Proyecto debe establecer con claridad que la verificación del cumplimiento de las disposiciones de seguridad industrial que sean aplicables a la vista del producto y el proceso productivo objeto de evaluación, certificación y seguimiento por la entidad de certificación que solicita el reconocimiento oficial del distintivo que ha concedido, se regirá por lo dispuesto en dichas disposiciones. Ello supondrá, en su caso, la necesidad de exigir la intervención de organismos de certificación acreditados conforme con lo regulado en dicha normativa, así como las actuaciones que procedan por parte de

la Consejería competente en materia de seguridad industrial, so pena de vaciar “*de facto*” las atribuciones que tiene atribuidas en este sector.

A partir de lo anterior, podrá operar lo establecido en el Proyecto en lo concerniente a la verificación del cumplimiento de los requisitos y especificaciones técnicas de carácter voluntario y, en este marco, dictarse la resolución que el órgano competente en materia de calidad de la edificación pueda adoptar sobre el reconocimiento oficial del distintivo, o sobre la equivalencia con el mismo de los certificados a que se refiere el proyectado 8.3, pretendidos por la correspondiente entidad de certificación.

Ello, en fin, debería tener su traducción en el contenido propio de la resolución de reconocimiento oficial o de equivalencia del distintivo, regulada en el proyectado artículo 4, que habría de reflejar y diferenciar, como propugna el Dictamen del CES, “*las mejoras que el distintivo supone respecto de los mínimos exigidos legalmente*”, o expresión similar.

**SEXTA.- Otras observaciones al Proyecto.**

Además de lo anteriormente expuesto, resulta procedente realizar las siguientes observaciones, que mejorarían la calidad del Proyecto.

— Exposición de motivos.

Conforme con lo razonado en la Consideración precedente, debería incluirse la referencia a los artículos 20,f) y 21.1 y 3 LCEMU como preceptos específicamente habilitantes del Decreto.

— Sistemática del Proyecto.

A la vista de su contenido, debe mejorarse la sistemática del Proyecto. Así, los artículos 5 a 7 se dedican a la creación y regulación del Registro de distintivos de calidad de obras, de productos y de servicios utilizados en la edificación reconocidos en la Región de Murcia. Este Registro, como bien señala el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, es un instrumento de publicidad de los distintivos voluntarios de calidad reconocidos en la Comunidad Autónoma, pues el reconocimiento oficial de que se trata debe imputarse a la correspondiente resolución que así lo acuerde.

Por ello, estos artículos deberían ser diferenciados en el texto, ubicándolos en un Capítulo propio, distinto al que debe asignarse a los preceptos que se ocupan propiamente de la regulación del reconocimiento oficial o de sus equivalencias. De este modo, el artículo 1 debería ser el primero de un Capítulo I, dedicado al reconocimiento oficial en la Región de Murcia de distintivos voluntarios de calidad en el ámbito de la edificación, dedicando luego un Capítulo II a los actuales artículos 5 a 7, que se refieren al Registro de distintivos voluntarios de calidad en el referido ámbito.

— Artículo 1.

Debería mejorarse la sistemática de lo dispuesto en los tres números que lo integran, además de atenerse a lo indicado en la Consideración precedente sobre la supresión de las referencias al marcado CE y otros certificados en materia de seguridad industrial, y la necesidad de especificar el ámbito y contenido propio de los distintivos objeto del reconocimiento.

Así, en el número 1 debería expresarse que el Decreto tiene por objeto regular el reconocimiento “*oficial de todo tipo de distintivos, marcas (...) de carácter voluntario...*”.

Y en el número 2, expresar que “los distintivos a que se refiere el número anterior se otorgarán sobre la base (...) y deberán certificar la conformidad del producto, obra o servicio con requisitos y especificaciones técnicas de carácter voluntario, sin perjuicio de que puedan incluir, además, la certificación de su conformidad con requisitos o especificaciones técnicas de carácter obligatorio conforme con la reglamentación de seguridad industrial que les sea aplicable”, o fórmula similar.

Por su parte, en el número 3 se debería establecer que “el reconocimiento oficial otorgado conforme con lo dispuesto en este Decreto conllevará la justificación del valor añadido del producto, obra o servicio con respecto a los requisitos y especificaciones técnicas de carácter obligatorio y eximirá de la obligación de realizar ensayos de recepción de aquellas características avaladas por el distintivo reconocido, sin perjuicio de lo que pudiera establecer el correspondiente proyecto u ordenar la dirección facultativa conforme con lo establecido en el artículo 7.2.3 del Código Técnico de la Edificación y la Ley 8/2005, de 14 de diciembre, para la Calidad de la Edificación de la Región de Murcia”, o fórmula similar.

— Artículo 5.

En el número 1, debería completarse la redacción: “...en el que se inscribirán los distintivos que hayan sido objeto de reconocimiento oficial conforme con lo dispuesto en el Capítulo I del presente Decreto” (según lo dicho anteriormente sobre la sistemática del Proyecto), o fórmula similar.

En el número 3, debería simplificarse la redacción: “el órgano competente para la llevanza y custodia del Registro será la Dirección...”, o similar; fórmula que incluye todas las actuaciones administrativas relacionadas con dicho Registro.

Debería refundirse lo dispuesto en los números 4 y 6: “la inscripción, modificación y cancelación de datos será gratuita, y se llevará a cabo de oficio por la Dirección General competente en materia de calidad en la edificación una vez se haya dictado la resolución oportuna sobre el correspondiente distintivo, conforme con lo previsto en el Capítulo I”, o párrafo similar.

— Artículo 7.

Debe suprimirse la utilización del número 1 que lo comienza, en tanto en el artículo sólo figure éste, como sucede en el texto dictaminado.

Por otra parte, las referencias a “la empresa”, contenidas en su apartado a), números 5 a 8, resultan inconcretas. Parecen referirse a la “entidad certificadora”, según se expresa después. Debería aclararse, así como refundirse lo relativo a la razón social y domicilio (números 5 y 6).

Asimismo, resulta incoherente con el objeto del Proyecto lo dispuesto en el apartado a), números 12 a 14, que se refieren, respectivamente, a la fecha de la “Resolución por el Director General con competencia en calidad en la edificación por la que se designa a la entidad certificadora”, a la fecha de su publicación en el BORM y al “periodo de validez como entidad certificadora”, cuando el Proyecto sólo regula el reconocimiento oficial de distintivos concedidos por entidades certificadoras, pero no el reconocimiento de éstas como tales entidades.

Por otra parte, más allá de la sistematización de los asientos del Registro, es claro que debe inscribirse en éste, para general conocimiento, el contenido de las resoluciones de reconocimiento oficial en lo que atañe a los requisitos y especificaciones técnicas avaladas por el distintivo, aspecto que no parece garantizarse con la parca expresión “*objeto del distintivo*” empleada en el número 9 de dicha letra a); aspecto, pues, que debería especificarse.

Análogas observaciones han de hacerse, por coherencia, con lo dispuesto en los apartados b) y c) del artículo, relativos a los asientos complementarios y de cancelación en el Registro, respectivamente.

— Artículo 8.

En el número 1, la expresión “*tendrán acceso directo al Registro*” resulta equívoca. Teniendo en cuenta que la inscripción de datos en un Registro Público como el que se trata no puede realizarse si no lo ha solicitado el interesado (salvo que la inscripción en otro Registro, a instancia de aquél, llevase consigo la transmisión de los datos a otras Administraciones, lo que no consta), parece adecuado dar al supuesto aquí regulado (reconocimiento de distintivos por otras Comunidades Autónomas) el mismo tratamiento que se establece en el número 2 de este artículo para los distintivos reconocidos por la Administración del Estado, es decir, que habrá de solicitarse expresamente a la Administración regional el reconocimiento o la equivalencia de la resolución otorgada por otra Comunidad Autónoma, acompañando a la correspondiente solicitud una copia de aquélla.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- El Consejo de Gobierno dispone de competencia y habilitación legal para aprobar el Proyecto dictaminado, sin perjuicio de lo expresado en las Consideraciones Cuarta y Quinta del presente Dictamen en relación con sus artículos 1.3; 4 y 8.3, y nuevas Disposiciones Adicionales a introducir en el mismo para delimitar adecuadamente su objeto y alcance.

**SEGUNDA.**- Para la mejora técnica del Proyecto, deberían introducirse las modificaciones, adiciones o supresiones expresadas en la Consideración Sexta del presente Dictamen, en relación con su exposición de motivos, su sistemática y los artículos 1; 5; 7 y 8.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 156/08.- Reclamación patrimonial instada por x, como consecuencia de accidente escolar.****Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)****Fecha: 29/09/08****Extracto de Doctrina**

*En el Dictamen 14/07, recogiendo la doctrina expresada en nuestros Dictámenes anteriores 226/2002 y 13/2006 citados por la propuesta de resolución, el Consejo Jurídico señaló: “Dentro de la conocida doctrina sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del servicio público docente no universitario, se ha destacado por este Consejo Jurídico (Dictamen 127/06) que, cuando las víctimas de los daños son ajenas a dicho servicio, se produce una acusada objetivación del régimen de la responsabilidad que es posible apreciar con facilidad tanto en la jurisprudencia como en la actividad de los diversos órganos consultivos, no constituyendo una excepción este Consejo Jurídico (Dictamen 226/2002, que afirma el derecho a ser indemnizada de una abuela quien, al acudir al colegio a recoger a su nieto, sufre lesiones como consecuencia del choque con una menor en el patio del centro). Dicha objetivación se aprecia cuando ante circunstancias fácticas similares —por ejemplo, choques o balonazos fortuitos—, se alcanzan conclusiones diferentes en orden a la existencia o no de responsabilidad, según que el dañado sea otro alumno o un tercero ajeno al servicio público docente”.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 20 de noviembre de 2007 (registro de salida), el Director del CEIP La Purísima, de Yéchar (Mula), trasladó a la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación comunicación de accidente escolar ocurrido el 7 de noviembre anterior, en la que se expone lo siguiente:

*“En la entrada al aula de infantil, un alumno de cuatro años ha agarrado la pierna de una madre cayendo ambos al suelo, al niño no le ha ocurrido nada pero la madre sufrió un fuerte golpe en la rodilla y cara con rotura de dos dientes”.*

**SEGUNDO.-** Con anterioridad x., afectada por el incidente escolar, presentó ante el centro escolar reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos el 7 de noviembre de 2007, que valora en 580 euros.

A la solicitud de reclamación de daños acompaña la siguiente documentación:

- a) Fotocopia del Libro de Familia.
- b) Facturas de una clínica dental, expedidas el 27 y 30 de noviembre, y 3 de diciembre del 2007, que ascienden a una cuantía total de 580 euros.
- c) Fotocopia del DNI.
- d) Parte médico de consulta de 8 de noviembre de 2007.

**TERCERO.-** Con fecha 15 de marzo de 2008 el Secretario General de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructora del expediente, siéndole notificada a la interesada el 27 del mismo mes.

**CUARTO.-** El 18 de abril de 2008, la instructora solicita informe al Director del Centro sobre el acaecimiento de los hechos, evacuándolo el 16 de junio de 2008 en el siguiente sentido:

*“El accidente se produce a las 9:00 h. dentro del edificio escolar y dentro de la mecánica normal de entradas al aula de infantil. La unidad de infantil estaba formada, en esas fechas, por 8 alumnos de 3, 4 y 5 años.*

*El accidente ocurrió en el pasillo-entrada que da acceso al aula de infantil cuando un alumno de 4 años (x.) se apartó de la fila agarró a la pierna de la madre x. (madre de la alumna de 4 años x.), perdiendo el equilibrio y cayendo ambos al suelo. Al niño no le ocurrió nada pero la madre sufrió un fuerte golpe en la rodilla y cara con rotura de dos dientes (piezas 21 y 22). Al caer al suelo se oyeron gritos de la madre al golpearse. Sangraba por la boca. Otras madres le atendieron y de allí fue al servicio de urgencias de Mula y al odontólogo.*

*La estrechez del espacio limitado, la gestión de la organización de las entradas y el intento de la madre de no golpear al niño provocó la caída de ambos al suelo. Los padres/madres de los alumnos/as de infantil, debido al número tan reducido de alumnos (8 alumnos de 3, 4, 5 años) podían entrar al centro hasta la puerta del aula de infantil para dejar los alumnos en la fila.*

*En el momento del accidente estaban presentes dos madres (x, y. ) y la tutora de infantil (x.).*

*El suelo del centro estaba en condiciones normales y no se han producido nunca accidentes de este tipo ni ningún otro durante los cinco cursos escolares. No obstante, a partir del accidente se ha modificado la forma de realizar las entradas al edificio, no permitiéndose la entrada al edificio de los padres/madres.*

*Como director del centro no aprecio ningún tipo de fraude en la reclamación de la madre. Su intención es que le sea abonado el importe de los gastos odontológicos sufridos”.*

**QUINTO.-** Con fecha 2 de julio de 2008 se otorga un trámite de audiencia a la reclamante para la presentación de alegaciones (notificado el 7 de julio), así como para que aporte cuantos documentos estime oportunos. No consta en el expediente que formulara alegaciones, si bien la instructora refleja documentalmente (folio 28) que *“la interesada a raíz de la conversación telefónica mantenida el 9 de julio con la instructora manifiesta que no a va a hacer alegaciones”.*

**SEXTO.-** La propuesta de resolución, de 15 de julio de 2008, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial, basándose en la doctrina del Consejo Jurídico (entre otros, en nuestros Dictámenes 226/02, 13/06 y 14/07) y en el entendimiento de la existencia de nexa causal entre el daño sufrido y el funcionamiento del servicio público educativo.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 25 de julio de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento.

La reclamación se ha interpuesto por quien ha sufrido el daño, que es persona interesada a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LPAC.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, el CEIP La Purísima de Yéchar (Mula) pertenece al servicio público de educación de la Comunidad Autónoma, correspondiendo la resolución del presente expediente al titular de la Consejería consultante, según establece el artículo 16.2.o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

En cuanto al plazo para su ejercicio, la acción se ha interpuesto dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

Por lo demás el procedimiento se ha atendido, en términos generales, a lo establecido en la LPAC y RRP, sin que se aprecien carencias formales dignas de destacar.

### **TERCERA.-** Sobre el fondo del asunto.

Para determinar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas han de concurrir los siguientes requisitos, previstos en los artículos 139 y 141.1 LPAC:

- a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.
- c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Acreditada la realidad del daño conforme al informe del Director del Centro, ha de determinarse si aquél es imputable a la Administración regional y, por ende, si existe la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños alegados.

En el Dictamen 14/07, recogiendo la doctrina expresada en nuestros Dictámenes anteriores 226/2002 y 13/2006 citados por la propuesta de resolución, el Consejo Jurídico señaló:

*“Dentro de la conocida doctrina sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del servicio público docente no universitario, se ha destacado por este Consejo Jurídico (Dictamen 127/06) que, cuando las víctimas de los daños son ajenas a dicho servicio, se produce una acusada objetivación del régimen de la responsabilidad que*

*es posible apreciar con facilidad tanto en la jurisprudencia como en la actividad de los diversos órganos consultivos, no constituyendo una excepción este Consejo Jurídico (Dictamen 226/2002, que afirma el derecho a ser indemnizada de una abuela quien, al acudir al colegio a recoger a su nieto, sufre lesiones como consecuencia del choque con una menor en el patio del centro). Dicha objetivación se aprecia cuando ante circunstancias fácticas similares —por ejemplo, choques o balonazos fortuitos—, se alcanzan conclusiones diferentes en orden a la existencia o no de responsabilidad, según que el dañado sea otro alumno o un tercero ajeno al servicio público docente.*

*En la base de esta tendencia quizás se encuentre la influencia de la doctrina francesa cuando sostiene que las ventajas que reporta al usuario (entiéndase aquí el alumno) el funcionamiento del servicio excluyen la responsabilidad, que sólo se aplicaría en los casos en que la víctima tiene la consideración de tercero. O quizás se deba a la exigencia de un estándar de cuidado o vigilancia sobre los alumnos superior al tradicionalmente considerado del “bonus pater familiae”, en aquellos casos en que la actuación de éstos puede afectar a terceros ajenos al ámbito docente, de tal forma que, ante el dato objetivo de la producción del daño, se declara la existencia de responsabilidad. No se olvide que la exigencia de medidas de vigilancia debe estar adecuadamente fijada en atención al hecho de que los niños por su corta edad son propensos al descontrol y a una cierta agresividad, aunque no sea intencional, pero de la que no se puede hacer responsable al menor sino a la Administración.*

*Son ejemplos claros de esta responsabilidad realmente objetiva, donde lo crucial es la producción del daño y el origen de éste en la actuación de los escolares, la sentencia de 25 de mayo de 2004, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Málaga), que declara la responsabilidad patrimonial de la Administración educativa en el supuesto de una madre que, al llevar a su hijo a clase y mientras atraviesa el patio del centro, recibe un balonazo fortuito que le ocasiona diversas lesiones; o la de 2 de junio de 1998, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que igualmente condena a la Administración a abonar a la reclamante una indemnización por los daños sufridos como consecuencia del balonazo recibido cuando se encontraba en el interior de un centro escolar. Del mismo modo, el Consejo de Estado, en Dictamen 3117/1997, estima procedente indemnizar a una abuela que sufre un golpe de balón en un colegio, cuando acompañaba a su nieta de corta edad. Otros supuestos paradigmáticos de esta línea jurisprudencial, que por conocida resulta excusable su cita concreta, son aquellos en los que los daños son producidos por acciones de los escolares sobre vehículos aparcados en las inmediaciones del centro al que asisten los niños.*

*En todos estos casos el acento se pone sobre la antijuridicidad del daño, en la medida en que los terceros ajenos al servicio no vienen obligados a soportar los daños derivados de aquél, salvo que con su actuación se hubieran puesto en disposición de sufrirlos”.*

Por todo ello, es preciso constatar si el daño puede ser imputable en todo o parte a la víctima para así considerar si tenía el deber jurídico de soportarlo, y determinar, por tanto, en aplicación de lo establecido en los artículos 139.1 y 141.1 LPAC, si ha de ser considerado como lesión indemnizable. Sin embargo, no existe en las actuaciones practicadas indicio de que a la reclamante le fuera exigible conducta alguna para evitar el daño, teniendo en cuenta:

1º) La caída de la reclamante, que se produjo en el pasillo-entrada que da acceso al aula de infantil estando presente la tutora, se debió a que un alumno de 4 años (no su hija), que se encontraba situado en la fila para entrar a clase (a las 9 horas), se agarró a su pierna, perdiendo el equilibrio y cayendo ambos al suelo si bien, intentando no dañar al menor, sufrió el impacto recibiendo un fuerte golpe en la cara con la rotura de dos dientes.

2º) Los padres de los alumnos de infantil, debido al número tan reducido, estaban autorizados a entrar hasta la puerta del aula de infantil para dejar a los alumnos en la fila. A partir del accidente, el Director del centro señala que se ha modificado la forma de realizar las entradas al edificio, no permitiéndose dicho acceso a los padres de los menores (folio 27).

3º) El Director del centro escolar reconoce que la caída de la reclamante se debió a tres razones: la estrechez del espacio limitado, la gestión de la organización de las entradas y el intento de la madre de no golpear al menor.

Por último, la propuesta de resolución destaca que, en atención a una interpretación flexible del concepto de jornada escolar (Dictamen del Consejo Jurídico 13/06), podría entenderse que el centro ya tenía la guarda del menor que provocó la caída. En tal sentido, se desconoce si el alumno se encontraba junto con su progenitor/a, si bien del relato de los hechos parece desprenderse que no estaba presente (se citan otras dos madres, además de la afectada, cuyos apellidos no las relacionan con el menor causante), en cuyo caso y por la hora en que se produjo (9 de la mañana, hora de comienzo de las clases, según el parte escolar), estando presente la tutora, puede sostenerse fundadamente que el alumno se encontraba bajo la custodia del colegio, teniendo en cuenta que estaba colocado en la fila. En todo caso, en el presente caso es irrelevante esta consideración si se tiene en cuenta que el propio colegio reconoce fallos de espacio y de organización en la entrada al aula de infantil (folios 20 y 21), a la que estaban autorizados a acceder los padres de los alumnos.

En consecuencia, el Consejo Jurídico muestra su conformidad con la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación.

#### **CUARTA.- Cuantía de la indemnización.**

Admitida la efectividad de la lesión y su conexión causal con el servicio público docente de la Administración regional, procede, como señala el artículo 12.2 RRP, analizar la valoración del daño producido y la cuantía de la indemnización. Cada uno de los conceptos en los que el reclamante desglosa la indemnización solicitada han quedado justificados con las facturas aportadas, por lo que es compartible el criterio de la propuesta de resolución, que también recoge que habrá de actualizarse conforme al IPC, según el artículo 141.3 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, al ser imputables al funcionamiento de los servicios públicos de la Administración regional los daños sufridos por la reclamante.

**SEGUNDA.**- La indemnización a percibir por la interesada es la reclamada, de acuerdo con la Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 157/08.- Revisión de oficio de actos nulos iniciada por Orden de la Consejera de Hacienda y Administración Pública, de fecha 18 de julio de 2008, en relación con el tercer ejercicio de las pruebas selectivas para el acceso por el turno libre al Cuerpo de Auxiliares Administrativos, derivadas de la OPE 2004.**

**Consultante: Consejera de Hacienda y Administración Pública (2007)**

**Fecha: 01/10/08**

### **Extracto de Doctrina**

1.- *Es doctrina del Consejo de Estado que, a efectos de su revisión, los actos de trámite cualificados resultan equiparables a los actos definitivos. En efecto, en el Dictamen 359/1994, analiza la posibilidad de revisar de oficio la propuesta formulada por la Comisión Calificadora para la provisión de una plaza de Catedrático de Escuela Universitaria, convocada por la Universidad de Sevilla. El proceso selectivo se encontraba suspendido ante la denuncia efectuada por uno de los miembros de dicha Comisión. El Alto Órgano Consultivo señala al respecto que “se pretende, en definitiva, revisar de oficio un acto de trámite cualificado, como es la propuesta de resolución en un proceso selectivo, posibilidad ésta viable jurídicamente, como reconoce, por ejemplo, desde un punto de vista general, el artículo 20.2 del Real Decreto 2223/1984, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado”. La referencia normativa actualizada a día de hoy habría de hacerse al artículo 14.1 del Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, en cuya virtud las resoluciones de los Tribunales o Comisiones Permanentes de Selección vinculan a la Administración, sin perjuicio de que ésta, en su caso, pueda proceder a su revisión, conforme a lo previsto en los artículos 102 y siguientes LPAC.*

2.- *Cuando el procedimiento queda excepcionalmente interrumpido por haberse declarado su suspensión y existen fundadas razones sobre la posible existencia de una causa de nulidad en las actuaciones ya efectuadas (procedentes, por ejemplo, de la declaración de existencia de ilícito penal contenida en un auto dictado por un órgano de la jurisdicción penal) mantener la tesis de la inatacabilidad de lo actuado antes de la resolución definitiva, llevaría al absurdo, desde la perspectiva de la economía procesal y del respeto al principio de legalidad, de tener que adoptar nuevos actos a sabiendas de su ilicitud para dejarlos sin efecto a renglón seguido.*

3.- *Para el órgano instructor, la celeridad y eficacia que deben presidir la actuación administrativa aconsejaban proceder a conferir el trámite de audiencia en la misma Orden inicial del procedimiento de revisión de oficio, considerando que con su publicación se cumplía el requisito de notificación a los interesados. Es cierto que la actuación administrativa está presidida por tales principios (art. 103 de la Constitución, y 74 y 75 LPAC), pero sobre ellos debe prevalecer el derecho de los particulares a ser notificados correctamente para poder reaccionar frente a los actos administrativos contrarios a sus intereses. No puede admitirse un sacrificio de las garantías del interesado en el procedimiento en aras de la celeridad de éste y eso es lo que ha sucedido en el supuesto sometido a consulta.*

4.- Coincide el Consejo Jurídico con aquellos órganos preinformantes que han puesto de manifiesto la ausencia en la propuesta de resolución de razonamientos que permitan entender cumplida la obligación que el artículo 79.1 LPAC impone a la Administración de tener en cuenta en la resolución las alegaciones, justificaciones y documentos que hubieran podido aportar al procedimiento los interesados. Evidentemente, tales elementos de juicio no vinculan a la Administración, que habrá de valorarlos en la labor decisoria que alumbra la propuesta de resolución. Ésta ha de ser expresiva tanto de los antecedentes fácticos en los que se asienta la decisión, como de los razonamientos jurídicos que le dan fundamento, entre los cuales deberían contenerse aquellos referidos a las cuestiones suscitadas por los interesados, con ocasión del trámite de audiencia.

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Por Orden de 18 de julio de 2008, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, publicada en el Boletín Oficial de la Región de Murcia de 25 de julio, se acuerda iniciar el procedimiento de revisión de oficio del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el tercer ejercicio de las pruebas selectivas para acceso, por el turno libre, al Cuerpo de Auxiliares Administrativos, derivadas de la oferta de empleo público 2004, convocadas por Orden de 5 de julio de 2004 de la Consejería de Hacienda.

Carece el expediente de la documentación relativa al indicado procedimiento selectivo, si bien la cronología y actuaciones habidas en el mismo se pueden sintetizar del siguiente modo, de conformidad con el extracto de secretaría que acompaña a la solicitud de Dictamen:

1. Por Orden de 5 de julio de 2004 de la Consejería de Hacienda, se convocan pruebas selectivas para cubrir 67 plazas del Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Administración Regional por el turno de promoción interna y 125 plazas por el turno de acceso libre.

2. Tras la realización de los dos primeros ejercicios, en fecha 16 de abril de 2005 se efectúa el tercer examen de las pruebas, por el turno de acceso libre.

El ejercicio consistía en una prueba que evaluaba la suficiencia y los conocimientos avanzados en la utilización de las herramientas de tratamiento de textos (word) y hoja de cálculo (Excel) incluidas en el paquete Office 2000. Dicha prueba se realizó mediante un cuestionario de 60 preguntas con tres respuestas alternativas, de las cuales solamente una de ellas podía ser considerada como válida.

3. La Resolución provisional de 21 de abril de 2005 del Tribunal calificador, publica la relación de aspirantes que han realizado el tercer ejercicio.

4. A la vista de los resultados obtenidos en el tercer ejercicio y de las denuncias verbales sobre presuntas irregularidades expresadas por algunos aspirantes en el acto de unión de cabeceras, en las que se aludía a filtraciones del contenido del examen, mediante Orden de 22 de abril de 2005 de la Consejería de Hacienda se abre un período de información previa, encomendándose su instrucción al Servicio de Ordenación Normativa de la Dirección General de Función Pública.

5. En fecha 18 de mayo de 2005, se dicta Orden de la Consejería de Economía y Hacienda por la que se suspende el procedimiento selectivo por el turno de acceso libre, exponiéndose al día siguiente en el tablón de anuncios de la Dirección General de Función Pública.

6. El 30 de mayo de 2005 la Consejería de Economía y Hacienda ordena dar traslado al Ministerio Fiscal de las actuaciones llevadas a cabo en el periodo de información previa iniciado por Orden de 22 de abril de 2005, por si algunas de las actuaciones o comportamientos realizados en el proceso selectivo fuese constitutivo de ilícito penal.

7. El 22 de junio de 2005 se inicia el proceso penal por los hechos que resultan de las diligencias 2971/05 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Murcia, incoadas en virtud de querrela por la presunta comisión de los delitos tipificados en el Capítulo IV del Título XIX, en concreto delitos contra la Administración Pública tipificados en los artículos 418 (aprovechamiento de secreto o información privilegiada) y 419 (cohecho para la realización u omisión en el ejercicio del cargo de una acción u omisión constitutivas de delito) del Código Penal.

8. Tras la práctica de las oportunas diligencias de investigación, el juez instructor acuerda el sobreseimiento provisional y archivo de las mismas, al considerar que los hechos no revestían caracteres de infracción penal.

9. El auto de sobreseimiento y archivo fue objeto de posterior recurso de reforma, que fue desestimado, así como de apelación, resuelto en el Rollo 180/05 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Murcia, que lo estima y ordena continuar la investigación por la Policía Judicial hasta el total esclarecimiento de los hechos y la determinación de su autor o autores.

10. Las diligencias judiciales se reabrieron en fecha 12 de abril de 2006, acordándose oficiar a la Policía Judicial para la práctica de las pruebas en torno a poder averiguar las personas que pudiesen haber tenido un contacto con el tercer examen desde que se elaboró por parte del Tribunal hasta su celebración, la relación de parentesco o personal que pudiese concurrir entre algunos de los miembros del Tribunal y los opositores aprobados, especialmente entre los que obtuvieron puntuaciones idénticas o similares, así como la indagación del elevado número de opositores que lograron calificaciones muy altas.

**SEGUNDO.-** Tras las actuaciones judiciales practicadas, se dictó Auto por el Juzgado de Instrucción n.º 1 de Murcia, de fecha 23 de mayo de 2008, acordando el sobreseimiento provisional en base al artículo 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En su Fundamento Jurídico Sexto, concluye el auto que *“se puede llegar a la conclusión ya reiterada de que la revelación del contenido del examen se realizó, aunque se desconoce quién fue el autor o los autores de tal conducta y por ello es procedente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 789.1 y 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dispone como causa del mismo, cuando resulte del sumario haberse cometido un delito y no haya motivos suficientes para acusar a determinada o determinadas personas como autores, cómplices o encubridores”*. Esta resolución de sobreseimiento provisional por falta de determinación del autor o autores que hayan cometido el delito deberá ser notificada a la Administración autonómica, pues sería vinculante y con una posible consecuencia inevitable, que consiste en que el examen tercero de informática de



la oposición que es objeto de esta investigación debe declararse nulo, y le corresponde a la citada Administración, una vez que conozca las conclusiones de esta investigación penal, el adoptar la decisión correspondiente, que pasaría por no dar validez a este tercer examen. Esto debe ser así en virtud de lo dispuesto en el artículo 62.1,d) LPAC, donde se dispone que los actos de tales administraciones serán nulos de pleno derecho cuando sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta”.

**TERCERO.-** El 11 de junio de 2008, la Dirección General de Empleo Público remite, a la Secretaría General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública oficio donde se solicita elevar consulta a la Dirección de los Servicios Jurídicos en relación con el contenido del indicado Auto y las actuaciones que se derivan del mismo para la Administración regional.

**CUARTO.-** El 10 de julio, se emite Informe por la Dirección de los Servicios Jurídicos n.º 169/08, cuyas conclusiones, en lo que aquí interesa, son:

“1ª. *La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia debe dar cumplimiento a lo dispuesto en el Auto del Juzgado de Instrucción n.º 1 de Murcia de fecha 23 de mayo de 2008, recaído en las Diligencias Previas n.º 2971/05-BP.*

2ª. *Para ello, deberá anular el tercer ejercicio del Procedimiento Selectivo para el Cuerpo de Auxiliares Administrativos de 2004, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 102.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.*

**QUINTO.-** El inicio del procedimiento de revisión de oficio se acuerda por Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, de 18 de julio de 2008, publicada en el BORM del 25 siguiente. La Orden nombra órgano instructor del procedimiento y otorga un plazo de diez días para alegaciones.

**SEXTO.-** El 13 de agosto, el órgano instructor del procedimiento remite las actuaciones practicadas y propuesta de resolución a la Secretaría General del referido Departamento, a los efectos de la continuación del procedimiento.

Sobre la base del anterior informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos y del auto judicial, el órgano instructor propone la revisión de oficio del acto material en que consiste el tercer ejercicio de las pruebas. El carácter no definitivo de este acto no es obstáculo para la revisión propuesta con fundamento en el principio *maiore ad minus*, pues si la Administración puede, mediante la revisión de oficio, dejar sin efecto actos definitivos declarativos de derechos, con mayor razón podrá declarar ineficaces actuaciones puramente materiales que no conllevan la adquisición de derecho alguno.

La propuesta de resolución, asimismo, pretende justificar la forma en que se concedió el trámite de audiencia —al principio de la tramitación del procedimiento y mediante inserción de la correspondiente Orden en el diario oficial de la Comunidad Autónoma— en la existencia de una pluralidad de interesados y en el respeto al principio de celeridad.

Presentan alegaciones 73 interesados.

El 14 de agosto el Servicio Jurídico de la Consejería emite informe sobre la propuesta de resolución y sobre la tramitación del expediente.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 5 de septiembre de 2008, la Dirección de los Servicios Jurídicos emite informe cuya conclusión es que procede declarar de oficio la nulidad del tercer ejercicio de las pruebas selectivas para acceso al Cuerpo de Auxiliares Administrativos por el turno libre, correspondientes a la Oferta de Empleo Público de 2004.

En tal estado de tramitación y tras incorporar los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 8 de septiembre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo y determinante de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102.1 LPAC en relación con el 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, al versar sobre propuesta de resolución de un procedimiento para la declaración de nulidad de pleno derecho de un acto administrativo.

Si bien la consulta no alude de forma expresa al carácter urgente de la misma, atendida la perentoriedad del plazo máximo para resolver el procedimiento y notificar a los interesados y dado que a la fecha de la consulta ya se ha consumido la mitad del plazo, el Consejo Jurídico considera que procede despachar el presente Dictamen con tal carácter.

#### **SEGUNDA.-** El acto objeto de revisión.

La referencia contenida en la norma orgánica de este Consejo Jurídico al acto administrativo como objeto de la revisión de oficio en orden a establecer la preceptividad de este Dictamen, anticipa ya una cuestión esencial y que exige una determinación previa a cualquier otra: si nos encontramos ante un acto administrativo susceptible de dicha acción revisora.

El artículo 102.1 LPAC dispone que las Administraciones Públicas declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo.

La actuación que se pretende revisar, tanto la realización misma del tercer ejercicio de las pruebas selectivas como la resolución provisional del Tribunal Calificador por la que se declaran las calificaciones obtenidas por los aspirantes que han realizado dicho ejercicio, no son actos que pongan fin a la vía administrativa. De hecho, ni siquiera cabría considerarlos como definitivos.

El primero de ellos podría calificarse como mera actuación material, lo que, de conformidad con la doctrina establecida por la sentencia de 8 de octubre de 1993, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, excluiría la posibilidad de su revisión, en la medida en que los preceptos relativos a la revisión de oficio son *“aplicables sólo a los actos declarativos de derechos, que no a las meras actuaciones ejecutivas de los mismos”*.

Ahora bien, lo cierto es que esa actuación material consiste en la demostración de la capacidad necesaria para el acceso al empleo público, constituyéndose en presupuesto básico para el dictado de la resolución provisional, que no puede existir sin aquella primera actuación. El fin de este acto calificador y su causa misma hunden sus raíces en la realización del ejercicio, de forma que puede afirmarse que ambas actuaciones, junto con otras previas a todas ellas, como es el llamamiento o convocatoria al ejercicio más la confección misma de éste por el órgano selectivo, y otra posterior, a saber, la resolución definitiva que debería haber dictado el Tribunal calificador de no quedar suspendido el procedimiento selectivo, constituyen caras o facetas de un mismo acto: el desarrollo de cada ejercicio. Esta concepción del ejercicio como acto complejo parece inspirar también la normativa regional reguladora de los procedimientos selectivos, que agrupa bajo el epígrafe “desarrollo de los ejercicios” todas estas actuaciones tendentes a la determinación del mérito y la capacidad de los aspirantes (base 6.2 de la Orden de 17 de junio de 2004, de la Consejería de Hacienda, por la que se aprueban las bases generales que regirán las convocatorias de pruebas selectivas para acceso a los distintos cuerpos de la Administración Regional).

La plasmación formal de ese acto complejo en que consiste el desarrollo de cada ejercicio y que permite entenderlo ultimado para pasar a la siguiente fase del procedimiento selectivo, es la resolución definitiva por la que el Tribunal Calificador determina qué aspirantes lo han superado y pueden continuar la selección.

Por tanto, en condiciones ordinarias, es decir, si el procedimiento hubiera seguido su curso, el órgano selectivo habría dictado una resolución definitiva aprobando la relación de aspirantes que superaban el tercer ejercicio (base 6.2.6, de la Orden de 17 de junio de 2004). Esta resolución definitiva culmina el desarrollo de cada ejercicio y establece el resultado del mismo en orden a la continuación del procedimiento selectivo. Nos encontramos, pues, ante un acto de trámite cualificado de los contemplados por el artículo 107.1 LPAC, en la medida en que decide directa o indirectamente el fondo del asunto, al establecer quién puede continuar adelante en el procedimiento selectivo y quién no.

Es necesario recordar aquí que es doctrina del Consejo de Estado que, a efectos de su revisión, los actos de trámite cualificados resultan equiparables a los actos definitivos. En efecto, en el Dictamen 359/1994, analiza la posibilidad de revisar de oficio la propuesta formulada por la Comisión Calificadora para la provisión de una plaza de Catedrático de Escuela Universitaria, convocada por la Universidad de Sevilla. El proceso selectivo se encontraba suspendido ante la denuncia efectuada por uno de los miembros de dicha Comisión. El Alto Órgano Consultivo señala al respecto que “*se pretende, en definitiva, revisar de oficio un acto de trámite cualificado, como es la propuesta de resolución en un proceso selectivo, posibilidad ésta viable jurídicamente, como reconoce, por ejemplo, desde un punto de vista general, el artículo 20.2 del Real Decreto 2223/1984, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración del Estado*”. La referencia normativa actualizada a día de hoy habría de hacerse al artículo 14.1 del Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, en cuya virtud las resoluciones de los Tribunales o Comisiones Permanentes de Selección vinculan a la Administración,

sin perjuicio de que ésta, en su caso, pueda proceder a su revisión, conforme a lo previsto en los artículos 102 y siguientes LPAC.

Ahora bien, sentada la posibilidad de revisar esta resolución definitiva ¿cabe atacar de forma independiente y anticipada los otros actos integrantes del desarrollo del ejercicio, como la resolución provisional o la misma realización material del ejercicio? Considera el Consejo Jurídico que la respuesta a dicho interrogante ha de ser negativa, aunque no con carácter absoluto, pues existen excepciones.

En efecto, cuando el procedimiento avanza por sus trámites y llega a la resolución definitiva, es obvio que sólo esta plasmación última del resultado del acto ha de ser atacable, en aplicación de un principio de concentración procedimental, en cuya virtud habrá que esperar a que se produzca la resolución definitiva para, a través de su impugnación, plantear las discrepancias y evitar así tener que atacar todas y cada una de las actuaciones que se producen durante el desarrollo de cada ejercicio. Se trata, en definitiva, de establecer la trascendencia del acto de trámite respecto de la resolución final del procedimiento, de forma que, cuando el contenido de ese acto esté llamado a ser reproducido o modificado por la resolución final, no sería impugnable de forma autónoma, sino que habría que esperar a esta última, verdadero acto revisable. En este sentido, Dictamen del Consejo de Estado núm. 46.924, de 7 de febrero de 1985.

Pero, cuando el procedimiento queda excepcionalmente interrumpido por haberse declarado su suspensión y existen fundadas razones sobre la posible existencia de una causa de nulidad en las actuaciones ya efectuadas (procedentes, por ejemplo, de la declaración de existencia de ilícito penal contenida en un auto dictado por un órgano de la jurisdicción penal) mantener la tesis de la inatacabilidad de lo actuado antes de la resolución definitiva, llevaría al absurdo, desde la perspectiva de la economía procesal y del respeto al principio de legalidad, de tener que adoptar nuevos actos a sabiendas de su ilicitud para dejarlos sin efecto a renglón seguido.

Por ello, considera el Consejo Jurídico que, aunque en el procedimiento selectivo únicamente se haya dictado una resolución provisional, ésta podría ser objeto de un procedimiento de revisión de oficio, como si se hubiera dictado la resolución final, si se partiera de la certeza de que no va a existir ese posterior acto final resolutorio en sentido estricto, ya que, de no admitir la posibilidad de anular las actuaciones efectuadas durante el desarrollo del tercer ejercicio se carecería de acto que revisar, impidiendo así el restablecimiento de la legalidad. Para tener esa certeza será necesario que la suspensión del procedimiento selectivo, acordada el 18 de mayo de 2005, adquiera carácter definitivo, aspecto que sólo se podrá determinar cuando la resolución judicial que sirve de causa al procedimiento de revisión no sea modificable por haber adquirido firmeza, dato que no aparece constatado en el expediente.

A ello se debe añadir que, de forma coherente con la concepción de la resolución definitiva como acto administrativo que plasma el resultado del completo desarrollo de un ejercicio, de incoarse la revisión de oficio como consecuencia de la concurrencia de una causa de nulidad ínsita en las actuaciones dirigidas a su dictado, la revisión debería alcanzar a todas aquellas cuya conservación impidiera la depuración del vicio.

En consecuencia, la revisión de oficio incoada en el supuesto sometido a consulta debería extenderse a todas las actuaciones realizadas en desarrollo del tercer ejercicio de

la fase de oposición, en orden a posibilitar, en este caso, su repetición, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente posterior a la resolución definitiva del Tribunal Calificador por la que se establece la relación de aspirantes que superaron el segundo ejercicio.

**TERCERA.- Procedimiento.**

1. Trámite de audiencia.

Si bien el artículo 102 LPAC no prevé expresamente la necesidad de dar trámite de audiencia en el seno del procedimiento de revisión de oficio (a diferencia del 103.2 de la misma Ley que sí lo exige de manera explícita), de conformidad con el artículo 84.1 y 2 LPAC, resulta preceptiva la audiencia a todos los interesados en el procedimiento para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

En el supuesto sometido a consulta, el trámite de audiencia se confiere en el mismo acuerdo de iniciación del procedimiento de revisión de oficio (Orden de 18 de julio de 2008, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública), que es objeto de publicación en el Boletín Oficial de la Región de Murcia.

Una primera consideración debe atender al momento en que se da el trámite de audiencia, en el acuerdo de iniciación mismo del expediente, lo que puede hacer dudar del cumplimiento del requisito consistente en que la audiencia se confiera una vez instruido el procedimiento e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución (art. 84.1 LPAC). No obstante, el examen del expediente desvela que en el supuesto sometido a consulta se da un caso de lo que podría denominarse como “instrucción anticipada”, con ocasión tanto de la información previa que se realiza en el año 2005, en orden a determinar la procedencia de suspender o no el procedimiento selectivo, como de la consulta facultativa realizada a la Dirección de los Servicios Jurídicos acerca de las actuaciones a seguir a resultas del Auto del Juzgado de Instrucción. Ello conlleva que, entre el acuerdo de iniciación de la revisión de oficio y la propuesta de resolución no exista acto de instrucción alguno, por lo que, al menos formalmente, se habría cumplido el requisito de otorgar la audiencia una vez instruido el procedimiento y en el momento inmediatamente anterior a la propuesta de resolución.

Mayor trascendencia tiene que el trámite se haya conferido en una Orden que ha sido objeto de publicación y no de notificación personal e individual a cada uno de los interesados en el procedimiento de revisión de oficio. No es admisible dicha forma de comunicar la apertura del trámite de audiencia, toda vez que, de conformidad con el artículo 59.6 LPAC, la publicación sustituirá a la notificación, surtiendo sus mismos efectos, sólo en los casos tasados que enumera, no encontrándose en ninguno de ellos el supuesto objeto de estudio.

Así, la revisión de oficio, si bien tiene por objeto dejar sin efecto un acto integrante de un procedimiento selectivo, no forma parte del mismo, sino que constituye un procedimiento diferente y autónomo, al que no le son de aplicación las normas rituarías específicas de la selección del personal. Ello excluye la posibilidad de sustituir la notificación por la publicación al amparo del artículo 59.6, b) LPAC.

Del mismo modo, tampoco existe en el procedimiento de revisión de oficio una pluralidad indeterminada de interesados, lo que integraría el supuesto contemplado por el artículo 59.6, a) LPAC, toda vez que aquéllos aparecen perfectamente identificados en el procedimiento selectivo, en cuyo expediente, además, constan suficientes datos identificativos como para proceder a la necesaria notificación individual de la apertura del trámite de audiencia. En este sentido, el modelo de instancia para participar en las pruebas selectivas de acceso a la Función Pública regional derivadas de la oferta de empleo público de los años 2003 y 2004, aprobado por Orden de 17 de junio de 2004, de la Consejería de Hacienda, recaba de los aspirantes los datos relativos a su nombre y dos apellidos, dirección postal, dirección de correo electrónico, así como teléfonos fijo y móvil. No cabe pues hablar de una pluralidad indeterminada de personas, sin que el elevado número de ellas haya de ser óbice para el estricto cumplimiento de la Ley, que exige la notificación individual del trámite.

El supuesto del artículo 59.6, letra a), sólo es de aplicación cuando se desconozca quiénes pueden ser los destinatarios interesados en una concreta actuación administrativa. La publicación, en estos casos, sustituye a una imposible notificación personal. Es necesario, en consecuencia, que el acto, por su propia naturaleza, no tenga unos destinatarios determinados, pues si están individualizados o son individualizables *a priori*, habrá de procederse a la notificación personal. En palabras de la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de abril de 1987, *“la publicación y la notificación de los actos administrativos no son caminos indistintos, sino diferenciados de comunicación externa del acto administrativo que se da a conocer, según su índole: la singular constancia de la persona o personas que han de ser notificadas, la pluralidad indeterminada de destinatarios y el conocimiento o ignorancia de su domicilio. Al tratarse de decisiones administrativas con finalidad concreta, que afectan directa y específicamente a interesados cuya individualización y domicilio constan inequívocamente en el expediente no puede suplirse la exigencia contenida en el artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo (hoy artículo 58.1 LPAC) de notificar a los interesados las resoluciones que afecten a sus derechos e intereses, por la publicación de éstas”*.

Y es que la preferencia legal por la notificación frente a la publicación tiene su fundamento en la mayor garantía que la primera ofrece de cumplir el fin perseguido con la comunicación, como es el efectivo conocimiento por su destinatario del trámite concedido.

Cabe recordar que la propia doctrina del Tribunal Supremo (por todas, STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28 de marzo de 2006, que asume también jurisprudencia constitucional) nos enseña que la finalidad básica de toda notificación va enderezada a lograr que el contenido del acto llegue realmente al conocimiento de su destinatario, con objeto de que éste pueda adoptar la postura que estime pertinente. En congruencia con ello, los defectos formales adquieren relevancia cuando impiden que la notificación llegue a cumplir dicha finalidad, afectando al conocimiento del acto por el interesado y al ejercicio de las posibilidades de reacción frente al mismo que el ordenamiento le ofrece. Así ocurre en el supuesto que da origen a este Dictamen.

Frente a la doctrina jurisprudencial expuesta, no puede oponerse, como hacen diversos informes obrantes en el expediente, aquella otra que afirma la ausencia de indefensión como consecuencia de la omisión del trámite de audiencia, cuando al interesado se

le han ofrecido en el transcurso del procedimiento suficientes oportunidades de defensa o recursos. Considera el Consejo Jurídico que esta última no debe ser aplicada al supuesto sometido a consulta, toda vez que la errónea vía elegida para la notificación a los interesados (la publicación en diario oficial y en período estival —25 de julio—) no garantiza en absoluto el conocimiento de la existencia misma del procedimiento de revisión por parte de quienes pueden verse afectados por él, ni, en consecuencia, su derecho a presentar alegaciones o interponer recursos. De hecho, tan solo 73 aspirantes de los más de 500 que realizaron el tercer ejercicio han presentado alegaciones.

Por otra parte, merece especial atención la justificación que la propuesta de resolución contiene acerca de la vía utilizada para comunicar a los interesados el trámite de audiencia. Para el órgano instructor, la celeridad y eficacia que deben presidir la actuación administrativa aconsejaban proceder a conferir el trámite de audiencia en la misma Orden inicial del procedimiento de revisión de oficio, considerando que con su publicación se cumplía el requisito de notificación a los interesados. Es cierto que la actuación administrativa está presidida por tales principios (art. 103 de la Constitución, y 74 y 75 LPAC), pero sobre ellos debe prevalecer el derecho de los particulares a ser notificados correctamente para poder reaccionar frente a los actos administrativos contrarios a sus intereses. No puede admitirse un sacrificio de las garantías del interesado en el procedimiento en aras de la celeridad de éste y eso es lo que ha sucedido en el supuesto sometido a consulta.

Procede, en consecuencia, que por el órgano instructor se acuerde conferir trámite de audiencia con notificación personal a cada uno de los interesados en el procedimiento, sin perjuicio de entender que la publicación realizada en su momento puede servir de complemento a la preceptiva notificación individual, pero nunca como sustitutiva de ella.

## 2. La propuesta de resolución.

a) Coincide el Consejo Jurídico con aquellos órganos preinformantes que han puesto de manifiesto la ausencia en la propuesta de resolución de razonamientos que permitan entender cumplida la obligación que el artículo 79.1 LPAC impone a la Administración de tener en cuenta en la resolución las alegaciones, justificaciones y documentos que hubieran podido aportar al procedimiento los interesados. Evidentemente, tales elementos de juicio no vinculan a la Administración, que habrá de valorarlos en la labor decisoria que alumbra la propuesta de resolución. Ésta ha de ser expresiva tanto de los antecedentes fácticos en los que se asienta la decisión, como de los razonamientos jurídicos que le dan fundamento, entre los cuales deberían contenerse aquellos referidos a las cuestiones suscitadas por los interesados, con ocasión del trámite de audiencia.

b) De conformidad con el artículo 89 LPAC, la resolución que ponga fin al procedimiento “decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo”. Tales exigencias cabe hacerlas extensivas a la propuesta de resolución, en tanto que base técnica sobre la que se fundamentará la resolución final del procedimiento.

Examinada la propuesta contenida en el expediente sometido a consulta, es de apreciar la infracción del indicado precepto en la medida en que omite cualquier referencia a una cuestión planteada por algunas interesadas (x, y) en el desarrollo del trámite de

audiencia: las pretensiones indemnizatorias como consecuencia de la actuación revisora de la Administración.

Debe recordarse que el artículo 102.4 LPAC dispone que las Administraciones Públicas, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de dicha Ley, es decir, si se cumplen los requisitos de existencia de daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, y de antijuridicidad del daño, propios de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Ningún pronunciamiento sobre dichas pretensiones resarcitorias contiene la propuesta de resolución, lo que debe ser corregido, pues aunque el artículo 102.4 LPAC establece la eventualidad de pronunciarse acerca de las indemnizaciones procedentes como meramente potestativa para la Administración, cuando es el propio interesado quien plantea la cuestión en el seno del procedimiento resulta obligado para aquélla decidirla.

### 3. Actuaciones instructoras complementarias.

Una de las cuestiones que de forma reiterada ponen de manifiesto diversos interesados es que la aplicación de la causa de nulidad contemplada en el artículo 62.1, letra d), precisa de una sentencia penal firme que declare la existencia de ilícito penal.

El procedimiento de revisión de oficio incoado se basa en la declaración de la existencia de delito contenida en un auto susceptible de recurso de reforma y apelación, sin que conste acreditado en el procedimiento si dicho auto ha ganado firmeza o si, por el contrario, ha sido recurrido, estando pendiente su resolución, como afirman diversos interesados en sus alegaciones.

Al margen de que la Dirección de los Servicios Jurídicos ponga de manifiesto el carácter ejecutivo (sic) del indicado Auto, a la luz de lo establecido por los artículos 217 y 766 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y sin prejuzgar en este momento si ello sería suficiente para estimar cumplido el requisito para aplicar la causa de nulidad del artículo 62.1, letra d) LPAC, consistente en la previa determinación de la existencia de ilícito penal por la jurisdicción de dicho orden, considera el Consejo Jurídico que el órgano instructor debe indagar acerca de la situación procesal del auto en cuestión, para aclarar si ha alcanzado firmeza o no, a los efectos de poder establecer la revisabilidad del último acto dictado en el procedimiento selectivo, la resolución provisional del Tribunal Calificador y, con ella, del resto de actuaciones realizadas en desarrollo del tercer ejercicio, conforme a lo indicado en la Consideración Segunda de este Dictamen.

### 4. La conformación del expediente.

Carece el expediente remitido al Consejo Jurídico de las actuaciones del tercer ejercicio que constituyen el objeto del procedimiento de revisión de oficio, singularmente la Resolución Provisional del Tribunal Calificador por la que se declaran los aspirantes que han realizado el tercer ejercicio de las pruebas selectivas, lo que debe ser corregido para dar cumplimiento al artículo 46.2, letra a), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril, en cuya virtud la consulta se acompañará de los antecedentes de todo orden que puedan influir en el Dictamen.



**CUARTA.- De la suspensión del plazo para resolver y notificar la resolución.**

Con fecha 25 de septiembre de 2008, y estando pendiente de emisión el presente Dictamen, el Boletín Oficial de la Región de Murcia publica “Acuerdo de 8 de septiembre de 2008, de la instructora del procedimiento de revisión de oficio del artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la (sic) que se suspende el plazo de resolución del procedimiento iniciado por Orden de 18 de julio de 2008 (publicado en el BORM de 25 de julio), en relación al tercer ejercicio de las pruebas selectivas para acceso al Cuerpo de Auxiliares Administrativos de la Administración Pública de la Región de Murcia, por el turno de acceso libre, derivadas de la oferta de empleo público 2004”.

Este Acuerdo merece las siguientes consideraciones:

a) Ha sido objeto de publicación, por lo que adolece del mismo defecto de notificación que ya se puso de manifiesto en relación con la concesión del trámite de audiencia en la Consideración Tercera de este Dictamen, cuyos razonamientos son trasladables al acuerdo de suspensión, que debe ser notificado de forma individual a cada uno de los interesados en el procedimiento de revisión de oficio.

Consecuencia del defecto de notificación expuesto es que la suspensión acordada no podrá surtir efecto, lo que habrá de ser tenido en cuenta por el órgano instructor en orden al cómputo del plazo total para resolver y notificar la resolución del procedimiento.

b) El artículo 42.5, letra c), LPAC permite suspender el transcurso del indicado plazo de resolución, cuando deban solicitarse informes que sean “preceptivos y determinantes del contenido de la resolución”. En efecto, como adecuadamente señala el Acuerdo de suspensión adoptado, la solicitud de un Dictamen al Consejo Jurídico permite acordar la suspensión del procedimiento con fundamento en esta norma, sobre la base no sólo de la preceptividad del informe consultivo, sino también y sobre todo de su carácter determinante para la resolución, que deriva del artículo 102.2 LPAC, al exigir el sentido favorable del Dictamen como requisito necesario para proceder a la revisión de oficio. Sobre este segundo elemento (carácter determinante del informe) guarda silencio el Acuerdo estudiado.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

**CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Procede que por el órgano instructor se otorgue nuevo trámite de audiencia, mediante notificación individual a cada uno de los interesados en el procedimiento, de conformidad con lo indicado en la Consideración Tercera, 1 de este Dictamen. Igual notificación personal habrá de hacerse respecto al acuerdo de suspensión del procedimiento revisorio, de conformidad con lo expresado en la Consideración Cuarta.

**SEGUNDA.-** Debe indagarse acerca de la firmeza o no del auto de 23 de mayo de 2008, del Juzgado de Instrucción nº 1 de Murcia, del que trae causa el procedimiento de revisión de oficio a que se refiere este Dictamen.

**TERCERA.**- Procede formular una nueva propuesta de resolución que se pronuncie de forma expresa acerca de las pretensiones indemnizatorias planteadas por los interesados.

**CUARTA.**- Debe completarse el expediente en los términos expresados en la Consideración Tercera, 4.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 158/08.- Proyecto de Decreto por el que se regula el funcionamiento del control lechero oficial en la región de Murcia y se constituye la Comisión Regional y el Centro Autónomico de Control Lechero de la Región de Murcia.**

**Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)**

**Fecha: 06/10/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*(...) el Departamento impulsor de la norma opta por configurar el Centro autonómico de control lechero como un órgano colegiado, decisión a la que no cabe formular objeción alguna, pero al hacerlo ha de ajustarse al régimen jurídico que a tal fin se recoge en los artículos 23 y siguientes de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en lo sucesivo, Ley 7/2004), y 22 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).*

#### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha indeterminada, la Dirección General de Ganadería y Pesca elabora un primer borrador de Decreto por el que se regula el funcionamiento del control lechero oficial en la Región de Murcia y se constituye el Centro autonómico de control lechero de la Región de Murcia.

Al texto se acompaña la siguiente documentación:

— Una “ficha-proyecto de disposición” que anuncia como finalidad del Proyecto la de “regular el funcionamiento del control lechero oficial en la Región de Murcia, así como constituir el Centro Autonómico de Control Lechero de la Región de Murcia, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto 368/2005, de 8 de abril”.

— Escritos dirigidos a siete organizaciones del sector (CONAFE, ACRIMUR, NUCOLEMUR, FECOAM, ADEA-ASAJA, COAG-IR y UPA) en los que se señala la necesidad de sustituir la vigente Orden de la Consejería de Agricultura y Agua, de 18 de octubre de 2006, por el Decreto que se pretende aprobar, a cuyo efecto se adjunta copia del borrador, se les otorga trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración y les solicita la formulación de observaciones.

— Escrito de CONAFE (Confederación de Asociaciones de Frisona Española) en el que se manifiesta no tener observación alguna que realizar al borrador de Decreto.

— Informe-Memoria económica emitida por el Servicio de Producción Animal, en el que se afirma que las previsiones contenidas en el Proyecto no suponen ningún compromiso de gasto, debido a que el funcionamiento de los órganos que se crean será atendido con los medios económicos y humanos existentes en la Consejería proponente.

— Informe favorable del Servicio Jurídico de la Dirección General de Ganadería y Pesca.

**SEGUNDO.-** Solicitado informe al Servicio Jurídico de la Consejería de Agricultura y Agua, se indica la procedencia de completar el expediente con una propuesta del Director General dirigida al Consejero, así como con un informe sobre el impacto por razón de género. La observación efectuada es atendida por el Centro Directivo que elabora y une al expediente los citados documentos.

Se formulan asimismo diversas observaciones al contenido del Proyecto, que son asumidas e incorporadas al texto prácticamente en su totalidad.

**TERCERO.-** Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, es emitido el 10 de octubre de 2007. En él constan observaciones relativas al procedimiento de elaboración reglamentaria, poniendo de manifiesto la omisión de diversos documentos que necesariamente deben acompañar al Proyecto (memoria que justifique la oportunidad de aprobar la norma que se propone y memoria económica redactada por la unidad administrativa que tenga atribuidas las funciones de gestión económica -la que se acompaña viene firmada por el Jefe de Servicio de Producción Animal-), considerando preceptivo el presente Dictamen.

Asimismo, se indica que en la documentación remitida no se refleja la auténtica finalidad del Proyecto de Decreto, que es la de elevar el rango normativo de la Orden de la Consejería de Agricultura y Agua, de 18 de octubre de 2006, cuyo objeto es coincidente con el de la norma que ahora se propone.

Finalmente, se formulan diversas observaciones al contenido que son asumidas, al menos formalmente, por el Centro Directivo impulsor de la norma, dando lugar al último borrador que constituye el texto definitivo del Proyecto, según consta mediante diligencia evacuada por el Secretario General de la Consejería.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 25 de febrero de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

Debe recordarse que, como ya se indicaba en la Memoria de este Órgano Consultivo del año 2000 y se ha reiterado en diversos Dictámenes emitidos con posterioridad, la inclusión de los proyectos de reglamentos en el citado artículo viene condicionada, esencialmente, a que vayan dirigidos a desarrollar una Ley de la Asamblea Regional o la legislación básica del Estado, situándonos así en la categoría de los reglamentos ejecutivos, de desarrollo o de aplicación de ley. El Tribunal Supremo ha indicado respecto de estos reglamentos que son complemento indispensable de la norma que desarrollan, caracterizándose por el hecho de que la posibilidad de ejercer la potestad reglamentaria de la Administración viene concedida por la ley formal, dirigiéndose la intervención del órgano consultivo a velar por la observancia del principio de legalidad y del ordenamiento jurídico, revistiendo por tanto un carácter esencial que aconseja tender a una interpretación no restrictiva del término ejecución de ley, máxime cuando la omisión de la consulta, caso de ser preceptiva, determina la nulidad de pleno derecho de la disposición.

En el Proyecto sometido a consulta concurren las notas que lo caracterizan como reglamento ejecutivo de la legislación básica estatal, dado que el objeto de la norma proyectada es establecer la estructura organizativa básica que desempeñará el control oficial del rendimiento lechero en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, constituyendo el Centro autonómico de control lechero de la Región de Murcia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del Real Decreto 368/2005, de 8 de abril, por el que se regula el control oficial del rendimiento lechero para la evaluación genética en las especies bovina, ovina y caprina, cuyo carácter básico es proclamado por su Disposición final primera, salvo el artículo 8 —por el que se crea la Comisión nacional de control lechero oficial— que es expresamente excluido de tal carácter al constituir ejercicio de la potestad de autoorganización de que dispone el Estado.

#### **SEGUNDA.- Procedimiento de elaboración, contenido y sistemática.**

I. Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo, Ley 6/2004), si bien han de formularse las siguientes observaciones:

a) El expediente carece de la propuesta del titular de la Consejería competente en materia de agricultura y ganadería al Consejo de Gobierno, para la aprobación del texto como Decreto.

b) La denominada “memoria económica” se limita a efectuar una declaración de ausencia de gasto con incidencia presupuestaria, insuficiente para entender cumplido el requisito legalmente exigido de incorporar al expediente de elaboración normativa un estudio económico de la disposición. Como reiteradamente ha puesto de manifiesto el Consejo Jurídico, el estudio económico no debe limitarse a analizar si existe un coste derivado de la implantación de los nuevos servicios y su financiación. Antes al contrario, el estudio económico ha de extenderse más allá, pues su finalidad es ilustrar sobre las consecuencias económicas de la norma, permitiendo deducir el alcance del Proyecto con relación al principio de eficacia que informa con carácter esencial toda la actuación administrativa (art. 103.3 CE), además de ser pauta de referencia para contrastar la eficiente asignación del gasto público que el artículo 31 CE demanda.

A lo anterior cabe añadir, como acertadamente señala el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, lo inadecuado que resulta que dicha Memoria se evacue por el Jefe del Servicio de Producción Animal, entre cuyas funciones no figura la de gestión presupuestaria.

c) Dando cumplimiento a una observación contenida en el informe del Servicio Jurídico de la Consejería consultante se incorpora al expediente informe sobre el impacto de género del Decreto que se pretende aprobar, trámite que resulta preceptivo en los procedimientos de elaboración de las disposiciones de carácter general de ámbito regional tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Hombres y Mujeres y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia, que modificó, en dicho sentido, el artículo 53.1 de la Ley 6/2004.

No obstante, al limitarse el informe a manifestar que la disposición proyectada no provoca ningún impacto en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, el trámite sólo puede entenderse cumplimentado desde un punto de vista formal y, por ende, resulta insuficiente en orden a satisfacer la finalidad exigida por la Ley 6/2004 de ilustrar al órgano que ha de aprobar la norma acerca de imprevistas o indeseadas consecuencias sexistas de medidas o decisiones que, en principio, no deberían producirlas, evitando efectos negativos no intencionales que puedan favorecer situaciones de discriminación.

La utilización de esta fórmula genérica de ausencia de implicaciones de género ha sido ampliamente rechazada por este Consejo Jurídico en múltiples Dictámenes y en su Memoria del año 2007.

II. El Proyecto de Decreto sometido a consulta consta de una parte expositiva, ocho artículos, una Disposición transitoria, una Disposición adicional, una Disposición derogatoria y dos Disposiciones finales.

III. La sistemática seguida por el Anteproyecto respeta, en términos generales, los criterios de técnica normativa que resultan de aplicación a tenor de lo establecido en las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 y publicadas mediante Resolución del Ministerio de la Presidencia del siguiente día 28 (de aplicación supletoria en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma por carecer de normativa propia). No obstante, cabe formular las siguientes sugerencias que, de ser aceptadas, mejorarían notablemente el texto objeto del presente Dictamen:

a) El texto incluye una parte expositiva en la que se fundamenta el objeto de la norma, aunque omite una explicación clara del verdadero fin del Decreto, que no es otro que el de elevar el rango de la norma que actualmente regula la organización responsable del control lechero oficial en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Orden de la Consejería de Agricultura y Agua de 18 de octubre de 2006). También debería incluirse en esta parte una alusión al precepto del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU) que da cobertura competencial a la acción normativa desplegada.

b) En la fórmula promulgatoria se recoge la expresión “oído el Consejo Jurídico”. Tal afirmación sólo corresponderá en el supuesto de que la adopción del Proyecto no se realice de conformidad con el presente Dictamen, ya que de acogerse su sentido deberá señalar que lo ha sido “de acuerdo con el Consejo Jurídico”, según se establece en el artículo 2.5 LCJ.

c) Según la Directriz 31, relativa a la división del artículo en un texto normativo, “*los distintos párrafos de un apartado (de un artículo) no se considerarán subdivisiones de éste, por lo que no irán numerados. Cuando deba subdividirse un apartado, se hará en párrafos señalados con letras minúsculas, ordenadas alfabéticamente: a), b), c). Cuando el párrafo o bloque de texto deba, a su vez, subdividirse, circunstancia que ha de ser excepcional, se numerarán las divisiones con ordinales arábigos (1.º, 2.º, 3.º ó 1.ª, 2.ª, 3.ª, según proceda)*”, prohibiendo expresamente la utilización de guiones, asteriscos u otro tipo de marcas. Debe revisarse la división del artículo 3 del Proyecto, adecuándola al contenido de la Directriz que se ha transcrito.

d) Las disposiciones de la parte final deben intitularse con la leyenda que corresponda atendiendo al contenido o materia a la que se refieren (regla 38 de las ya mencionadas Directrices de técnica normativa).

e) Debe, asimismo, respetarse el orden que se contempla en la Directriz 34 en relación con las disposiciones de la parte final, de modo que en primer lugar se situarán las disposiciones adicionales, seguidas de las transitorias, de las derogatorias y, por último, de las finales.

**TERCERA.- Competencia material, habilitación reglamentaria y rango normativo.**

I. La materia objeto de la norma que se pretende aprobar es la ganadería, materia sobre la que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ostenta competencia exclusiva a tenor de lo establecido en el artículo 10.Uno.6 EAMU, aunque supeditada en su ejercicio a la ordenación general de la economía, circunstancia reconocida entre otras por la STC 14/1989, en su Fundamento Jurídico 3, que fue ampliamente analizada por el Consejo Jurídico en su Dictamen 137/2007.

Con base en la competencia que el artículo 149.1.13ª reconoce al Estado sobre dicha ordenación general de la economía, se aprueba el Real Decreto 368/2005, cuyo objeto es, como afirma el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 161/2005, homogeneizar el funcionamiento del control lechero oficial en todo el territorio, dejando el desarrollo de los aspectos organizativos autonómicos a las correspondientes Comunidades Autónomas.

Así planteada la cuestión y limitándose el Proyecto objeto del presente Dictamen, como se indica en su Exposición de Motivos, a regular la estructura organizativa básica sobre la que articular el control lechero como instrumento fundamental en el desarrollo de los esquemas de selección del ganado lechero, cabe concluir que la Comunidad Autónoma goza de competencia material suficiente para dictar el futuro Decreto.

II. El Real Decreto 368/2005 supone una nueva regulación del control oficial del rendimiento lechero para la evaluación genética en las especies bovina, ovina y caprina, que efectúa los obligados ajustes a la Decisión 94/515/CE, de la Comisión de 27 de julio, que modifica la Decisión 86/130/CEE, por la que se fijan los métodos de control de los rendimientos y de evaluación del valor genético de los animales de la especie bovina de raza selecta para reproducción, y la Decisión 90/256/CEE, de la Comisión, de 10 de mayo, por la que se fijan los métodos de control de los rendimientos y de evaluación del valor genético de los reproductores ovinos y caprinos de raza pura.

El artículo 4 del citado Real Decreto 368/2005 declara a las Comunidades Autónomas como responsables, en el ámbito de sus competencias, del funcionamiento del control le-

chero oficial, siendo ejecutado a través de los centros autonómicos, bajo la supervisión de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, y con la participación y asesoramiento de las organizaciones o asociaciones de ganaderos oficialmente reconocidas para la gestión de los libros genealógicos de razas de aptitud lechera.

El apartado 1 del artículo 11 de dicho Real Decreto dispone que, en cada Comunidad Autónoma, se constituirá un centro autonómico de control lechero, que actuará como la unidad de coordinación y gestión de la ejecución en el ámbito autonómico del control lechero oficial.

Asimismo, en el artículo 14 se establece que, en cada Comunidad Autónoma, se dispondrá, al menos, de un laboratorio para realizar los análisis del control lechero oficial.

De conformidad con las previsiones normativas expuestas y aunque, en rigor, no exista una habilitación reglamentaria expresa en la normativa básica citada, lo cierto es que su aplicación y eficacia dependen del desarrollo que de ellas realicen las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus respectivas competencias estatutarias, estableciendo los instrumentos que permitan llevar a cabo el seguimiento y control lechero que la norma básica les encomienda.

III. Como se indica en el Antecedente tercero la materia objeto del Proyecto que se dictamina ya fue regulada mediante Orden de la Consejería de Agricultura y Agua, siendo fin principal de la nueva norma el de elevar el rango de la ahora vigente. Esta circunstancia exige analizar cuál sea el rango adecuado lo que, en definitiva, nos lleva a reflexionar una vez más acerca del alcance de la potestad reglamentaria de los Consejeros.

Como ya señalara este Consejo Jurídico en varios Dictámenes (por todos, el número 77/2005), el artículo 52.1 de la Ley 6/2004, refiere la potestad reglamentaria de los Consejeros a las materias de ámbito organizativo interno de la Consejería, en tanto que el artículo 38 del mismo texto legal reitera dicho ámbito material aunque omitiendo el término "organizativo". Una interpretación conjunta de ambos preceptos nos lleva a concluir que, salvo que exista una habilitación legal expresa, las Órdenes emanadas de los Consejeros no podrán tener efectos *ad extra* para reglar las relaciones de los ciudadanos en general, regulando el ejercicio de sus derechos o imponiéndoles obligaciones, circunstancia que al concurrir en el supuesto que nos ocupa hace que la forma de Decreto que adopta el Proyecto sea la adecuada.

#### **CUARTA.- Análisis jurídico del contenido del Proyecto.**

El análisis jurídico del Proyecto plantea, a juicio de este Órgano Consultivo, las siguientes cuestiones:

1ª. El Proyecto tiene un contenido meramente organizativo, ya que se limita a crear y regular la Comisión Regional de control lechero oficial; a constituir el Centro autonómico de control lechero de la Región de Murcia; a establecer el Laboratorio autonómico de control lechero de la Región de Murcia y, finalmente, a designar a la Dirección General de Ganadería y Pesca como órgano responsable de la inspección del control lechero oficial. Pues bien, como reiteradamente ha manifestado este Órgano Consultivo, el título de una norma debe ser indicativo del contenido y objeto de aquélla, reflejando con exactitud y precisión la materia regulada, previsiones que no se cumplen en el que constituye cabecera del Proyecto, ya que anuncia una regulación del control lechero oficial en la Región de Murcia que luego no desarrolla; de ahí que resulte más adecuado intitular la norma de modo que se evidencie

que su finalidad es la de establecer la estructura organizativa responsable del funcionamiento del control lechero oficial en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

2ª. La anterior observación cabe hacerla extensiva al contenido del artículo 1 del Proyecto, cuya redacción sería más acorde con el verdadero objeto de la norma si se atuviese a los siguientes términos: *“El presente Decreto tiene como objeto el establecimiento de la estructura organizativa responsable del funcionamiento del control oficial del rendimiento lechero en ganado bovino, ovino y caprino en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”*.

3ª. Con el fin de conseguir una mayor estabilidad normativa en el tiempo, sería conveniente sustituir la concreta referencia que se contiene en el artículo 3 a la Dirección General de Ganadería y Pesca, por una más genérica a la Dirección General competente en materia de ganadería. Esta recomendación ha de entenderse hecha para cuantas menciones se hacen en el Proyecto a la citada Dirección General.

4ª. En el artículo 3.2,c) se indica que entre los vocales de la Comisión regional de control lechero oficial figurarán representantes de las asociaciones de criadores de animales de raza de aptitud lechera, pero lo hace de forma confusa y sin aclarar de qué modo serán designados. En este sentido se sugiere una redacción similar a la que se contempla en el artículo 4 de la Orden de 8 de junio de 2007, de la Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

5ª. El artículo 11.1 del Real Decreto 368/2005 establece la obligación de las Comunidades Autónomas de constituir un Centro autonómico de control lechero, que actuará como unidad de coordinación y gestión de la ejecución en el ámbito autonómico del control lechero oficial, añadiendo que el Centro contará necesariamente con la participación de las organizaciones y asociaciones definidas en el artículo 2, es decir, con las organizaciones y asociaciones de ganaderos oficialmente reconocidas para la gestión de los libros genealógicos de razas de aptitud lechera en virtud del artículo 3 del Real Decreto 420/1987, de 20 de febrero, sobre selección y reproducción de ganado bovino de razas puras, y del artículo 3 del Real Decreto 286/1991, de 8 de marzo, sobre selección y reproducción de ganado ovino y caprino de razas puras.

El Proyecto, acogiéndose a esta previsión de carácter básico, crea, en su artículo 6, el citado Centro como un órgano colegiado adscrito a la Dirección General de Ganadería y Pesca de la Consejería de Agricultura y Agua de la Región de Murcia, constituido, según se indica en el apartado 2 del citado precepto, por: a) los representantes de las asociaciones de criadores de animales de raza de aptitud lechera oficialmente reconocidas para la gestión de los libros genealógicos en la Región de Murcia (uno por cada raza); b) un representante de las Unidades de control lechero del Núcleo de Control Lechero Oficial de la Región de Murcia; y c) un representante del Laboratorio autonómico de control lechero.

La norma básica impone la creación del repetido Centro, pero, en ningún caso, condiciona su naturaleza, respetando, así, la potestad autoorganizativa que corresponde a las Comunidades Autónomas. En uso de esa potestad el Departamento impulsor de la norma opta por configurar el Centro autonómico de control lechero como un órgano colegiado, decisión a la que no cabe formular objeción alguna, pero al hacerlo ha de ajustarse al régimen jurídico que a tal fin se recoge en los artículos 23 y siguientes de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en lo sucesivo, Ley 7/2004), y 22 y siguientes de



la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Pues bien, analizado, bajo esta perspectiva, el contenido del artículo 6 del Proyecto, se suscitan las siguientes cuestiones:

a) La colegialidad es una característica que se predica de los órganos administrativos, de forma que la principal diferencia entre los órganos unipersonales y los colegiados se concreta en el carácter individual o colectivo de su titular, de modo que el órgano colegiado, por el mero hecho de serlo, no pierde su naturaleza de órgano administrativo, circunstancia que cohonesta malamente con la composición que se fija en la norma que se pretende aprobar, ya que de sus miembros sólo pertenecería a la Administración autonómica un vocal, el que actúa en representación del Laboratorio autonómico de control lechero, y ello gracias a que el artículo 7 del Proyecto constituye como tal a la Unidad de Lactología del Laboratorio Agroalimentario de Sanidad Animal (unidad administrativa con rango de servicio).

b) A tenor de lo establecido en el artículo 23.2 de la Ley 7/2004, la constitución de un órgano colegiado en la Administración General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y en sus organismos públicos requiere la determinación, en su norma de creación, de los siguientes extremos: a) sus fines u objetivos; b) su integración administrativa o dependencia jerárquica; c) la composición y los criterios para la designación de su presidente y de los restantes miembros; d) las funciones de decisión, propuesta, informe, seguimiento o control, así como cualquier otra que se le atribuya; e) la dotación de los créditos necesarios, en su caso, para su funcionamiento.

En el único precepto del Proyecto destinado a constituir y regular el Centro autonómico de control lechero se omite alguno de estos requisitos, tales como los criterios para la designación de su presidente y del resto de miembros del órgano.

También se observa que la norma de creación renuncia a establecer el régimen de funcionamiento del órgano que se constituye, lo que supone que se opta por la autorregulación, capacidad que la LPAC reconoce a los órganos colegiados en que participen organizaciones representativas de intereses sociales.

6ª. Los centros autonómicos de control lechero desempeñan —según se indica en la exposición de motivos del Real Decreto 368/2005— un papel fundamental en el aspecto organizativo del control lechero al aglutinar las funciones de los núcleos de control lechero, de ahí que la norma básica establezca la posibilidad de que las Comunidades Autónomas otorguen su gestión a organizaciones o asociaciones de carácter privado, pero sin renunciar a una eventual gestión directa. El artículo 6.3 de la norma autonómica que se pretende aprobar impide, indebidamente, esta última opción al establecer con carácter imperativo el encargo de la gestión de la ejecución del control lechero a las organizaciones o asociaciones definidas en el artículo 2 del citado Real Decreto 368/2005.

7ª. En el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos se indicaba la conveniencia de incluir “...una disposición transitoria donde se contemple la situación en que quedan a la entrada en vigor de este Decreto, la Comisión regional de control lechero oficial y el Centro Autonómico de Control Lechero de la Región de Murcia, constituidos por la Orden de la Consejería de Agricultura y Agua de 18 de octubre, cuya derogación se contempla en la Disposición Derogatoria Única de este proyecto”. El centro directivo impulsor de la norma, afirmando dar cumplimiento a la indicación de la Dirección de los Servicios Jurídicos, incluye una Disposición transitoria del siguiente tenor: “El Centro

*Autonómico y la Comisión Regional de Control Lechero de la Región de Murcia, creados al amparo de la Orden de 18 de octubre de 2006, de la Consejería de Agricultura y Agua, por la que se regula el funcionamiento del Control Lechero Oficial de la Región de Murcia, se regirán, en cuanto a su composición y funcionamiento, por las normas incluidas en el presente Decreto*". Pues bien, los órganos que se crean a través del Proyecto que se pretende aprobar vienen a sustituir a los existentes actualmente (creados por la citada Orden de 18 de octubre de 2006), que si bien se denominan exactamente igual, no coinciden totalmente en lo que se refiere a su naturaleza jurídica, composición y funciones. El objetivo de la disposición transitoria sería aquí el de facilitar el tránsito al régimen jurídico previsto por la nueva regulación y en el supuesto que nos ocupa, a juicio de este Órgano Consultivo, dicho objetivo se conseguiría más acertadamente si se estableciese que en tanto no se lleve a cabo la constitución de los nuevos órganos que se prevén, los ya creados seguirán desplegando sus funciones.

8ª. Con base en las previsiones contenidas en la Orden de 18 de octubre de 2006, se dictó Resolución de la Dirección General de Ganadería y Pesca, de 27 de octubre de 2006, mediante la que se designó como responsable de la gestión del Centro autonómico de control lechero de la Región de Murcia a NUCOLEMUR (Núcleo de Control Lechero Oficial de la Región de Murcia de la Raza Caprina Murciana-Granadina), organización profesional empresarial, tal como consta en sus Estatutos que aparecen incorporados al expediente.

La entrada en vigor de la norma que se proyecta debe suponer la derogación de dicha Resolución y así se ha de recoger en la Disposición derogatoria del Proyecto (art. 53.5 Ley 6/2004), aunque, con el fin de garantizar la continuidad de las funciones que viene realizando la citada Organización hasta que se lleve a cabo una nueva encomienda en los términos que se señalan en el artículo 6.3 del Proyecto, debe incorporarse una Disposición transitoria en dicho sentido.

9ª. La Disposición final primera, mediante la que se faculta al Consejero de Agricultura y Agua para la aplicación del Decreto, resulta innecesaria, pues dicha facultad ya le viene atribuida por otras normas del ordenamiento regional, en cuanto titular de la Consejería que ostenta las competencias en la materia sobre la que recae la regulación que se lleva a cabo en el Proyecto.

10ª. No se advierten en el expediente especiales razones de urgencia que aconsejen la inmediata entrada en vigor del futuro Decreto, excepcionando la regla general sobre *vacatio* de las normas.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia para dictar el Decreto cuyo Proyecto ha sido sometido a consulta, correspondiendo su aprobación al Consejo de Gobierno.

**SEGUNDA.**- Tienen carácter esencial las siguientes observaciones:

— Las que se formulan en relación con la necesidad de que la regulación que el Proyecto lleva a cabo sobre el Centro autonómico de control lechero se ajuste a las previsiones contenidas en la Ley 7/2004 y en la LPAC (observación 5ª de la Consideración Cuarta).

— La que se señala en relación con la necesidad de eliminar el carácter preceptivo con el que se contempla el encargo de la gestión de la ejecución del control lechero a las organizaciones o asociaciones definidas en el artículo 2 del Real Decreto 368/2005 (observación 6ª de la Consideración Cuarta).

— La que se contiene en la Consideración Cuarta, 8ª, sobre la necesidad de incluir la Resolución de la Dirección General de Ganadería y Pesca de 10 de noviembre de 2006, entre las disposiciones que deroga el Proyecto.

**TERCERA.-** El resto de observaciones, de incorporarse, contribuirían a la mejor inserción del futuro Decreto en el ordenamiento y a su mejora técnica.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 159/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 06/10/08**

**Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina zque la expresada en el Dictamen 18/2008.*

**DICTAMEN 160/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 06/10/08**

**Extracto de Doctrina**

*Indicamos en nuestro Dictamen núm. 153/2004: “lo que distingue la actividad administrativa en el sentido de los servicios públicos a los que se refiere la ley cuando disciplina la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no es que sus elementos instrumentales sean diferentes o estén modificados en función de una actividad prestacional o de otra índole de la Administración, sino el fin a que en su conjunto la actividad administrativa se dirige (satisfacción de los intereses generales), el carácter con que lo hace (de modo continuo o regular), los límites a que está sujeta (los fijados por la atribución*

*de potestades por el ordenamiento jurídico) y las prerrogativas inherentes a la específica regulación del ejercicio de las potestades en el marco del derecho público. Los elementos personales o reales que se integran en la actividad administrativa no deben ser diferentes de los necesarios para el desarrollo de cualquier actividad humana útil o productiva, pues su característica radica en la afección teleológica o instrumental al servicio.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 13 de febrero de 2007, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud por una caída ocurrida el 20 de junio anterior en el aparcamiento del Hospital General Universitario Morales Meseguer, cuando acompañaba a su hijo a la consulta de un traumatólogo.

Relata lo ocurrido del siguiente modo: *“estacioné mi vehículo en el interior del parking del citado hospital, en una plaza ubicada junto a la rampa de salida del mismo, concretamente la que se encuentra en la parte trasera que da al Servicio de Urgencias. Finalizada la consulta, cuando descendía por las escaleras, que se encontraban poco iluminadas, estrechas e inclinadas, que están situadas junto al cajero automático para coger mi vehículo, se desgranó el trozo del escalón que acababa de pisar provocando mi caída hacia delante de rodillas”.*

En prueba de los hechos relatados, la reclamante aporta justificación de que su hijo x. acudió a consultas externas del citado hospital el día del accidente.

Manifiesta que la caída le produjo lesiones importantes de diversa consideración, siendo trasladada al Servicio de Urgencias del Hospital Morales Meseguer, en el que se le apreciaron: traumatismo en ambos pies y contusión en rodilla con hematoma, artritis postraumática de interfalángica proximal al pie derecho y esguince de tobillo izquierdo G-I. Para acreditar dicho extremo aporta copia del parte médico de admisión en el citado Servicio.

Imputa al funcionamiento del servicio público sanitario el mal estado de conservación de las escaleras de acceso al aparcamiento, al no disponer de material antideslizante en condiciones.

Tras la cita de varios fallos judiciales que versan sobre el instituto de la responsabilidad patrimonial, señala que concurren en el presente supuesto los requisitos exigidos, por cuanto:

a) Ha de tenerse por acreditada la existencia de la lesión o daño a través de los partes médicos aportados.

b) Es imputable el daño a la Administración regional, al haber quedado constatada la peligrosidad del lugar en cuestión, al encontrarse éste en obras y haber colocado unos tablonces sin sujeción alguna para salvar el desnivel existente entre la acera y la calzada.

c) No existe indicio de que la caída en dicho lugar se produjera como consecuencia de una falta de diligencia en la conducta de la interesada.

Finalmente, solicita una compensación por los daños sufridos, si bien no los cuantifica, proponiendo como medios de prueba la documental aportada y la testifical de quienes le acompañaban el día de la caída, designando el despacho de un letrado a efectos de notificaciones.

**SEGUNDO.-** Por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud se dictó resolución de admisión a trámite el 23 de marzo de 2007, la cual fue notificada a la parte reclamante y a la aseguradora del ente público, a través de la correduría de seguros.

Seguidamente se solicitó al Hospital Morales Meseguer copia de la historia clínica e informes de los profesionales que asistieron a la afectada, siendo cumplimentada por la Directora Gerente el 25 de mayo siguiente, obrando el parte médico del Servicio de Urgencias correspondiente al 20 de junio de 2006, en el que se consigna como tipo de patología “accidente casual” (folio 23).

**TERCERO.-** Consta un informe del Servicio de Mantenimiento del Centro hospitalario (folios 28 y 29), acompañado de los partes de los vigilantes del aparcamiento el día de la caída, que pormenoriza, entre otros, los siguientes aspectos en relación con los hechos relatados por la reclamante:

1. En cuanto al incidente de la caída, señala que no se tiene conocimiento en dicho Servicio de ningún accidente o susto reseñable, que pudiera haber ocurrido el 20 de junio en el aparcamiento público del Hospital Morales Meseguer.

2. En cuanto a la descripción del lugar donde se produjo la caída, detalla que la rampa de salida está situada junto a la entrada, sin que ninguna tenga salida al Servicio de Urgencias, sino a la zona de servicios o Rehabilitación, ubicada en la parte delantera y no trasera; además, puntualiza, frente a lo argumentado por la reclamante, que en la parte trasera del aparcamiento nunca ha existido un cajero automático, sin que, por tanto, se haya aclarado por la reclamante a qué escaleras se refiere.

3. En cuanto a las características estructurales de los escalones de acceso al aparcamiento, manifiesta que no son estrechas, según describe la interesada, sino relativamente anchas y están partidas por descansos amplios que las hacen asequibles a toda persona, sin que hasta ahora se haya cuestionado la iluminación existente.

4. Con respecto a su estado describe que se han revisado todos los escalones de bajada al aparcamiento, sin que se haya encontrado ninguno desgranado, sólo alguno con un desportillado mínimo, por el uso y antigüedad de la construcción, pero en ningún caso susceptible de provocar una caída. El borde de los escalones dispone de cinta antideslizante, desde sus comienzos.

5. Por último, respecto a las referencias de la reclamante sobre obras en el lugar, aclara que finalizaron el 16 de junio de 2006 (antes de ocurrir la caída) y consistieron en la realización de un acceso al aparcamiento de cuatro escalones, sin que se utilizaran tabloneros, por ser innecesaria para la obra y menos para salvar el desnivel entre la acera y la calzada, ya que se pretendía que los usuarios no pasaran a la zona de obra.

Concluye el informe que, sin cuestionar la caída de la reclamante, no ha sido posible inferir la responsabilidad del centro hospitalario ni por el mal estado de las instalaciones (no queda acreditado), ni por el lugar exacto de la presunta caída (no queda constatado dicho lugar).

**CUARTO.-** Requerida la reclamante para que designe a los testigos de los que pretende valerse, propone la declaración de su hijo, con quien acudía al médico momentos antes de producirse los hechos y, tras otorgar su defensa al letrado x., se practica la prueba el 8 de noviembre de 2007, conforme al acta que obra en los folios 47 a 49, aportando en ese mismo acto el testigo las fotografías que se reproducen en el folio 50.

De las respuestas del testigo, por su relación con la acreditación de los hechos, se destacan las siguientes:

“3) *Terminada la consulta cuando se dirigían a recoger el coche en el parking ¿vio usted como x. cayó de rodillas hacia delante?*

*Respuesta: Sí.*

(...)

11) *¿Puede decirme si las siguientes fotografías corresponden con el escalón de la escalera donde se produjo la caída?*

*Respuesta: Sí.*

(...)

13) *¿Puede indicar exactamente en qué lugar del parking aparcó, junto a la zona de Urgencias o Rehabilitación? ¿Había un cajero automático cerca?*

*Respuesta: Sí, estaba frente al Servicio de Rehabilitación, bajando la escalera a mano derecha. No, al subir las escaleras estaba la cabina de gestión de pago del parking.*

(...)

15) *¿Desde donde se produjo la caída se visionaba algún conserje o personal de vigilancia en el parking?*

*Respuesta: No”.*

**QUINTO.-** El 22 de noviembre de 2007, el letrado actuante presenta alegaciones al informe emitido por el Jefe de Servicio de Mantenimiento del Hospital, mostrando su disconformidad con las consideraciones que se hacen sobre el estado de las escaleras de bajada al aparcamiento y el lugar en que se produjo la caída.

**SEXTO.-** Trasladado al Servicio de Mantenimiento la práctica de la testifical y el escrito de alegaciones, que solicita que se vuelvan a revisar las escaleras de acceso al aparcamiento del Hospital, dicho Servicio emite informe complementario al anterior (folios 71 al 77), en el que se contradicen las siguientes afirmaciones de la parte reclamante:

1) Respecto a que las escaleras estaban poco iluminadas, inclinadas y deterioradas:

*“Desde el Servicio de Mantenimiento, hemos realizado una serie de medidas para el cálculo de la luminosidad y de la inclinación de estas escaleras, obteniendo las siguientes datos objetivos, que contradicen lo expresado por la parte actora:*

— *Luminosidad: zona 1 (65%), zona 2 (40%).*

— *Pendiente: ángulo 28, pendiente 53%”.*

2) Respecto a la ausencia de material antideslizante y escalón desportillado:

*“Desde el Servicio de Mantenimiento adjuntamos varias fotografías del estado de las escaleras, donde puede comprobarse el estado real de las mismas. Además añadir que las escaleras cuentan con una barandillas de apoyo a ambos lados, unos escalones de 144 cm. de anchura, 31 cm. de huella y 16 cm. de contrahuella; así como una luminosidad en la zona 2 (ver figura 1.0), zona de la caída, de 40 lux. Características estas que hacen muy*

*improbable alguna caída de cualquier viandante que utilice estas escaleras para acceder al aparcamiento”.*

3) Sobre la presencia del conserje o personal de vigilancia del aparcamiento:

*“Desde el Servicio de Mantenimiento, concretamos que, justo al subir dichas escaleras, se encuentra la caseta del personal encargado del aparcamiento. Por lo tanto, desde donde se produjo la caída, puede verse claramente esa caseta del personal de vigilancia. En ningún momento la parte actora, ante lo sucedido, ni lo comunicó ni pidió auxilio a dicha personal; se adjunta documentación gráfica sobre la proximidad de la cabina a las escaleras”.*

Concluye el Servicio de Mantenimiento que resulta improbable que la caída a la que se hace referencia sea consecuencia directa de las características y condiciones de las escaleras que dan acceso al aparcamiento.

**SÉPTIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia a la parte reclamante, sin que le conste al órgano instructor la presentación de alegaciones, se formula la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, porque no existen pruebas suficientes de las que pudiera desprenderse que la caída de la interesada se produjo en las instalaciones del Hospital Morales Meseguer, ni sea posible deducir una posible relación de causalidad entre los daños descritos y el funcionamiento del servicio público.

**OCTAVO.-** Remitido el expediente para la emisión de Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico el 5 de marzo de 2008 (registro de entrada), se completó posteriormente mediante oficio registrado el 7 siguiente, con el escrito de alegaciones presentado por el letrado actuante en el Registro de la CARM del Ayuntamiento de Murcia el 25 de febrero de 2008, en el que se ratifica en la existencia de relación de causalidad con el daño alegado, por la falta de diligencia del Servicio Murciano de Salud a la hora de conservar sus instalaciones.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración Regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, de conformidad con lo previsto en el artículo 12.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en lo sucesivo RRP).

**SEGUNDA.-** Legitimación y plazo de reclamación.

1) La reclamante ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo previsto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre,

sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, imputándose el daño a los elementos materiales en donde se presta dicho servicio público, concretamente, al aparcamiento público del Hospital Morales Meseguer, al que acudía la reclamante acompañando a su hijo, según refiere, por lo que conviene recordar que cuando el elemento real en el que se produce el daño está dedicado o afecto a un servicio público, no cabe considerar dicho elemento ajeno al servicio. Así, indicamos en nuestro Dictamen núm. 153/2004: *“lo que distingue la actividad administrativa en el sentido de los servicios públicos a los que se refiere la ley cuando disciplina la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no es que sus elementos instrumentales sean diferentes o estén modificados en función de una actividad prestacional o de otra índole de la Administración, sino el fin a que en su conjunto la actividad administrativa se dirige (satisfacción de los intereses generales), el carácter con que lo hace (de modo continuo o regular), los límites a que está sujeta (los fijados por la atribución de potestades por el ordenamiento jurídico) y las prerrogativas inherentes a la específica regulación del ejercicio de las potestades en el marco del derecho público. Los elementos personales o reales que se integran en la actividad administrativa no deben ser diferentes de los necesarios para el desarrollo de cualquier actividad humana útil o productiva, pues su característica radica en la afición teleológica o instrumental al servicio.*

2) La reclamación ha sido presentada dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC establece para la prescripción del derecho a reclamar, puesto que el percance se produjo el 20 de junio de 2006 y la acción se ha ejercitado el 13 de febrero de 2007.

### **TERCERA.-Sobre el procedimiento de responsabilidad patrimonial.**

El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y RRP, si bien se advierten ciertas irregularidades que, sin producir indefensión y sin tener entidad suficiente como para anular las actuaciones, deben ser objeto de consideración por la Consejería proponente:

1ª) Se considera acertado y ajustado a nuestra doctrina que se admita y practique la testifical propuesta por la reclamante, pese a la relación de parentesco del designado, remitiéndonos en tal sentido a las consideraciones realizadas, entre otros, en nuestro Dictamen 154/2006, sobre las pruebas propuestas por los interesados. No obstante, una vez practicada la prueba, corresponde al órgano instructor valorar los resultados de la misma y las tachas que se formulen (artículos 316 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC), puesto que en el procedimiento administrativo rige el principio de la libre valoración de la prueba por parte del órgano decisorio con sujeción a las reglas de la sana crítica.

No obstante, se advierte a la Consejería consultante que en lo sucesivo, cuando practique la prueba testifical, refleje en el acta correspondiente que se realizaron al testigo las preguntas generales del artículo 367.1 LEC, aunque ha de reconocerse que en el presente caso dicha omisión tiene una trascendencia menor, pues se ha manifestado desde el inicio la relación de parentesco entre el testigo y la reclamante.

2ª) No consta en el expediente la fecha de notificación del trámite de audiencia a la reclamante para poder deducir si el escrito de alegaciones de la interesada se ha presentado o no extemporáneamente. En todo caso, debería tener su oportuno reflejo en la propuesta de



resolución, bien para declarar decaído en su derecho al trámite correspondiente, bien para entrar a valorarlas con el consiguiente reflejo en la propuesta de resolución, aunque en el presente supuesto se limite a reiterar las consideraciones ya realizadas.

3ª) Por último, el Consejo Jurídico considera irrelevante el alegato de la parte reclamante, que cuestiona la práctica de la prueba testifical porque no se le ha dado traslado previamente del informe del Servicio de Mantenimiento del Hospital, puesto que el RRP establece un trámite específico para ello, que es el de la audiencia al interesado, en el que se le pone de manifiesto todos los actos de instrucción con carácter previo a la propuesta de resolución (artículo 11 RRP). No obstante, la parte reclamante, cuando tuvo conocimiento del citado informe, presentó las correspondientes alegaciones, sin que quepa, por tanto, sostener indefensión.

#### CUARTA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.

El artículo 139.1 LPAC establece que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Así pues, el núcleo de la cuestión que suscita el presente expediente para la determinación de la responsabilidad patrimonial es la existencia o no de nexo causal entre el funcionamiento de la Administración regional (deficiencias en las escaleras de acceso al aparcamiento público del Hospital Morales Meseguer) y el daño alegado, es decir, las lesiones producidas a la reclamante con motivo de la caída.

Presupuesto de ello es determinar si se han acreditado los hechos en los que se fundamenta la reclamación. No cabe duda que la interesada ha probado que el 20 de junio de 2006, a la 21,36 horas, acudió a los Servicios de Urgencia del Hospital Morales Meseguer por “un accidente casual”, según recoge el informe de alta del citado Hospital (folio 23) y que fue diagnosticada de artritis postraumática de interfalángica proximal al pie derecho y esguince de tobillo izquierdo G-I, siendo dada de alta a las 23,15 horas del mismo día y remitida a su domicilio. También ha acreditado que su hijo acudió a la consulta del traumatólogo aquel día (se desconoce la hora de la consulta).

Aparte de los referidos extremos, no existe ningún otro elemento probatorio aportado por la reclamante, a excepción de la testifical de su hijo, cuya declaración se considera de escaso valor probatorio por la instructora por la estrecha relación de parentesco que les une, que sitúe su caída en el aparcamiento del Hospital Morales Meseguer, concretamente, en la escaleras de acceso al mismo. En este sentido no ha contribuido, en modo alguno, a esclarecer los hechos la actuación de los propios interesados, que próximos a la cabina del personal encargado del aparcamiento, según detallan las fotografías y el Servicio de Mantenimiento, no avisaron al mismo, aun cuando fuera en demanda de ayuda, más aún cuando se sostiene en el escrito de reclamación que la reclamante sufrió lesiones importantes de diversa consideración y que tuvo que ser trasladada al Servicio de Urgencias. Ello habría permitido que se hubiera reseñado el incidente en el parte correspondiente de aquel día; por el contrario, en los obrantes en el expediente no consta la caída de la reclamante.

Incluso partiendo de la única prueba existente que sitúa a la reclamante en el aparcamiento, es decir, la declaración testifical de su hijo, se advierten en el expediente ciertos datos y contradicciones que no contribuyen a su probanza; así, en el parte de alta del Ser-

vicio de Urgencias correspondiente al 20 de junio de 2006, que ha de ser destacado por su inmediatez a los hechos, se consigna expresamente “accidente casual”, información que necesariamente tuvo que ser suministrada por la interesada o sus acompañantes. De otra parte, la reclamante incurre en la siguiente contradicción sobre los hechos: en el escrito de reclamación se alude a unas obras y que existían colocados unos tablonces sin sujeción para salvar el nivel existente entre la acera y la calzada (folio 10), cuya descripción nos sitúa claramente en un lugar diferente al postulado, teniendo en cuenta, según detalla el Servicio de Mantenimiento, que las obras concluyeron antes de que se produjera la caída y sin que existieran los citados tablonces por el tipo de obra realizada.

Además, en lo que atañe a la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, si bien las fotografías aportadas demuestran la existencia de un escalón desportillado, sin embargo, dicha circunstancia no presupone que la caída de la reclamante se produjera por dicho defecto, más aún si se tienen en cuenta las características constructivas de la escalera citada (Antecedente Sexto), sin que refiera el Servicio de Mantenimiento otros precedentes de caídas en el lugar indicado pese a lo concurrido del mismo:

*“Además añadir que las escaleras cuentan con una barandillas de apoyo a ambos lados, unos escalones de 144 cm. de anchura, 31 cm. de huella y 16 cm. de contrahuella; así como una luminosidad en la zona 2 (ver figura 1.0), zona de la caída, de 40 lux. Características éstas que hacen muy improbable alguna caída de cualquier viandante que utilice estas escaleras para acceder al aparcamiento”.*

En consecuencia, aun cuando la reclamante ha acreditado la realidad de un daño, sin embargo no ha probado en el presente procedimiento el lugar en el que se produjo, ni la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, pese a que le compete como consecuencia de los principios generales imperantes en materia probatoria.

Por último, de acuerdo con los artículos 139.2 LPAC y 6 RRP que exigen la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, la reclamante no solicita cuantía alguna, ni justifica el periodo de baja laboral con los partes correspondientes para que el Consejo Jurídico pueda pronunciarse sobre la cuantía indemnizatoria reclamada. Esta falta de petición, aun cuando hipotéticamente se hubiera detectado un funcionamiento anómalo del servicio público, implicaría *per se* la desestimación de la reclamación.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución, al no haberse acreditado la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

**SEGUNDA.-** Tampoco se concreta la cuantía indemnizatoria reclamada.

No obstante, V.E. resolverá

**DICTAMEN 161/08.- Proyecto de Decreto sobre publicación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales**

**Consultante: Consejero de Empleo y Formación (2007)**

**Fecha: 06/10/08**

**Extracto de Doctrina**

*(...) la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de legislación laboral, de la que forma parte su específico Derecho sancionador, es meramente ejecutiva, por lo que en ningún caso puede amparar el desarrollo normativo de su régimen jurídico sustantivo, que queda reservado al Estado. En consecuencia, el Proyecto no puede establecer cuándo una sanción en materia de prevención de riesgos laborales alcanza firmeza, en la medida en que tal determinación es de carácter material, incidiendo en uno de los aspectos esenciales de tales sanciones, no sólo por los efectos que sobre la impugnabilidad de la resolución sancionadora derivan de su firmeza, sino también porque tiene una clara relevancia para los particulares, en la medida en que a ella se liga el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la sanción (artículo 7.3 del Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo).*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 28 de noviembre de 2007, el Director General de Trabajo remite a la Secretaría General de la Consejería de Empleo y Formación un primer borrador de Proyecto de Decreto sobre publicación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales.

El borrador se acompaña de la siguiente documentación:

— Propuesta del Director General de Trabajo al Consejero de Empleo y Formación para que continúe la tramitación del Proyecto.

— Sendas memorias económicas, según las cuales la aplicación del futuro Decreto no tendrá repercusión sobre el Presupuesto de la Consejería proponente, pues no va a suponer la creación de nuevos servicios, ni se van a desarrollar nuevas tareas, por lo que no conllevará gastos superiores a los inicialmente previstos en el Presupuesto ni una minoración de los ingresos.

— Informe sobre necesidad, oportunidad, motivación técnica y jurídica del Proyecto, expresivo del marco competencial y de la habilitación normativa contenida en la norma básica estatal.

— Informe que niega la existencia de impacto por razón de género de las medidas previstas en el Proyecto.

— Certificado expedido por el Secretario del Consejo Asesor Regional de Relaciones Laborales, acreditativo del informe favorable al Proyecto, acordado por el referido órgano en sesión de 19 de noviembre de 2007.

— Informe jurídico de la Vicesecretaría de la Consejería proponente que, tras analizar los títulos competenciales ejercitados en el dictado de la norma, su rango reglamentario y el procedimiento a seguir hasta su aprobación, considera el contenido del futuro Decreto, “en términos generales, ajustado a Derecho”.

**SEGUNDO.-** Solicitado el Dictamen del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, es aprobado por el Pleno en sesión celebrada el 14 de febrero de 2008. El Órgano Consultivo valora positivamente el Proyecto, al considerar que constituye una adecuada regulación autonómica de la obligación de publicación de las sanciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales establecida en la legislación laboral estatal. Estima, además, que permitirá materializar en la Región una medida de indudable trascendencia en el sistema de prevención de riesgos laborales y que constituye un elemento de fuerte impacto disuasorio de conductas intolerables, relativas al grave problema de la siniestralidad laboral.

No obstante, el Órgano Consultivo efectúa una observación concreta al contenido de un artículo, el 5.5, sugiriendo su adecuación al correlativo precepto estatal, que será asumida e incorporada al texto del Proyecto, según el informe valorativo del indicado Dictamen, que realiza el centro directivo proponente y que consta a los folios 36 y siguientes del expediente.

La asunción de dicha sugerencia determina la elaboración de un nuevo borrador del Proyecto, el segundo.

**TERCERO.-** Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite con fecha 26 de marzo de 2008, en sentido favorable al Proyecto, si bien se formulan numerosas observaciones, una de las cuales -la relativa al artículo 3.3- se considera esencial.

Sugiere el órgano informante la supresión del precepto, que prevé la posibilidad de dejar en suspenso la publicación de la sanción, en la medida en que tal previsión no se contempla en la normativa estatal, careciendo la Comunidad Autónoma de competencia material suficiente para establecerla. La considera, además, innecesaria en la medida en que si se suspende la sanción en sede contencioso-administrativa, habrá de procederse también, de oficio, a suspender la publicación, y ello independientemente de que así lo prevea el futuro Decreto.

Otras observaciones se refieren a la denominación del Proyecto, a la forma de designar a los órganos competentes y a la utilización de la técnica “lex repetita”.

**CUARTO.-** Con fecha 22 de abril, el Servicio de Normas Laborales y Sanciones dependiente de la Dirección General promotora del Proyecto, elabora informe valorativo de las observaciones formuladas por la Dirección de los Servicios Jurídicos. En él se acogen todas ellas, si bien, con base en la doctrina del Consejo de Estado formulada respecto al Proyecto del que a la postre sería el Real Decreto cuya ejecución se pretende con el Proyecto ahora sometido a consulta, propone una redacción alternativa del artículo 3.3, en la que se pretende establecer cuándo una sanción es firme a los efectos de su publicación.

Como consecuencia de la asunción e incorporación al Proyecto de las observaciones formuladas por la Dirección de los Servicios Jurídicos, se elabora un nuevo borrador, el tercero, que, de conformidad con el índice de documentos que encabeza el expediente, constituye la copia autorizada del texto definitivo propuesto por el titular de la Consejería.

Una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 16 de mayo de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El Dictamen ha sido solicitado al amparo del artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), que establece su carácter preceptivo respecto de los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes de la Asamblea Regional o que constituyan desarrollo normativo de legislación básica del Estado.

La solicitud de Dictamen y el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos afirman el carácter preceptivo del Dictamen, pero guardan silencio acerca de la justificación de dicha preceptividad. El Servicio Jurídico de la Consejería consultante considera obligado el Dictamen, al entender que el Proyecto de Decreto para el que se solicita constituye “*una disposición de carácter general dictada en desarrollo de la legislación básica del Estado*”, en concreto del artículo 40.2 del Texto Refundido de la Ley de Infracción y Sanciones en el orden social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (TRLISOS), según el cual las sanciones impuestas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, una vez firmes, se harán públicas en la forma que se determine reglamentariamente.

La anunciada regulación reglamentaria se contiene, a nivel estatal, en el Real Decreto 597/2007, de 4 de mayo, sobre publicación de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, cuyo artículo 2.2 dispone que “*una vez que las sanciones adquieran firmeza, el órgano competente que dictó la primera resolución en el procedimiento sancionador; o, en su defecto, aquel que determine la Comunidad Autónoma, ordenará que se haga pública la sanción en el “Boletín oficial del Estado” o de la Comunidad Autónoma de acuerdo con el correspondiente ámbito de competencia*”.

Pues bien, como decíamos en nuestros Dictámenes núm. 168/2007 y 77/2008, “*el sistema constitucional de distribución de competencias en materia de legislación laboral no responde al esquema bases más desarrollo, ámbito propio de la normativa básica, sino a una reserva constitucional a favor del Estado de toda la creación normativa, legal y de desarrollo reglamentario, en la materia, dejando a las Comunidades Autónomas la mera ejecución, sin poder normativo innovador alguno, más allá de las meras normas organizativas, sin efectos ad extra*”. De conformidad con esta concepción de las competencias autonómicas, el Proyecto objeto del presente Dictamen no puede ser considerado como desarrollo no ya de legislación básica estatal, concepto que no cabe predicar de la legislación laboral, sino incluso como reglamento ejecutivo de ésta, pues la Comunidad Autónoma carecería de competencias para dictarlo. Se trata, pues, desde este punto de

vista, de un reglamento organizativo sobre el que no es preceptivo el Dictamen de este Consejo.

A pesar de la no preceptividad de la intervención de este Consejo en el procedimiento de elaboración de la futura norma, ello no es obstáculo para emitir el presente Dictamen, si bien con carácter facultativo.

#### **SEGUNDA.- Competencia material.**

1. El fundamento competencial de la futura norma ha de buscarse en el artículo 12.Uno.10 EAMU, en cuya virtud, corresponde a la Comunidad Autónoma, en los términos que establezcan las leyes y las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado, la función ejecutiva en materia laboral. Precisa asimismo que, de conformidad con el artículo 149.1,7ª de la Constitución Española, corresponde al Estado la competencia sobre legislación laboral y la Alta Inspección, con reserva de todas las competencias en materia de migraciones interiores y exteriores, fondos de ámbito nacional y de empleo, sin perjuicio de lo que establezcan las normas del Estado sobre estas materias.

El precepto constitucional, además, dispone que corresponde al Estado la competencia exclusiva para establecer la legislación laboral, “sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas”.

En materia de relaciones laborales, el término “legislación” ha de ser interpretado, conforme a una temprana y consolidada doctrina constitucional (SSTC 18, 35 y 57/1982; 7/1985; 360/1993), en sentido amplio o material, incluyendo, por tanto, no sólo la ley formal, sino también sus normas reglamentarias de desarrollo. Así pues, al Estado le corresponde la competencia exclusiva para dictar ambos tipos de normas, tanto leyes como reglamentos ejecutivos, asegurando así la “uniformidad en la ordenación jurídica de la materia” (STC 86/1991).

Quedan fuera del concepto de legislación laboral y, en consecuencia, de la reserva competencial al Estado, los reglamentos no ejecutivos, es decir, aquellos que, “*sin afectar a los derechos de los ciudadanos*”, quedan referidos a “*la mera estructuración interna de la organización administrativa*” (STC 57/1982). Conforme a esta doctrina, por tanto, la Comunidad Autónoma goza de competencia para dictar reglamentos *ad intra*, que afecten a la organización de los servicios correspondientes en materia de su competencia, para garantizar su regular ejecución y desenvolvimiento, si bien con el límite de no alterar su régimen jurídico material, cuyo establecimiento queda reservado al Estado.

Sobre el reparto competencial existente entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con el concreto precepto legal cuyo “desarrollo” se pretende, el Consejo de Estado, en sendos Dictámenes 1318/2006 y 620/2007, estableció que “*el desarrollo reglamentario a que apela el artículo 40.2 TRLISOS es legislación laboral y, por tanto, competencia del Estado, aunque también se afirmaba la aplicabilidad, en relación con el mandato legal de hacer públicas las sanciones impuestas por infracciones muy graves, de otras normas, dictadas por la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias y, en particular, reglamentos de carácter organizativo. Así, se decía que para la ejecución de lo dispuesto en el artículo 40.2 TRLISOS puede ser necesaria la aprobación y aplicación de normas reglamentarias tanto de origen estatal como autonómico, pero el sentido específico del párrafo analizado del artículo 40.2 consiste en un llamamiento a un desarrollo reglamentario estatal, de legislación laboral*”.

También el Consell Juridic Consultiu de la Comunitat Valenciana, en Dictamen 207/2008, en relación al artículo 40.2 TRLISOS y al reglamento estatal que lo desarrolla, dirá: *“normas estatales, ambas, emanadas al amparo de lo dispuesto por el artículo 149.1, 7ª de la Constitución Española, anteriormente citado, por lo que la Comunitat Valenciana no tiene competencia alguna para su desarrollo, sino para su ejecución. Según ha reiterado el Tribunal Constitucional, dentro de dicha competencia de ejecución se encuentra la de dictar los reglamentos organizativos de los medios dispuestos por las Comunidades Autónomas para la ejecución de aquella normativa estatal (pueden citarse en este sentido, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional 18 y 39/1982, 7/1985 y 249/1988)”*.

Cabe concluir, en definitiva, que la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de legislación laboral es estrictamente ejecutiva, careciendo de facultades de desarrollo normativo más allá de la aprobación de reglamentos de carácter doméstico u organizativo.

2. Con arreglo a la doctrina expuesta puede afirmarse que el Proyecto de Decreto sometido a consulta se ajusta, en términos generales, al reparto competencial establecido por la Constitución y el Estatuto de Autonomía, en la medida en que la mayor parte de su contenido está constituido por normas de corte organizativo, como la atribución de las funciones a determinados órganos, la creación del registro previsto en la norma estatal y su adscripción orgánica.

No obstante, este juicio favorable general ha de ser inmediatamente matizado en relación con los siguientes preceptos:

a) El artículo 3.3.

Esta norma ha sido objeto de discusión a lo largo de la elaboración del Proyecto, toda vez que en su redacción original preveía la posibilidad de dejar en suspenso la publicación de la sanción. La Dirección de los Servicios Jurídicos propuso la supresión del precepto en la medida en que tal previsión no se contempla en la normativa estatal, careciendo la Comunidad Autónoma de competencia material suficiente para establecerla. La consideraba, además, innecesaria en la medida en que si se suspende la sanción en sede contencioso-administrativa, habrá de procederse también, de oficio, a suspender la publicación, y ello independientemente de que así lo prevea el futuro Decreto.

A results de dicha observación, el Servicio de Normas Laborales y Sanciones dependiente de la Dirección General promotora del Proyecto, si bien afirma que asume dicha observación, propone una redacción alternativa del artículo 3.3 en la que se pretende establecer cuándo una sanción es firme a los efectos de su publicación, con base en la doctrina del Consejo de Estado formulada respecto al Proyecto del que a la postre sería el Real Decreto cuya ejecución se pretende con el Proyecto ahora sometido a consulta.

Como ya se ha dicho, la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de legislación laboral, de la que forma parte su específico Derecho sancionador, es meramente ejecutiva, por lo que en ningún caso puede amparar el desarrollo normativo de su régimen jurídico sustantivo, que queda reservado al Estado. En consecuencia, el Proyecto no puede establecer cuándo una sanción en materia de prevención de riesgos laborales alcanza firmeza, en la medida en que tal determinación es de carácter material, incidiendo en uno de los aspectos esenciales de tales sanciones, no sólo por los efectos que sobre la impugnabilidad de la resolución sancionadora derivan de su firmeza, sino también porque tiene una clara relevancia para los particulares, en la medida en que a ella se liga el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la sanción (artículo 7.3 del Reglamento general sobre

procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo).

En definitiva, la regulación de la firmeza de la sanción, aun a los limitados efectos de fijar el momento en que ha de publicarse aquélla, además de constituir una absoluta novedad en el marco de la normativa autonómica dictada al respecto, donde no existe un precepto similar, supondría un exceso competencial, mediante el establecimiento de previsiones de orden material que el propio legislador estatal decidió no incorporar al texto del RD 597/2007, aun cuando el Consejo de Estado le sugirió la posibilidad de hacerlo. En efecto, en su Dictamen 620/2007, afirma el Alto Órgano Consultivo que *“las dudas que suscita hoy el artículo 40.2 TRLISOS quedarían disipadas al establecer, en el real decreto, el plazo de publicación, que habría de computarse a partir de la firmeza judicial en caso de haber sido impugnada”*. El Estado, sin embargo, al redactar el RD 597/2007 optó por ceñirse a la dicción del artículo 40.2 TRLISOS y no precisar cuándo ha de entenderse firme la sanción a efectos de su publicación, pues su artículo 2.2, segundo párrafo, dispone que la publicación de la sanción se realizará en un plazo no superior a tres meses a contar desde la fecha de adquisición de firmeza del acto.

Procede, en consecuencia, suprimir el artículo 3.3 del Proyecto.

b) Del mismo modo, también constituye regulación sustantiva y no meramente organizativa la determinación del contenido mínimo de la publicación, es decir, los datos objeto de ésta, que establece el artículo 4 del Proyecto. No obstante, esta norma es transcripción del artículo 3.1 RD 597/2007, por lo que puede salvarse el eventual exceso competencial mediante el recurso de hacer expresa mención al origen estatal de la norma incorporada al Proyecto, iniciando la redacción del precepto con la fórmula “de conformidad con el artículo 3.1 del Real Decreto...” o similar.

De igual forma habría de actuarse en relación al artículo 5.3, segundo párrafo, que pretende trasladar al Proyecto la norma contenida en el artículo 4.1 del indicado Real Decreto.

**TERCERA.- Procedimiento de elaboración y contenido.**

I. Puede afirmarse, con carácter general, que la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (en lo sucesivo, Ley 6/2004), si bien ha de advertirse que el expediente carece de la propuesta del titular de la Consejería competente en materia de trabajo al Consejo de Gobierno, para la aprobación del texto como Decreto.

II. El Proyecto objeto de Dictamen se compone de una parte expositiva innominada, cinco artículos y una Disposición final.

**CUARTA.- Observaciones de técnica normativa.**

1. Al citar otras normas (segundo párrafo de la parte expositiva) no es preciso especificar las modificaciones habidas en ellas, bastando con su denominación oficial, pues se sobreentiende que la cita se refiere a la versión vigente de la norma en cuestión, que ya integra las diferentes reformas habidas



2. La cita de preceptos contenidos en un texto refundido han de venir referidas a éste, no al Real Decreto Legislativo que lo aprueba. Así, las repetidas referencias que se contienen en el Proyecto en relación con el Real Decreto Legislativo 5/2000, deben efectuarse del siguiente modo: “artículo ... del Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto”.

**QUINTA.- Observaciones al texto.**

1. A la parte expositiva.

a) En el primer párrafo, debe suprimirse el inciso “en su caso”, ausente en el precepto constitucional a que aquél se refiere y cuyo significado en el texto proyectado no se alcanza a entender.

b) Debería dejarse constancia en la exposición de motivos de la labor consultiva desarrollada durante su tramitación, singularmente por el Consejo Asesor Regional de Relaciones Laborales y el Consejo Económico y Social de la Región de Murcia (Directriz 13, de las de Técnica Normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, aplicables en defecto de norma regional).

c) La referencia al artículo 16 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la “Comunidad Autónoma de Murcia”, debe completarse con la indicación del número y letra que atribuye la competencia ejercida por el Consejero proponente. Del mismo modo, debe adecuarse la cita de la Ley a su denominación oficial: “de organización y régimen jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”.

d) La fórmula utilizada para consignar si el futuro Decreto se ajusta o no a las consideraciones esenciales efectuadas en este Dictamen, debe adecuarse a la legal, establecida en el artículo 2.5 LCJ.

2. Al articulado.

— Artículo 2. Competencia.

En el período comprendido entre la solicitud de este Dictamen y su emisión, el Consejo de Gobierno ha aprobado el Decreto 284/2008, de 19 de septiembre, por el que se regula la competencia para resolver los expedientes sancionadores sobre infracciones en el orden social en el ámbito de la Región de Murcia.

Este Decreto de reciente aprobación ofrecía la posibilidad de integrar en él la regulación proyectada, siguiendo un modelo utilizado por otras Comunidades Autónomas (Decreto 57/2008, de 25 de abril, por el que se atribuyen competencias en materia de infracciones y sanciones en el orden social y en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Comunitat Valenciana), permitiendo así concentrar en un único instrumento normativo disposiciones materialmente conexas, en tanto que referidas a la ejecución de la legislación laboral en materia sancionadora.

En cualquier caso, y aunque la opción normativa elegida no ha sido la indicada, el artículo 2 del Proyecto no debe desconocer la existencia del Decreto 284/2008. Así, atendida la distribución de las competencias sancionadoras que éste efectúa entre diversos órganos administrativos, la redacción del precepto podría simplificarse, atribuyendo la publicación de las sanciones impuestas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales a la Dirección General que tiene asignada la facultad de resolución de expedientes

sancionadores en la materia. Ahora bien, comoquiera que el artículo 3.1, b) del Decreto 284/2008 utiliza como criterio de asignación de competencia el de la cuantía de la sanción —a la Dirección General de Trabajo sólo le corresponde imponer aquellas que no superen los 90.151,82 euros—, mientras que el Proyecto pretende atribuirle la facultad de publicar todas las sanciones impuestas por faltas muy graves, las cuales pueden ser sancionadas con multa desde 40.986 euros en su grado mínimo hasta 819.780 euros en su grado máximo (art. 40.2 TRLISOS), debería precisarse que a dicho centro directivo le corresponderá la publicación de todas las sanciones impuestas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales, con independencia de la cuantía de la sanción y del órgano que haya dictado la resolución sancionadora.

— Artículo 5. Creación del Registro Público.

a) De conformidad con el artículo 4 RD 597/2007, en cada una de las Administraciones competentes habrá de habilitarse un registro de consulta pública al que se incorporarán los datos objeto de publicación. Según esta previsión, el registro no lo sería de “empresas sancionadas”, como lo denomina el artículo 5.1 del Proyecto, aludiendo sólo a una parte de los elementos que deben formar parte de los asientos en el registro, en el que también deben figurar otros datos como infracción cometida, sanción o sanciones impuestas, fecha de extensión del acta de infracción y fecha en que la sanción adquiere firmeza. Por ello, aunque la denominación del registro propuesta no sea novedosa en el ámbito comparado, pues también se llama “*registro de empresas sancionadas*” en Castilla-La Mancha, Aragón y Galicia, lo cierto es que la más respetuosa con el contenido del registro parece la acuñada en la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias: registro de datos objeto de publicación de las sanciones impuestas por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales.

Del mismo modo, de conformidad con el artículo 4.2 RD 597/2007, la cancelación de datos que prevé el apartado 5 debe extenderse no sólo a los de las empresas sancionadas, sino a todos los correspondientes a las resoluciones sancionadoras que hayan sido objeto de publicación. Esta observación ya fue formulada en su día por el Consejo Económico y Social y asumida por los redactores del Proyecto (folio 36 y siguientes del expediente), por lo que se incorporó al segundo borrador. Sin embargo, en el texto definitivo del Proyecto se vuelve a la redacción original del precepto, por lo que se hace necesario reiterar ahora la observación relativa a la conveniencia de ajustarse al artículo 4.2 RD 597/2007.

b) En el apartado 2, puede eliminarse el inciso “de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia”, por superfluo, toda vez que ya el artículo 1 del Proyecto establece el ámbito de aplicación de toda la disposición, lo que hace innecesario recordarlo en el resto del articulado.

3. Revisión gramatical.

Sería conveniente efectuar una revisión general del texto en orden a corregir diversos errores ortográficos que se advierten a lo largo del articulado, singularmente en relación al uso de las tildes y de los signos de puntuación.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia material suficiente para aprobar el Proyecto como Decreto, excepto en relación con el artículo 3.3 que, de conformidad con lo indicado en la Consideración Segunda de este Dictamen, ha de suprimirse. Esta observación reviste carácter esencial.

**SEGUNDA.**- El resto de observaciones, de incorporarse, contribuirían a la mejor inserción del futuro Decreto en el ordenamiento jurídico y a su mejora técnica.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 162/08.- Reconocimiento de obligaciones contraídas en el expediente de contratación de “Diseño y ejecución del suministro e instalación de la exposición permanente del Museo de Arqueología de Murcia” con omisión del trámite de fiscalización previa.**

**Consultante: Consejero de Cultura, Juventud y Deportes (2007)**

**Fecha: 15/10/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Ha expresado este Consejo Jurídico en anteriores ocasiones (Dictámenes 50/1998, 44/2000 y 164/2002, entre otros) que las prestaciones efectivamente realizadas por el contratista, ordenadas y aceptadas por el director del contrato, representante de la Administración, han de serle abonadas al primero aun cuando no se hubieran seguido los trámites formales al efecto, so pena de causar un enriquecimiento injusto a favor de aquélla.*

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.**- Por Orden de 9 de noviembre de 2005 de la Consejería de Educación y Cultura se adjudicó a --, S.L., el contrato de diseño y ejecución del suministro e instalación de la exposición permanente del Museo Arqueológico de Murcia, por un precio, IVA incluido, de 1.296.683,33 euros. Finalizada la prestación, fue recibida de conformidad mediante acta de comprobación de la inversión el 12 de noviembre de 2007.

**SEGUNDO.**- El 20 de noviembre de 2007, el contratista remitió al Director General de Bellas Artes y Bienes Culturales un escrito exponiendo que, a lo largo de la ejecución del contrato, se han visto alteradas algunas partidas del presupuesto inicial, consecuencia de las instrucciones emitidas por el director del contrato, resultando de ello un incremento en mediciones y en el precio que cuantifica en 117.446,81 euros y justifica mediante la correspondiente factura.

**TERCERO.**- La Consejería, a la vista de lo expuesto por el contratista, realizó las siguientes actuaciones:

1) El 17 de marzo de 2008, el director del contrato emitió informe de conformidad con la solicitud, indicando que, a medida que se iba desarrollando el proyecto en sus distintas fases, se introdujeron modificaciones en relación al programa definitivo que afectaron a los espacios expositivos de cada una de las salas (diseño interior, de vitrinas, y de elementos modulares y soportes), lo que provocó la necesidad de un mayor número de elementos de arquitectura industrial, de soportes especiales y de cartelas explicativas; así mismo, en el área de descanso se introdujo un banco más. Cifra la diferencia en 117.446,81 euros, cantidad que propone que se acepte como liquidación del contrato.

2) El 1 de julio de 2008, la Jefa de Servicio Económico y de Contratación de la Consejería de Cultura, Juventud y Deportes emitió informe indicando que los excesos por medición a que se refiere el artículo 160 del Reglamento General de Contratación (Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre) sólo son aplicables al contrato de obras y no al de suministro, según criterio expresado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en informe 7/1997, de 20 de marzo. Por ello, entiende que la cantidad reclamadas por el contratista podría calificarse como una modificación del contrato no autorizada, con la consiguiente omisión de fiscalización, por lo que debiera actuarse de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General (RCIM).

3) La propuesta de pago fue sometida a la Intervención delegada para su fiscalización previa, la cual manifestó, el 9 de julio de 2008, que la factura no podía considerarse de liquidación, sino de modificación del contrato; por ello, el expediente está afectado por infracciones administrativas, ya que hubiera debido tramitarse como tal modificación. No obstante, se puede producir el incumplimiento de una obligación a cargo de la Administración regional, por lo que el expediente debiera someterse a conocimiento del Consejo de Gobierno para que adopte las medidas que considere oportunas, ya que no es conveniente la revisión de lo actuado, dado que habría que indemnizar al contratista por un importe incluso superior a lo solicitado.

4) El 1 de septiembre de 2008, la Jefa de Servicio de Museos y Exposiciones emitió la memoria explicativa de la omisión de fiscalización. En ella, además de reiterar lo expuesto por el director de la contratación en el informe de 17 de marzo de 2008, manifiesta que no hubo tiempo para tramitar una modificación del contrato, dado el estrecho margen de tiempo que hubo para la ejecución del proyecto, teniendo en cuenta las demoras de la obra civil y el calendario fijado desde el Ministerio de Cultura para la inauguración del Museo. En estos aspectos incide también la Secretaria General de la Consejería en informe de 10 de septiembre de 2008.

**CUARTO.-** Con fecha 10 de septiembre de 2008, el Consejero de Cultura, Juventud y Deportes formuló la propuesta de acuerdo que pretende elevar al Consejo de Gobierno para que éste autorice a dicha Consejería a reconocer la obligación por el importe solicitado.

**QUINTO.-** Elaborado el correspondiente extracto de secretaría e índice de documentos, las actuaciones practicadas se remitieron al Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el día 19 de septiembre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

De acuerdo con el artículo 12.12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

### **SEGUNDA.-** Procedencia del reconocimiento de la obligación.

I. Tal como ha señalado en diversas ocasiones este Consejo Jurídico, el asunto sometido a Dictamen es una manifestación típica de un procedimiento de naturaleza incidental, con relación al ordinario de aplicación al presupuesto de las obligaciones contraídas por la Administración regional, procedimiento incidental que se inicia con la comunicación que el Interventor realiza a la autoridad que hubiera iniciado el procedimiento ordinario, de que se ha observado en este último la omisión de un trámite preceptivo, cual es la fiscalización previa del acto de reconocimiento de la obligación. Este procedimiento incidental viene regulado en el artículo 33 RCIM, cuya lectura permite afirmar que, en lo esencial, se ha dado cumplimiento al mismo, si bien la Intervención no concreta los preceptos en los que figuran las infracciones del ordenamiento jurídico que se han producido en el momento en que se adoptó el acto sin fiscalización previa.

II. También ha expresado este Consejo Jurídico en anteriores ocasiones (Dictámenes 50/1998, 44/2000 y 164/2002, entre otros) que las prestaciones efectivamente realizadas por el contratista, ordenadas y aceptadas por el director del contrato, representante de la Administración, han de serle abonadas al primero aun cuando no se hubieran seguido los trámites formales al efecto, so pena de causar un enriquecimiento injusto a favor de aquella. Así, en el presente caso, la recepción de la totalidad de los suministros, incluido el exceso sobre lo contratado, acredita la conformidad administrativa con la prestación.

III. El Interventor aconseja que se autorice al Consejero de Cultura, Educación y Deporte para reconocer la obligación, conclusión sobre la que no se advierte objeción alguna a la vista de lo instruido, aunque como consecuencia de la entrada en vigor del Decreto del Presidente 26/2008, de 25 de septiembre, de Reorganización de la Administración Regional, la competencia corresponde al Consejero de Cultura y Turismo.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

**ÚNICA.-** El Consejo de Gobierno puede autorizar al Consejero de Cultura y Turismo a reconocer las obligaciones a que se contrae la propuesta dictaminada.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 163/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 15/10/08**

**Extracto de Doctrina**

*Nota: concluye en la necesidad de completar instrucción.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 22 de diciembre de 2004, x, y., padres del menor x, presentan, en nombre propio y en representación de su hijo, reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud (SMS), como consecuencia del anormal funcionamiento de los servicios sanitarios en la atención prestada a la x. en el alumbramiento de su hijo.

Dicen los reclamantes que una vez que x. tuvo constancia de su embarazo solicitó cita con la matrona que procedió a abrir la correspondiente cartilla maternal, en la que se hizo constar como fecha de la última regla la del 6 de junio de 2003, y como fecha probable de parto la del 16 de marzo de 2004.

El día 25 de noviembre de 2003 acudió al servicio de urgencias del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA), por spotting y dolor abdominal, quedando ingresada durante 15 días, con diagnóstico de amenaza de parto inmaduro y tratamiento de Prepar y Valium 5.

La última visita a la matrona tuvo lugar el 24 de diciembre de 2003, en la semana 29 de gestación.

El día 7 de enero de 2004 acudió de nuevo al servicio de urgencias del HUVA por presentar leves contracciones. Al día siguiente fue dada de alta concluyendo, por la ecografía que le practicó, que se encontraba en la semana 34-35 de gestación, es decir, que en el transcurso de quince días pasó de la semana 29 de gestación a la 34-35.

Afirma la reclamante que seguramente debido a que se consideró que se encontraba ya en ese avanzado estado de gestación se le retiró el tratamiento con Prepar, al tiempo que se le indicaba que volviese el día 16 a fin de que se le realizase un monitor; prescripción que no pudo cumplir debido a que el 11 de enero reingresa en el HUVA, diagnosticándole esta vez “rotura prematura de membranas”. Se le indujo el parto mediante Oxitocina, naciendo el menor x. a las 20:55 horas mediante vacuoextracción y pesando 1.800 gramos.

Nada más nacer x. ingresó en la UCI neonatal, donde permaneció hasta el día 9 de marzo de 2004. En el informe de alta se hace constar que se trataba de “*recién nacido pretérmino de peso adecuado para edad gestacional (31 semanas), siendo las complicaciones más importantes: sepsis neonatal, encefalopatía hipoxico-isquémica, hemorragia intraventricular grado II y enfermedad de membrana hialina*”.

Según los reclamantes, de los hechos narrados se desprende que durante el embarazo y parto de la x. se cometieron varias deficiencias, tales como:

1ª. No se hicieron cultivos vaginales ni de orina en ninguno de los dos ingresos por amenaza de parto prematuro, cuando se sabe que las infecciones vaginales y de orina pueden ser causa de la rotura prematura de membrana y de parto prematuro.

2ª. En el ingreso correspondiente al día 7 de enero de 2004 se cometió un error en la estimación de la edad gestacional. Basándose únicamente en una ecografía (que además era incompleta), se concluyó que estaba en la semana 35 de gestación, cuando en realidad sólo estaba en la 31, tal como constaba en la cartilla de embarazo, reafirmado por dos ecografías anteriores y por la fecha de la última regla.

3ª. Debido a dicho error se dio el alta sin tratamiento tocolítico ni antibiótico, lo que provocó la rotura prematura de la membrana.

4ª. El parto se realizó con ventosa obstétrica, técnica contraindicada en los supuestos de prematuridad, debido al riesgo de causar hemorragias.

En definitiva, afirman los reclamantes, *“existió una deficiente asistencia médica que provocó el nacimiento prematuro de mi hijo, y como consecuencia de ello las lesiones propias de la prematuridad; además se le aplicó la ventosa indebidamente, por prematuro, causándole una hemorragia cerebral; y para colmo adquirió una sepsis neonatal en UCI”*.

Las secuelas que presenta el paciente, según la reclamación, son: hipoacusia neurosensorial grave y un retraso significativo en su desarrollo con pauta anómala en sus destrezas motrices, tono muscular alterado y exaltación de reflejos primarios.

Al entender los reclamantes que dichas secuelas son consecuencia de una mala praxis médica solicitan, en concepto de responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria, una indemnización por importe de 1.250.000 euros, que desglosan en los siguientes conceptos: 1.000.000 de euros para el menor x., por las secuelas fisiológicas y la pérdida de capacidad de desarrollo de una vida plena, y para sus padres la cantidad de 250.000 euros por daños morales. Añaden que, dado que las necesidades futuras del menor son impredecibles, la cuantía indemnizatoria debe quedar abierta a la posibilidad de que en un futuro se le reconozca una pensión vitalicia o una prestación de asistencia por personal dependiente o contratado por la Administración.

La proposición de prueba se limita a la documental, mediante la solicitud de las historias clínicas de la reclamante y de su hijo x.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación y encargada la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del SMS, se solicita al HUCA la remisión de las historias clínicas de ambos pacientes e informe de los profesionales que les atendieron.

Tras serle reiterada la petición el Director Gerente del citado Hospital remite las historias clínicas y los siguientes informes médicos:

I. Del Servicio de Ginecología y Obstetricia:

1. El del Dr. x, que se expresa en los siguientes términos:

*“Mi único contacto con la paciente a la que se refiere su escrito, fue en la semana 25 de gestación cuando ingresó por amenaza de parto prematuro, sin aportar estudios previos que figuran en la historia.*

*Se instauró tratamiento tocolítico intravenoso, primero con Ritrodrene añadiéndole más tarde Indometazina.*

*Se realiza el día 25-11-2003 estudio ecográfico, informando dicho estudio de una gestación evolutiva normal con parámetros biométricos equivalentes a 25 semanas de gestación, tal como se refleja en el informe de alta.*

*Durante su ingreso fue preciso ajustar tratamiento tocolítico precisando estar ingresada hasta el día 10-12-2003 en que es dada de alta con indicaciones respecto al tratamiento y posteriores controles por su tocólogo de zona.*

*No vuelvo a ver a la paciente en posteriores ingresos”.*

2. El del Dr. x, del siguiente tenor:

*“1. La paciente ingresa en la planta 1ª, 1ª, el 7 de enero de 2004, con gestación, presuntamente de 31 semanas y con diagnóstico de amenaza de parto prematuro, sin aportar controles desde su alta anterior en este Hospital el 10 de diciembre de 2003, como se le había indicado al producirse la misma. Se indica, por el médico que hace el ingreso, tratamiento con Prepar, Valium y Adalat.*

*2. Veo a la gestante por vez primera el 8 de Enero. Ese día se realiza ecografía con informe de D.B.P., 9 y L.F., 6; placenta inserta en cara anterior, tipo II y líquido amniótico ligeramente abundante. El monitor de ese día es normal, sin apreciarse contracciones.*

*3. El día 9 de Enero, a la vista de la ecografía, se explora a la gestante, encontrando un cuello formado, cerrado, no blando y posterior.*

*4. A la vista de la ecografía y la exploración, deducimos que parece que no está de 31 semanas, pero no habiendo signos de parto ni de que se vaya a iniciar el mismo, damos de alta indicando que siga control de su embarazo por el especialista de zona. Aún así, se le indica que el día 16 (una semana después de la fecha de alta), vuelva al Hospital para realizarse un monitor y volver a explorarla.*

*Tengo que añadir que sólo poseemos 2 controles ecográficos (los realizados en el Hospital) para valorar edad gestacional verdadera y el crecimiento adecuado del feto”.*

II. Informe clínico de alta del menor x, emitido por el Dr. x, del Servicio de Neonatología, en el que, tras describir los antecedentes del paciente, señala, del siguiente modo, los problemas que presentó:

*“1. Generales. Pretérmino de peso adecuado. Grupo AB, Rh (+). Discrepancia también en cuanto a valoración madurativa: inicialmente, parece más acorde con 35 semanas, pero en la evolución, es más acorde con 31 (no parece que la edad corregida sea la que correspondería a 35 gestacionales). Distrés que requiere traslado a UCIN donde permanece 26 días, tramitando una sepsis clínica, pasando a Prematuros el 06-02-04, evolucionando hacia un síndrome de afectación neurológica (encefalopatía posthipóxico-hemorrágica), situación actual. Transfundido 3 veces con concentrado de hematíes (12,19 y 28/01-04) Serología TORCH: negativa (lúes y VIH: muestra insuficiente). Al alta: Peso: 3060 (P25 de 35 s. y P50 de 31\$.). L: 50 cm (P50 de 35 s. y P75 de 31s.) PC: 37 cm (>P90 de 35 s. y P97 de 31 5.).*

*2. Respiratorio. Tras el ingreso comienza con dificultad respiratoria, con leve retención carbónica (pH 7.22, PCO<sub>2</sub> 51.9), que aumenta hasta ser trasladado a las 8 horas de vida*



a UCIN, donde se canaliza vena umbilical y se instaura CPAP nasal (6 cm H<sub>2</sub>O). Por el distrés más apneas frecuentes, se inicia ventilación mecánica, más una dosis de surfactante (Survanta) 200 mg/kg (Rx compatible con SMH), profilaxis antibiótica con ampicilina y gentamicina, y nutrición parenteral, evidenciando mejoría con reducción de FiO<sub>2</sub> a 21% en 6 horas, aunque posteriormente precisa más O<sub>2</sub> atribuible a sepsis. Se deja en CPAP intermitente, con buena respuesta, extubándose a los 21 días. Ductus patente durante 24 días (Cardiología Infantil). Virus respiratorios: negativo.

3. *Infeccioso.* A los 3 días de vida presenta deterioro clínico, hipopercusión, hipoventilación (clínica y radiológica), coagulopatía y PCR de 6,3 mg/dl. cambiándose antibioterapia a meropenem (23 días) y amikacina (10 días), con curación clínica. La PL es traumática y los cultivos son negativos. La sepsis clínica se acompañó de colestasis (directa de 10 mg% sobre 19,5 de total) é hiponatremia transitorias. Conjuntivitis tardía por estreptococo viridans (18-02-04) que cura con terapia tópica.

4. *Neurológico.* En la ecografía cerebral al tercer día hay hemorragia intraventricular grado 2. En controles posteriores, dilatación triventricular y lento y gradual aumento del perímetro cefálico, sin hipertensión IC demostrada y fontanela siempre normotensa. A los 23 días se aprecia hipertonía de extensores del cuello e hipotonía. EEG con signos de irritación temporal. Evolucionan hacia un cuadro de afectación cerebral con hipotonía axial, hipertonía de extremidades, temblores y espasmos y crisis fugaces de opistótonos y apneas y de saturaciones irregulares y a veces prolongadas, que requieren ventilación con Ambu. Se descartan (EEG) crisis electroclínicas. TAC: hidrocefalia triventricular con áreas de hipodensidad en sustancia blanca periventricular. Se solicita interconsulta a Neurología Infantil”.

III. Informe de alta de la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatales, en el que, tras describir la evolución del menor, fija el siguiente diagnóstico:

- “1. RN pretermino de peso adecuado.
2. Enfermedad de membrana hialina.
3. Sepsis.
4. Coagulopatía por sepsis.
5. Hemorragia intraventricular gradoII.
6. Colestasis por sepsis y nutrición parenteral.
7. Ductus arterioso persistente.
8. Anemia multifactorial.
9. Hiponatremia.”

**TERCERO.-** Consta en el expediente que los reclamantes interpusieron recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia, procedimiento ordinario 528/2005, contra la desestimación presunta de la reclamación patrimonial.

También aparece auto del citado órgano judicial, por el que se declara caducado el recurso al no haberse formalizado en plazo la demanda. Contra el citado auto podía interponerse recurso de suplica, aunque tal circunstancia no aparece acreditada en el expediente que se llevase a cabo.

**CUARTO.-** En septiembre del 2005 se solicita informe a la Inspección Médica, que se emite el 10 de abril de 2006. En sus consideraciones, la Inspectora efectúa las siguientes observaciones:

*“Sólo ante una clínica sugestiva de infección (fiebre, disuria o polaquiuria, o la existencia de picor o flujo vaginal), o unos antecedentes clínicos que lo justificara, estaría indicado la realización de cultivos de orina o vaginal, y la instauración del tratamiento médico oportuno, (a excepción del screening de portadoras de Streptococcus Agalactiae que se realiza en todas las embarazadas entre la semana 35ª y 37ª de gestación).*

*Desde su ingreso el 7 de enero por Amenaza de Parto Prematuro aumentan la dosificación del Prepar (de 1 comprimido cada 4 horas a 1 cada 2 horas), añaden el Adalat (1 comp/8 h) y mantienen el Valium 5 (1 comp/12 h) en el tratamiento tocolítico. Durante el ingreso (días 7, 8) se administra el tratamiento por enfermería (Folio 279) cada 2 horas conforme estaba indicado, y el día 9 del alta, hasta las 14 horas inclusive. Si bien el informe de alta no incluye el tratamiento prescrito, no existe tampoco ninguna anotación, ni orden donde figure la suspensión del tratamiento.*

*La Rotura Prematura de Membranas (RPM) se produce cuando la presión intrauterina es capaz de vencer la resistencia de las membranas. Ello ocurre si éstas sufren algún proceso que las debilite (congénito o adquirido) o por algo que las agrede en algún punto, ya sea mecánico (amniocentesis o amnioscopia) o agresión físico-química provocada por la infección del polo inferior del huevo. También en caso de que falle el soporte mecánico (cuello dilatado).*

*La RPM que sufrió x., fue espontánea, y sin relación con dinámica uterina, no parece que la suspensión del tratamiento tocolítico interviniera directamente en la rotura, ante la ausencia de dinámica y necesidad de oxitocina en la inducción del parto (Folio 295).*

*El parto se finalizó con ventosa obstétrica, siendo contraindicaciones absolutas para su aplicación: la dilatación incompleta, las distocias pélvico-fetales, las presentaciones podálica y de cara, las deflexiones cefálicas, las ventosas “altas” (por encima del III plano en primíparas), el sufrimiento fetal agudo o el feto muerto.*

*La ventosa actúa sobre el cuero cabelludo y no sobre el cráneo, produciendo un caput succedaneum artificial en el cuero cabelludo del feto. Las complicaciones fetales suelen ser leves (lesiones exocraneanas: equimosis, cefatohematomas, “scalps”...), siendo infrecuentes las graves (fracturas, hemorragias retinianas o intracraneales...) debidas a errores de aplicación y ejecución del método.*

*La hemorragia intraventricular grado II que padeció el RN, no es una complicación de la ventosa obstétrica que se le aplicó durante el parto, sino de la coagulopatía que se desarrolló en el seno de la septicemia a germen desconocido que sufrió durante los primeros días de vida (Folio 405)”.*

A la luz de tales consideraciones, la Inspección Médica alcanza las siguientes conclusiones:

*“1. La asistencia prestada a x. en los diferentes ingresos fue adecuada a la sintomatología que presentaba, ajustándose el tratamiento a los resultados de las exploraciones complementarias realizadas.*

*2. No es posible determinar una relación directa entre la supresión del tratamiento tocolítico y la rotura espontánea y prematura de membranas (sin dinámica uterina) que precipitó el comienzo del parto.*

3. *La actitud terapéutica ante una rotura prematura de membranas, es muy distinta si ocurre antes o después de la 35ª semana de gestación. La exploración física y el resultado de la última exploración ecográfica originó una discrepancia en la edad gestacional, que condicionó la valoración posterior ante la rotura prematura de membranas.*

4. *A pesar de las atenciones prestadas y el tratamiento instaurado al Recién Nacido no se pudo evitar la aparición de una sepsis a germen desconocido, desarrollándose una coagulopatía y una hemorragia intraventricular como complicaciones”.*

Finaliza la inspectora su informe proponiendo la estimación parcial de la reclamación.

**QUINTO.-** Los reclamantes, obtenida copia del informe de la Inspección Médica, presentan escrito en el que afirman que una vez que la Inspección ha fundamentado en su informe la existencia de relación de causalidad entre la prestación del servicio público sanitario y los daños sufridos por el menor, carece de sentido alguno que se proponga la estimación parcial, ya que ésta sólo cabría en el supuesto de culpa concurrente de la víctima, y no dándose esta circunstancia cualquier moderación en la indemnización sería arbitraria.

Acompañan informe de la Unidad de Valoración de la Subdirección de Gestión de Servicios Sociales del entonces denominado ISSORM, por el que se reconocen a x. las siguientes deficiencias con indicación de su diagnóstico y etiología, así como del porcentaje en que las presenta:

- Retraso madurativo: Encefalopatía por sufrimiento fetal en el parto (75%)
- Discapacidad del sistema neuromuscular: Encefalopatía por sufrimiento fetal en el parto (50%).
- Sordera: Pérdida neurosensorial de oído, congénita (30%).

Las anteriores secuelas han dado lugar al reconocimiento de una minusvalía del 94%.

**SEXTO.-** El 31 de marzo de 2008, los reclamantes dirigen un escrito al SMS manifestando su disposición a alcanzar una terminación convencional del procedimiento, siempre que fueran indemnizados con la cantidad de 600.000 euros, desistiendo del recurso contencioso-administrativo que tienen interpuesto, así como a cualquier otra acción judicial que pudiera corresponderles.

**SÉPTIMO.-** El 3 de abril el órgano instructor elabora “informe-propuesta de resolución” en el que manifiesta que de la instrucción se desprende la existencia de responsabilidad patrimonial del SMS y que la cantidad de 600.000 euros se considera adecuada para la justa compensación de los daños producidos. Por ello, propone citar a los reclamantes a una comparecencia en la que muestren su conformidad a la cuantía señalada y renuncien a cualquier acción judicial o administrativa por los mismos hechos que motivaron la reclamación.

El siguiente día 7, se suscribe por el Director Gerente del SMS y por los reclamantes propuesta de acuerdo convencional, en cuya virtud el Ente Público se compromete a abonar en el plazo de tres meses, a contar desde la incorporación al expediente del escrito del Ministerio Fiscal otorgando su conformidad al acuerdo, la cantidad de 600.000 euros en concepto de indemnización total por los hechos que motivan la reclamación. Una vez recibida la cantidad, los reclamantes desistirán, solicitando el archivo de las actuaciones tramitadas con ocasión del recurso contencioso-administrativo presentado, y renunciarán expresamente al ejercicio de cuantas acciones y derechos pudieran corresponderles por los

hechos objeto de la reclamación, comprometiéndose a no realizar ninguna otra reclamación sobre los mismos a la compañía aseguradora del SMS, a éste ni a sus empleados.

**OCTAVO.-** Seguidamente aparece en el expediente (sin que conste medio ni fecha de su incorporación) Auto de 23 de julio de 2008, dictado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, recaído en el procedimiento 528/2005, por el que, evacuada la conformidad del Ministerio Fiscal, se autoriza la transacción en los términos que constan en la propuesta de acuerdo convencional, debiendo destinar los recurrentes el importe de la indemnización a la atención y cuidado de su hijo x.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 4 de agosto de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamación la interponen x, y., padres del menor, actuando en su propio nombre y en representación de su hijo menor. Los padres, en tanto que actúan por sí mismos, ostentan legitimación activa en su condición de interesados para promover el procedimiento (art. 31.1 y 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Y respecto del menor, a tenor de lo establecido en el artículo 162 del Código Civil, son los padres que ostenten la patria potestad los que tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados.

En lo que se refiere a la legitimación pasiva, ésta corresponde a la Administración regional en su condición de titular del servicio sanitario a cuyo funcionamiento se imputa el daño.

II. Habiéndose prestado el día 7 de enero de 2004 la asistencia sanitaria que la reclamante señala como origen de los daños sufridos por el menor, la reclamación presentada el día 22 de diciembre de 2004, ha de entenderse interpuesta en plazo.

III. En lo que respecta al procedimiento se ha de tener en cuenta que el informe-propuesta de resolución sometida a Dictamen propone la terminación convencional del procedimiento, por lo que, ante todo, conviene indagar el régimen jurídico aplicable a dicha terminación convencional. A tal fin, con carácter general, debe acudir al artículo 88 LPAC,

cuyo apartado 1 es del siguiente tenor literal: *“Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo vinculante o no, a la resolución que les ponga fin”*.

En el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el RRP recoge la figura de la terminación convencional del procedimiento. En efecto, frente a la normativa vigente con anterioridad, en la que el alcance de la responsabilidad patrimonial quedaba siempre fijado por un acto unilateral de la Administración, los artículos 8, 11.2 y 13.1 RRP configuran expresamente la terminación convencional del procedimiento en los siguientes términos:

*“En cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, el órgano competente, a propuesta del instructor, podrá acordar con el interesado la terminación convencional del procedimiento mediante acuerdo indemnizatorio. Si el interesado manifiesta su conformidad con los términos de la propuesta de acuerdo, se seguirán los trámites previstos en los artículos 12 y 13 de este Reglamento”* (art. 8).

*“Durante el plazo del trámite de audiencia, lo haya hecho o no con anterioridad, el interesado podrá proponer al órgano instructor la terminación convencional del procedimiento fijando los términos del acuerdo que estaría dispuesto a suscribir con la Administración pública correspondiente”* (art. 11.2).

*“En el plazo de veinte días desde la recepción, en su caso, del dictamen o, cuando éste no sea preceptivo, desde la conclusión del trámite de audiencia, el órgano competente resolverá o someterá la propuesta de acuerdo para su formalización por el interesado y por el órgano administrativo competente para suscribirlo. Cuando no se estimase procedente formalizar la propuesta de terminación convencional, el órgano competente resolverá en los términos previstos en el apartado siguiente”* (art. 13.1).

Pues bien, en el presente caso el procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas de la LPAC y del RRP que resultan de aplicación a estos procedimientos. No obstante, en relación con el “informe-propuesta de resolución” que obra al folio 618 del expediente, cabe reproducir las consideraciones que se hacían en nuestro Dictamen 154/2008, en relación con un documento idéntico que figuraba en el expediente que allí se informaba:

*“a) La primera observación se refiere a la denominación como propuesta de resolución, pues parece constreñir la naturaleza del acuerdo a un mero trámite que, integrado en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, precisa de una posterior resolución que le ponga fin. Esta concepción, aunque está prevista en el artículo 88.1 LPAC, no es compatible con la regulación de la terminación convencional en el ámbito de los procedimientos de responsabilidad patrimonial.*

*En efecto, el artículo 8 RRP establece que el órgano competente, a propuesta del instructor, podrá acordar con el interesado la terminación convencional del procedimiento mediante acuerdo indemnizatorio. Si existe conformidad del interesado, debe actuarse conforme a lo establecido en los artículos 12 y 13 del mismo reglamento. Así, debe remitirse*

*al Consejo Jurídico todo lo actuado, junto con una propuesta de resolución o —nótese la disyuntiva— la propuesta de acuerdo por el que se podría terminar convencionalmente el procedimiento. Tras el Dictamen, el órgano competente resolverá o someterá la propuesta de acuerdo para su formalización por el interesado y el órgano competente para suscribirlo. Estos preceptos dibujan un procedimiento diferente según la finalización del procedimiento haya de producirse por resolución —forma ordinaria— o por terminación convencional, pues el acuerdo indemnizatorio, una vez formalizado, pone fin por sí mismo al procedimiento administrativo, sin necesidad de una ulterior resolución.*

*b) Adolece el trámite, además, de una mínima fundamentación que ilustre acerca de diversos extremos relevantes en orden a la terminación convencional del procedimiento. Singularmente, carece el informe-propuesta de un análisis detenido del nexo causal que permita alcanzar la conclusión de su existencia en el supuesto planteado. Del mismo modo, se limita a manifestar lo adecuado de la cuantía, pero nada se dice acerca de los métodos de cálculo que han llevado a su fijación.*

*Parece preciso recordar que la labor instructora tiene naturaleza vicarial, en la medida en que su actuación persigue conseguir el mayor acierto del órgano que ha de poner fin al procedimiento, y ello no sólo cuando aquél haya de finalizar con una resolución, sino también cuando su terminación tiene naturaleza convencional. Para conseguirlo, el instructor debe determinar que el pacto de voluntades no traspasa ninguno de los límites establecidos por el artículo 88.1, a saber:*

*— Que el acuerdo no es contrario al ordenamiento jurídico. Es necesario, por tanto, que la instrucción determine si se dan todos y cada uno de los elementos generadores de responsabilidad patrimonial, pues sólo en tal caso procede la indemnización. En el supuesto sometido a consulta, se afirma, sin mayor fundamentación, que existe nexo causal, pero no se analiza de forma detenida el daño, ni su cuantificación, ni su carácter antijurídico o no.*

*— Que no verse sobre una materia no susceptible de transacción.*

*— Que tenga por objeto satisfacer el interés público que la correspondiente Administración tenga encomendado.*

*La ausencia en el informe propuesta de un razonamiento adecuado acerca de los extremos aludidos en los puntos anteriores, dificulta sobremedida la constatación de en qué medida el acuerdo propuesto satisface y es compatible con el interés público, requisito necesario para poder admitir la terminación convencional del procedimiento, sobre el que tampoco se pronuncia el informe-propuesta”.*

Por último, cabe señalar, como también se hacía en el Dictamen mencionado, que la circunstancia de que se haya interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación, no es óbice para que se proceda a terminar convencionalmente el procedimiento administrativo. En cualquier caso, convendría que la Consejería consultante actuara coordinadamente con la Dirección de los Servicios Jurídicos, pues no consta en el expediente que se le haya dado traslado de las actuaciones tendentes a la suscripción del acuerdo transaccional, lo que resulta especialmente necesario en este caso en el que la última actuación de dicho Centro Directivo consiste, precisamente, en dar traslado al SMS de un Auto de la Sala por el que se declaraba caducado el mismo recurso contencioso administrativo en el que ahora se ha dictado Auto autorizador de la transacción.

**TERCERA.- La responsabilidad patrimonial en la asistencia sanitaria. Requisitos.**

La forma de terminación del procedimiento, convencional en este caso, no exime a este Consejo de su obligación de pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos objetivos de la responsabilidad (nexo causal, valoración, etc.), ya que el control previo de legalidad que supone el Dictamen de este Órgano Consultivo no decae o se debilita por la naturaleza convencional de la terminación del procedimiento. Antes al contrario, su función de velar por el respeto de la actuación administrativa al ordenamiento jurídico y a los intereses públicos subyacentes, le impone un deber especial de fiscalizar los pactos o acuerdos sustitutorios de decisiones unilaterales.

Pues bien, cabe aquí recordar que el artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Esta regulación constitucional resulta completada por el artículo 139.2 y 141 LPAC, para configurar así un régimen objetivo de responsabilidad patrimonial, de modo que cualquier consecuencia dañosa en los bienes y derechos de los particulares derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos debe ser indemnizada, siempre y cuando se den los siguientes requisitos:

- a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.
- c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Por otro lado, en lo que se refiere a reclamaciones patrimoniales en materia sanitaria, el Consejo de Estado ha afirmado en numerosas ocasiones (por todos, Dictamen núm. 3.362/2003), que para estimar las reclamaciones de indemnización por daños derivados de intervenciones médicas o quirúrgicas, no resulta suficiente con que la existencia de la lesión se derive de la atención de los servicios sanitarios, pues ello llevaría a configurar la responsabilidad administrativa en estos casos de forma tan amplia y contraria a los principios que la sustentan que supondría una desnaturalización de la institución. Así pues, de acuerdo con dicha doctrina, en casos como el presente se hace preciso acudir a parámetros tales como la *lex artis*, de modo tal que tan sólo en caso de una infracción de ésta cabría imputar a la Administración de la cual dependen los servicios sanitarios la responsabilidad por los perjuicios causados.

A su vez la doctrina jurisprudencial ha venido declarando la necesidad de fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa y aquellos otros casos en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva al servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del buen o mal éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

La reclamación contiene en su apartado cuarto una síntesis de las actuaciones por las que se reclama, cuando afirma que: a) hubo un error incuestionable al estimar la edad gestacional, basándose únicamente en una ecografía (que además estaba incompleta), concluyendo que la x. se encontraba de 34-35 semanas, cuando realmente lo estaba de 31; b) como consecuencia de ese error se le dio de alta sin tratamiento tocolítico, lo que coadyuvó en la RPM; c) dicho error condicionó el comportamiento de la asistencia que se le prestó durante el parto en el que se utilizó ventosa obstétrica, lo que está absolutamente contraindicado en partos prematuros por el riesgo de causar hemorragias cerebrales; y d) el menor contrajo una sepsis neonatal en la UCI.

Pueden distinguirse por tanto cuatro tipos de actuaciones a las que los reclamantes vinculan el daño sufrido por su hijo:

I. La primera, un error en el cálculo de la edad gestacional, que se habría producido en el ingreso correspondiente al día 7 de enero de 2004.

De la documentación que obra en el expediente (cartilla de seguimiento del embarazo, historia clínica e informes médicos), la x., con motivo de su embarazo, acude por primera vez a los servicios sanitarios el día 22 de julio de 2003, haciéndose constar en la cartilla (folios 8 y 9) como fecha de la última regla el 6 de junio de 2003 y como fecha probable de parto el 16 de marzo de 2004.

A la paciente se le efectuaron a lo largo del embarazo ecografías en las siguientes ocasiones:

- a) El día 2 de octubre de 2003, en la que se señala que la gestante se encuentra en la semana 16+ de amenorrea, y en observaciones se recoge "17-18 semanas" (folio 9).
- b) El día 25 de noviembre de 2003 (en el HUVA), en la que se indica como semana de gestación 25+1 (folio 209).
- c) El día 16 de diciembre de 2003, en la que se señala como semana de amenorrea la 27+ (folio 9).
- d) El día 8 de enero de 2004 (en el HUVA), en cuyo informe se indica como semana de gestación 31+1 (folio 271).

Según el informe del Dr. x. (folio 313) el estudio ecográfico realizado el día 25 de noviembre de 2003, informaba de una gestación evolutiva normal con parámetros biométricos equivalentes a 25 semanas de gestación. Dato este último que también se recoge en el informe de alta médica (folio 195). Esta edad gestacional es la que se corresponde con los demás datos obstétricos de la paciente.

Sin embargo, en el siguiente ingreso hospitalario, el correspondiente al día 7 de enero de 2004, con base en la ecografía del día 8 de enero y en las exploración física que se describe en el alta médica (folio 269), se concluye que la gestante se encuentra en la semana 34-35, cuando lo lógico, si se sigue la evolución del embarazo que consta documentada, era que se hallase en la 31.

Como este Consejo ha puesto de manifiesto en repetidas ocasiones, el determinar si las actuaciones médicas son correctas o no, requiere de unos conocimientos técnicos que sólo poseen los profesionales de la medicina. En el caso que nos ocupa no existen más informes médicos que los correspondientes a los facultativos que atendieron a la reclamante en el



HUVA y el de la Inspección Médica. De entre los primeros, en relación con este sorprendente salto de la semana 25 (el día 25 de noviembre de 2003) a la semana 34-35 (el día 8 de enero de 2004), sólo se contiene una somera referencia en el informe del Dr. x. obrante al folio 312, en el que se afirma que *“a la vista de la ecografía y la exploración, deducimos que parece que no está de 31 semanas...”*. En cuanto a la Inspección médica, tal como se ha reproducido en el Antecedente cuarto, recoge en una de sus conclusiones lo siguiente: *“La actitud terapéutica ante una rotura prematura de membranas, es muy distinta si ocurre antes o después de la 35ª semana de gestación. La exploración física y el resultado de la última exploración ecográfica originó una discrepancia en la edad gestacional, que condicionó la valoración posterior ante la rotura prematura de membranas”*.

Ninguno de estos informes permite pronunciarse en relación con la posible existencia de una infracción de la *lex artis* en la valoración de la edad gestacional, entendida aquélla como una obligación de medios que hubiera aconsejado adoptar alguna medida complementaria encaminada a respaldar el juicio clínico sobre la semana de gestación en la que pudiera encontrarse la paciente.

II. La segunda, derivada de la anterior, consistente en la suspensión del tratamiento tocolítico y antibiótico, lo que podría haber coadyuvado en la rotura temprana de membrana. En relación con esta circunstancia, la Inspección Médica es categórica en su apreciación de falta de relación entre dicha suspensión y la rotura temprana de la membrana que fue, afirma, *“espontánea, y sin relación con dinámica uterina, no parece que la suspensión del tratamiento tocolítico interviniera directamente en la rotura, ante la ausencia de dinámica y necesidad de oxitocina en la inducción del parto (folio 295)”*, añadiendo, como conclusión, que *“no es posible determinar una relación directa entre la supresión del tratamiento tocolítico y la rotura espontánea y prematura de membranas (sin dinámica uterina) que precipitó el comienzo del parto”*.

III. La tercera, que se concretaría en el uso de ventosa obstétrica lo que estaba contraindicado atendiendo a la verdadera edad del feto, es decir, 31 semanas.

Frente a esta afirmación, la Inspección Médica precisa los supuestos en los que el uso de la ventosa obstétrica está absolutamente contraindicada, sin que en ninguno de ellos figure la gestación pretérmino. Ahora bien, según se contiene en diversos protocolos y manuales obstétricos a los que ha tenido acceso este Consejo, entre los podemos citar del de *Obstetricia*, de x. y., publicado por x., las gestaciones pretérmino, si bien no constituyen una contraindicación absoluta sí que se consideran como relativas, *“ya que la osificación craneal de los fetos prematuros es menos resistente, y por consiguiente se han descrito lesiones craneales, en especial si hay que realizar maniobras de tracción importantes. El mismo razonamiento se aplica a fetos con peso restringido intrauterino”* (página 775).

Por otro lado, la Inspección sanitaria en el apartado de conclusiones de su informe, señala, como antes se ha indicado, que la actitud terapéutica ante una rotura prematura de membrana es muy distinta si ocurre antes o después de la semana 35, pero no ha concretado si, entre esas actuaciones, puede encontrarse la decisión de usar la ventosa obstétrica, a pesar de su contraindicación relativa en las gestaciones pretérmino; aunque sí afirma que *“la hemorragia intraventricular grado II que padeció el RN, no es una complicación de la ventosa obstétrica que se le aplicó durante el parto, sino de la coagulopatía que se desarrolló en el seno de la septicemia a germen desconocido que sufrió durante los primeros días de vida”*

#### IV. La cuarta, vendría dada por la sepsis neonatal sufrida por el menor.

Según el Protocolo de diagnóstico-terapéutico de la sepsis neonatal, del Servicio de Neonatología del Hospital Central de Asturias se denomina así al síndrome clínico caracterizado por signos y síntomas de infección sistemática, que se confirma al aislarse en el hemocultivo, bacterias, hongos o virus y que se manifiesta dentro de los primeros 28 días de vida. Según el mecanismo de transmisión se diferencian dos tipos de infección: “sepsis de transmisión vertical” y “sepsis de transmisión nosocomial”. Las primeras son causadas por microorganismos localizados en el canal vaginal materno, produciéndose el contagio por vía ascendente al final de la gestación, o por contacto en el momento del parto; la clínica suele iniciarse antes de las 72 horas de vida. Las segundas son producidas por microorganismos procedentes del entorno hospitalario, sobre todo en las unidades de cuidados intensivos neonatales que contaminan al recién nacido por contacto con personal o material contaminado; la clínica suele manifestarse después de las 72 horas.

La sepsis neonatal constituye, en definitiva, una infección hospitalaria, cuyo análisis en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria ha de hacerse a la luz de la consolidada doctrina sentada por la jurisprudencia y aceptada por este Consejo Jurídico en numerosos Dictámenes, entre los que podemos citar el 10/2005, según la cual, la determinación de si se adoptaron todas las medidas posibles para evitar el contagio se convierte en la cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación, por omisión, de la Administración.

Como también ha afirmado reiteradamente este Órgano Consultivo, en los supuestos de infecciones nosocomiales la prueba de que los servicios sanitarios adoptaron las medidas pertinentes para evitar el contagio, correspondería a la Administración, es decir, se invierte la carga de la prueba, pues exigir al particular la prueba de tal diligencia abocaría a una verdadera *probatio diabólica*. A estos efectos, el Tribunal Supremo, en sentencia de 13 de julio de 2000, de su Sala 3ª, con ocasión de resolver una reclamación de responsabilidad patrimonial instada por una paciente infectada por estafilococo dorado en el curso de una intervención quirúrgica, viene a declarar que el daño no será antijurídico cuando sea consecuencia inevitable de la actividad curativa y añade que, según informe emitido por Médico Forense, *“la infección por el estafilococo aureus en una intervención quirúrgica, si bien puede resultar en algunos casos inevitable, es un evento previsible y por tanto deben extremarse las medidas precautorias tales como... a) asepsia de quirófanos e instrumental, b) desinfección meticulosa del área operatoria, c) acortar lo más posible el tiempo operatorio, d) evitar dejar cuerpos extraños, eliminación de tejidos desvitalizados, hematomas, etc., e) práctica de antibioterapia profiláctica ...La adopción de tales medidas ha de ser demostrada por la Administración”*.

En el supuesto que nos ocupa, se advierte que en los informes de los facultativos que atendieron al menor se admite la aparición de una sepsis a los tres días de vida (lo que parece indicar que su origen fue nosocomial) y se describe la pauta antibiótica que se instauró, pero se omite cualquier referencia en relación con las medidas de prevención y control que se deberían haber adoptado en orden a evitar la incidencia de infecciones nosocomiales en las unidades en las que estuvo ingresado el menor, cuyo riesgo de contraerla se veía acrecentado por su prematuridad.

La relación existente entre la sepsis contraída por el menor y algunos de los daños por él padecidos sí queda claramente reflejada en el informe de la Inspección Médica, cuando

afirma: “A pesar de las atenciones prestadas y el tratamiento instaurado al Recién Nacido no se pudo evitar la aparición de una sepsis a germen desconocido, desarrollándose una coagulopatía y una hemorragia intraventricular como complicaciones”; pero se observa que se omite manifestación alguna sobre el origen de la sepsis. Establecer esta última circunstancia resulta especialmente importante a la hora de analizar si, en la conducta de los facultativos que atendieron a la x. y a su hijo, pudo existir alguna acción u omisión constitutiva de infracción de la *Lex artis*.

En efecto, si se determina que se trató de una sepsis de transmisión vertical, es decir, que fue causada por microorganismos localizados en el canal vaginal materno, habría que plantearse si el contagio sufrido por el menor se hubiera podido evitar de haberle practicado a su madre, en los dos ingresos que tuvo en el Servicio de Urgencias del HUYA, las pruebas encaminadas a diagnosticar la posible existencia de algún tipo de infección vaginal, contingencia probable si se tiene en cuenta que dichas infecciones de alcanzar el polo inferior del huevo pueden provocar —según afirma la Inspectora médica en su informe— una ruptura temprana de membranas, riesgo que presentaba la paciente según aparece documentado en la historia clínica. La presencia de una infección ovular explicaría la sordera congénita que padece x., según se determina en el dictamen técnico facultativo de la Unidad de Valoración del IMAS (folio 601).

Si por el contrario se concluye que la sepsis fue nosocomial, el informe de la Inspección médica debe pronunciarse sobre el cumplimiento de las medidas y protocolos tendientes a evitar este tipo de infecciones, y sobre la adecuación de la antibioterapia instaurada, extremos que de acreditarse permitirían afirmar que la Administración cumplió con la obligación de medios que le correspondía y, por lo tanto, que su actuación se ajustó a la *lex artis*, o, *sensu contrario*, que al no hacerlo su conducta no se adecuó a normopraxis y, por tanto, habría que considerar que existe relación de causalidad, por omisión, entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño sufrido por el hijo de los reclamantes.

Se aprecia, pues, que, en relación con cada de una las cuatro conductas anómalas que los reclamantes imputan a los servicios sanitarios regionales, la Inspección Médica, tanto en el apartado de consideraciones como en el de conclusiones de su informe, no aprecia infracción alguna de la *lex artis*, sin embargo finaliza proponiendo la estimación en parte de la reclamación. Esta última conclusión encierra una aparente contradicción, al menos en la interpretación de los hechos a la luz de las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial, pues no es posible entender que la paciente y su hijo fueron correctamente tratados en todo momento, es decir, que se hizo sin infracción de la *lex artis* (lo que no hace posible mantener la necesaria relación causal entre el daño alegado y el funcionamiento de los servicios públicos) y proponer, al mismo tiempo, la estimación, aunque sea de modo parcial, de la reclamación.

Dado el especial valor que, en la apreciación de las pruebas practicadas en los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por daños derivados de la asistencia sanitaria, se otorga al informe de la Inspección Médica, que en el presente caso se acentúa por constituir el único informe médico que obra en el expediente (los reclamantes han prescindido de proponer prueba pericial, en la confianza de que la documentación obrante en la historia clínica sea suficiente para formar la convicción del órgano decisor acerca de la, a su juicio, deficiente asistencia prestada; y tampoco la aseguradora del SMS ha aportado informe médico alguno) considera el Consejo Jurídico que procede completar la instrucción requiriendo a dicho órgano que, atendido el contenido de la historia clínica, precise los siguientes extremos:

a) Si considera que ante el resultado de la ecografía y de la exploración física que se describen en el informe clínico de alta que obra al folio 269, es correcto mantener que la gestante estaba de 34-35 semanas, cuando todo su historial previo apuntaba a una edad gestacional de 31 semanas.

b) Si considera que hubo infracción de la *lex artis ad hoc* al haber omitido la realización de pruebas complementarias que despejaran las dudas que se presentaban en relación con la citada edad gestacional.

c) Que concrete en qué consistió la valoración que se realizó ante la rotura prematura de membranas y en qué aspectos estuvo condicionada por la discrepancia en la apreciación de la edad gestacional.

d) Si la *lex artis* aconsejaba, dadas las dudas existentes sobre la edad gestacional, la utilización de la ventosa obstétrica.

e) Si la sepsis neonatal sufrida por el menor fue de transmisión vertical, que indique si la *lex artis* aconsejaba haber descartado, mediante las correspondientes pruebas, la infección vaginal como causa de la amenaza de parto prematuro que presentaba la reclamante.

f) Si la sepsis neonatal contraída por el menor es de origen nosocomial, que concrete si los servicios sanitarios se ajustaron a la *lex artis* al cumplir con la obligación de medios que les correspondía, adoptando las medidas precisas para evitar el contagio, e implantando la antibioterapia adecuada.

g) Cualquier otra consideración que estime pertinente formular en orden a mantener la existencia de responsabilidad patrimonial tal como hace al final de su informe.

Por último, como quiera que la estimación que propone es sólo parcial, se deduce que estima que no todos los daños que presenta el menor derivarían de una infracción de la *lex artis*, es preciso que concrete cuáles y en qué grado serían imputables al funcionamiento del servicio público sanitario, ya que únicamente así podrá este Órgano Consultivo pronunciarse sobre la adecuación de la indemnización que se recoge en la propuesta de acuerdo.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se informa desfavorablemente la propuesta de acuerdo, al estimar necesario el Consejo Jurídico, con el fin de poder determinar la existencia de nexo de causalidad, que se complete la instrucción requiriendo a la Inspección Médica que efectúe las aclaraciones y precisiones que se contienen en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

**SEGUNDA.**- De conformidad con lo expuesto en la Consideración Segunda, III, el documento por el que se proponga la terminación convencional del procedimiento deberá denominarse “Propuesta de acuerdo”, y deberá contener la fundamentación precisa para determinar la existencia de nexo causal y un razonamiento adecuado sobre la adecuación de la indemnización que se propone y demás elementos que permitan constatar que el acuerdo propuesto es compatible con el interés público.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 164/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.****Consultante: Consejera de Sanidad (2004)****Fecha: 15/10/08****Extracto de Doctrina**

*La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “lex artis ad hoc” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico).*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 7 de julio de 2004, x., en representación de x, y., que actúan en su propio nombre y en el de su hija, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Servicio Murciano de Salud por una defectuosa asistencia sanitaria prestada por el Hospital Rafael Méndez de Lorca, que trajo como consecuencia, según refiere, la práctica de una histerectomía abdominal total, con anexectomía derecha, a x. (en lo sucesivo la paciente), resultando estéril, mientras que a su hija le ocasionó una encefalopatía hipóxico-isquémica severa.

Describe los hechos ocurridos del siguiente modo:

El 16 de mayo del 2000, la paciente —embarazada de 34 semanas— acude sobre las 2 horas de la madrugada al Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez, por tener un dolor intermitente en la fosa ilíaca derecha. Queda ingresada en el Hospital con el diagnóstico de Amenaza de Parto Prematuro (APP). En la hoja de ingreso, el facultativo que le atiende anota:

*“Antecedentes ginecológicos: endometriosis tratada previamente con nemestrán, esterilidad 1ª (2ª). Ingesta (mediante inducción con gonadotropinas).*

*No se explora por referirnos placenta previa o baja.*

*Exploraciones especiales: orina, holograma.*

*Diagnóstico: APP, 34 semanas”.*

Señala que el médico se abstuvo de explorarla porque la paciente le comentó que en una ecografía efectuada en la vigésima octava semana de embarazo se había informado de placenta previa o baja, pero no la substituyó por otro tipo de exploración, ni indicó la realización de una ecografía para constatar el estado de la placenta en el momento de la asistencia. Su actuación se orientó a evitar el parto prematuro, pautando Prepar y un ansiolítico, sedativo y relajante muscular (Valium), pero sin solicitar la práctica de una ecografía que se considera primordial en estos casos.

Continúa relatando que a la paciente se le realizó un monitor sobre las 2,45 horas de la madrugada del mismo día 16 por espacio de dos horas, y otro a la mañana siguiente, y que se le administró buscapina intravenosa (señal de que el dolor era muy intenso).

A la paciente no se le remitía el dolor, por lo que se quejaba a las enfermeras, sin que ningún médico le hubiera vuelto a visitar desde por la mañana, siendo avisado el ginecólogo a las 23 horas del mismo día 16, según observaciones de enfermería. Éste ordenó que subieran a la paciente para hacerle un reconocimiento, que consistió en otra monitorización durante 20 minutos, cambiando entonces la medicación (Nervobión cápsulas 1/8 horas), prescribiendo “*poner sonda rectal y comprobar si mejora*”. A las 2 horas de la madrugada del día 17 las enfermeras avisaron al médico porque no mejoraba, indicándoles por teléfono que le tomaran las constantes y le hicieran un reflolux (autocontrol de la glucosa) que reflejó 179 mg./dl. Según las enfermeras, la paciente estaba tan mareada que no podía ni levantarse. El médico indicó la administración de Bepantheme y Benadon, fármacos para el estreñimiento y la atonía intestinal. Destaca la parte reclamante que, pese a que la paciente no había mejorado tras la sonda rectal, el médico seguía sin explorarla considerando que era un problema digestivo.

A las 7 horas es avisado nuevamente el facultativo, indicándole las enfermeras que, además del dolor en todo el abdomen, estaba “*mareosa y sudorosa*”, prescribiéndole de nuevo reflolux que arrojó un resultado de 170 mg./dl. A las 9 horas se le hizo una ecografía abdominal urgente, cuyo resultado fue líquido libre peritoneal (probable hemoperitoneo).

Con el diagnóstico de shock hipovolémico materno se indicó cesárea, que fue llevada a cabo hacia las 10,30 horas con los siguientes hallazgos:

*“Quiste ovárico derecho roto, con gran hemorragia, desde el parametrio derecho, de origen arterial, a nivel para-wagional.*

*Se practica cesárea, seguida de histerectomía abdominal total, con anexectomía derecha, hemostasia por pinzamiento de arteria uterina y colaterales”.*

En relación con la niña, el letrado actuante relata que fue extraída a las 10,50 horas, presentando una asfixia moderada que se reflejó en un Apgar de 5, 7 y 8. Pesó 2.530 gramos. Se le aspiraron secreciones y se le administró oxígeno. A continuación, pasó al cuidado del servicio de neonatología, iniciando un cuadro de distress respiratorio que requirió intubación por lo que fue remitida al Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca con el diagnóstico de prematuridad, anoxia fetoneonatal moderada y sospecha de membrana hialina. A su llegada al Hospital presentaba:

*“Llega con tubo orotraquel en boca (extubado), con Sat O2: 55%, FC: 110, Tª, 35° C, TA: 62/40. REG, coloración cianótica de piel y mucosas. Pulsos y revascularización normales. ACP : Hipoventilación en hemitorax izquierdo. Abdomen normal CU dos arterias y una vena (vía periférica)”.*

Incide la parte reclamante en que durante el traslado de un Hospital a otro, el tubo endotraqueal se descolocó sin que el personal que debía cuidar de la niña durante el mismo se aperciese de ello, lo que provocó un episodio de asfixia severa.

En el Hospital Virgen de la Arrixaca quedó ingresada en la UCI pediátrica, pasando con posterioridad al cuidado del Servicio de Neonatología, siendo dada de alta el 23 de junio de 2000 con los siguientes diagnósticos: recién nacido pretérmino (RNPT, 34 semanas) AEG (2.530 gr.), asfixia fetoneonatal severa, neumonía, hemorragia intraventricular grado II izquierdo y I-II derecho, síndrome convulsivo y encefalopatía hipóxico-isquémica severa con alteración EEG.

Imputa a los servicios sanitarios las siguientes actuaciones anómalas:

a) Respecto a la paciente achaca a los facultativos del Hospital Rafael Méndez que la atendieron una grave imprudencia, que demuestra impericia profesional y una omisión de medios, pues si se presenta un cuadro de abdomen agudo, señalando como antecedentes la posible inserción anormal de la placenta, es obligada la realización de una ecografía. Concretamente atribuye al Dr. x. que le prescribiera fármacos totalmente contraindicados. Al Dr. x., que se hizo cargo de la paciente durante el día 16 y la noche del 17, que le diagnosticara gases y que no le realizara una ecografía obstétrica diagnóstica, pese a la persistencia del dolor, que luego se demostró que era una torsión ovárica causada por un quiste previsible con los antecedentes de la paciente (endometriosis). En relación con la intervención quirúrgica del Dr. x. la considera inadecuada, en la medida que extirpó el útero estando totalmente sano, produciendo una esterilidad irreparable. Concluye en la existencia de relación de causalidad entre las actuaciones-omisiones de los facultativos y la pérdida del útero de la paciente.

b) Respecto a la menor, manifiesta que el retraso en el diagnóstico de la madre colocó a la niña en una situación de riesgo mayor que la que tenía por su prematuridad. Además de poner en evidencia la falta de medios del Hospital (carece de una UVI pediátrica), el traslado al Hospital Virgen de la Arrixaca se efectuó de forma incorrecta, pues a la niña se le salió el tubo endotraqueal, llegando al lugar del destino con una asfixia severa causante de la patología que ahora le afecta. Concluye que ha quedado establecido el nexo causal entre la falta de medios técnicos del Hospital y el deficiente traslado con el episodio de asfixia severa, que le ha ocasionado a la menor las gravísimas secuelas que presenta.

En cuanto a la valoración del daño, los reclamantes solicitan una indemnización de 56.932, 8 euros, por la pérdida del útero de la paciente antes de la menopausia (40 puntos), a la que añaden 14.233,2 euros, en concepto de perjuicio moral para el cónyuge por la esterilidad total de su esposa, más la cuantía correspondiente a las secuelas de la menor y el daño moral de sus progenitores, que no cuantifican aún en espera de conocer la historia clínica completa en el Servicio de Neuropediatría del Hospital Virgen de la Arrixaca.

Además de proponer como prueba las distintas historias clínicas de los Hospitales citados y del Centro de Estimulación Temprana de Lorca, solicita el letrado actuante que se requiera al Hospital Rafael Méndez para que informe sobre los medios con los que contaba el servicio de pediatría neonatal en mayo de 2000, y tipo de ambulancia y categoría profesional de quienes acompañaban a la menor en el traslado al Hospital Virgen de la Arrixaca.

Por último, al escrito de reclamación acompaña la documentación que obra en los folios 8 a 229, entre ellos un informe pericial suscrito por x., especialista en Obstetricia y Ginecología, que sirve de base a las imputaciones que sostienen los interesados.

**SEGUNDO.-** Entre la documentación remitida consta que, por los hechos relatados anteriormente, los reclamantes interpusieron denuncia ante el Juzgado de Instrucción núm. Uno, de Lorca, contra los facultativos que atendieron a la paciente y contra la Administración pública sanitaria en concepto de responsable civil subsidiario; en dicho Juzgado se siguieron las Diligencias Previas núm. 2398 del año 2000, que fueron archivadas tras el Auto de la Audiencia Provincial de 8 de julio de 2003, que desestima el recurso de apelación interpuesto por los denunciados contra el auto de archivo, entre otros, con el siguiente fundamento: *“por tanto, la pretendida negligencia e impericia en el diagnóstico*

*ha de reconducirse al campo civil, mediante el ejercicio de acciones de tal naturaleza que correspondan, con exclusión del ámbito penal, pues como decimos el comportamiento de los profesionales sanitarios no es revelador de imprudencia que deba exigirse penalmente".* En dichas Diligencias Previas, que obran en los folios 15 a 229, también consta el informe del Médico Forense (folios 128 y 129).

**TERCERO.-** Con fecha 13 de julio de 2004, la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta resolución de admisión a trámite de la reclamación de responsabilidad patrimonial, siendo notificada a las partes interesadas, a la vez que solicita copia de las historias clínicas de la madre y de la niña a los Hospitales Rafael Méndez y Virgen de la Arrixaca, así como el informe de los profesionales que les atendieron en los citados Hospitales y en el Centro Municipal de Atención Temprana de Lorca.

**CUARTO.-** Por el Centro de Atención Temprana de Lorca se remite documentación en la que se detalla el historial de la menor hasta junio de 2003, indicando que ha sido posteriormente escolarizada en el Colegio Público de Educación Especial "Pilar Soubrier" de aquella ciudad. En el resumen remitido, suscrito por profesionales de distintas ramas, se hace constar que *"el tratamiento de x. y la intervención con su familia ha sido difícil debido a las innumerables complicaciones tanto físicas (problemas de alimentación, ajuste de medicación, espasmos continuos, llanto irritativo cerebral, etc.) como emocionales (depresión de la madre, imposibilidad de nuevo embarazo, etc.)"*.

**QUINTO.-** El Director Gerente del Hospital Virgen de la Arrixaca remite el historial de la menor (folios 279 y ss.), al que se acompaña, entre otros, el siguiente informe del Dr. x., de la Sección de Neuropediatria, de 21 de septiembre de 2004 (folio 280):

*"En atención a la solicitud de información sobre la paciente x. (...) se refiere que la paciente comenzó a ser atendida por la Sección de Neuropediatria de este hospital infantil desde su periodo neonatal, a requerimiento de la Sección de Neonatología, donde había ingresado con 7 horas de vida procedente del Hospital Rafael Méndez de Lorca. Posteriormente ha sido atendida, en diversas ocasiones, por esta Sección, tanto en régimen de ingreso hospitalario como de consulta externa.*

*Presentaba y presenta todas las características clínicas y evolutivas de una Encefalopatía Crónica, sin carácter progresivo (o involutivo), cuya etiología se ubica en una hipoxia-isquemia cerebral, que por los datos recogidos de los informes del Hospital Rafael Méndez de Lorca, y de la Sección de Neonatología se relaciona con periodo perinatal.*

*Presenta una encefalopatía tetra-parética espástica, con epilepsia secundaria, siguiendo tratamiento antiépiléptico, así como un programa de estimulación y fisioterapia".*

Se acompaña de un informe de la UCI de Neonatología de dicho Hospital, en la que ingresó procedente del Hospital Rafael Méndez con 7 horas de vida (folio 281), destacando los siguientes aspectos que han servido de base a la reclamación presentada:

**ANTECEDENTES PERSONALES Y FAMILIARES:** *Madre de 31 años (...) esterilidad previa. Embarazo controlado. Serología negativa, rubeola inmune. Gestación de 34 sem. Parto: cesárea urgente por hemoperitoneo secundario a rotura de quiste de endometriosis. Monitor: ritmo comprimido. P. Neonatal: Apgar 5/8/8. Peso: 2.530. Inicia distress respiratorio progresivo que requiere intubación por lo que se traslada a este centro.*

**EXPLORACIÓN FÍSICA:** *Llega con tubo oro-traqueal en boca (extubado), con Sat O2 = 55%. FC:110. Tº 35º. TA 62/40. REG: coloración cianótica de piel y mucosas. Pulsos*



y revascularización normales. ACP: *Hipoventilación en hemotórax izquierdo. Abdomen normal. CU dos arterias y una vena (vía periférica).*

**EVOLUCIÓN:**

1 (...)

2 **RESPIRATORIO:** *A su ingreso se procede a reintubación y conexión a ventilación mecánica. Se administra una dosis de surfactante con ligera mejoría pero persiste infiltrado intersticial en hemotórax izquierdo durante unos días, catalogándose de neumonía. Extubación a los 8 días con buena respuesta.*

El informe de Alta del Servicio de Pediatría, Unidad de Neonatología (folio 283), recoge como juicio diagnóstico:

1. RNPT (34 semanas) AEG (2530 gr.)
2. Asfixia fetoneonatal severa.
3. Neumonía.
4. Hemorragia intraventricular grado II izquierdo y II derecho.
5. Síndrome convulsivo.
6. Encefalopatía hipóxico-isquémica severa con alteración EEG.

Destacar también del historial la hoja de transporte y asistencia sanitaria de la menor desde el Hospital Rafael Méndez a la UCI Neonatal del Hospital Virgen de la Arrixaca (folio 286), que se realizó a través de una UCI móvil, en la que se consignaba específicamente que debía vigilarse la sonda de intubación oral y debía ser acompañada por un facultativo.

**SEXTO.-** El Hospital Rafael Méndez remite la historia clínica de la paciente, acompañando los informes emitidos por varios facultativos que la atendieron, especificando que los datos de los profesionales que acompañaban a los enfermos en los traslados de la Unidad de Urgencias del año 2000 se han extraviado, si bien aclara que el médico que acompañó a la menor en ambulancia fue el Dr. x., según reconoce en el informe que remite, si bien manifiesta que no es posible facilitar los datos del ATS.

Entre todos los pareceres caben destacar:

a) El informe evacuado por el Dr. x. (folios 362 a 374), que se encontraba de guardia la noche del 16 de junio de 2000, y que atendió a la paciente desde las 2,30 horas hasta las 5,30 de la madrugada, por unas molestias abdominales según se hace constar. De su extenso informe extraemos los siguientes párrafos:

*“Realicé una anamnesis inicial atendiendo a los datos suministrados por la propia paciente y los que figuran en la cartilla del embarazo, consignando los antecedentes de supuesta endometriosis (que finalmente no se confirmaría), el tratamiento por infertilidad y la existencia de una placenta previa en la exploración ecográfica de la semana 28ª.*

*Cuando yo la atendí y durante el tiempo que estuve observándola quedó patente que su estado general era bueno (y así quedó reflejado en la historia de su ingreso), se encontraba con una tensión arterial normal (...), unos niveles de hemoglobina y hematocrito rigurosamente normales (...), apirética y no presentaba signos de sangrado vaginal ni de alteración hemodinámica materna.*

*La palpación abdominal (maniobra que realizamos instintivamente a toda embarazada con dolor abdominal) evidenció un fondo uterino adecuado para el tiempo de embarazo*

—reflejando un crecimiento fetal adecuado— un útero no doloroso ni contracturado y una ausencia de defensa abdominal en los flancos, salvo las molestias referidas en la fosa ilíaca derecha (que no dolor ni leve ni moderado ni severo, como así lo consigné en la historia). Es decir que no evidenciaba ningún signo de anomalía significativa. Hay que reseñar que aunque no se describe la exploración abdominal en la historia clínica, esta maniobra se realizó (...)

La gestante por lo tanto no presentaba un cuadro de abdomen agudo y su situación clínica no era crítica ni amenazante ni de riesgo vital en el periodo de tiempo en que yo la valoré, es decir, durante 3 horas de estrecha vigilancia en dilatación/paritorios.

Se procedió seguidamente como segunda opción prioritaria a la documentación del estado fetal mediante la monitorización cardiotocográfica por un periodo de 2 horas mientras le era realizaba una extracción de sangre y de orina. Este tiempo fue más que suficiente para asegurar el óptimo estado de bienestar y de oxigenación fetal (monitor reactivo en todo momento).

La paciente presentaba un cuadro compatible con amenaza de parto pretérmino (...) Pero, por supuesto, antes de proceder a tratar esta amenaza de parto pretérmino descarté otros procesos más serios (...) A continuación procedí al tratamiento según la pauta habitual, en este caso con prepar por vía oral y no intravenosa por tratarse de un cuadro de amenaza de parto pretérmino de una intensidad leve. Asimismo le administré diazepam (Valium), que habitualmente se asocia al prepar para mitigar los efectos colaterales de éste (...) Cuando las molestias empezaron a remitir decidí ingresar preventiva y prudentemente a la paciente para vigilar la evolución clínica y el efecto del tratamiento durante las horas subsiguientes (...).”

Además, el Dr. x. rebate las concretas imputaciones formuladas contra él por el perito de la parte reclamante, concretamente la Dra. x.

1) Sobre que los datos analíticos y la tensión arterial al ingreso no eran normales para el embarazo, sino que eran bajos y evidenciaban pérdida de sangre y reducción de oxigenación fetal.

“Nuestra paciente mostraba unos niveles de hemoglobina de 10,5 cifras compatibles con la normalidad durante el embarazo.

En el caso de que existiera un déficit de oxigenación del feto en el momento del ingreso hubiera tenido que detectar una alteración de la frecuencia cardíaca fetal en el trazado cardiotocográfico (monitor prolongado de 2 horas de duración) hecho que no constaté, sino todo lo contrario, el monitor evidenciaba un adecuado nivel de bienestar y oxigenación fetal y no presentaba ningún tipo de sufrimiento.

Una tensión de 120/70 al ingreso es rigurosamente normal”.

2) Sobre la falta de realización de una ecografía.

“Como ya he referido el realizar una ecografía transvaginal hubiera podido reportar mayor daño por el riesgo de provocar hemorragia vaginal ante una sospecha de placenta previa.

Antes de realizar o solicitar una exploración complementaria como puede ser la ecografía hemos de calibrar que es lo que pretendemos diagnosticar o encontrar y conocer el

*rendimiento de esa técnica para obtener dicha información. La ecografía no es un instrumento milagroso o la panacea que sirve para diagnosticarlo todo.*

*Como ya he referido en el tercer trimestre los ovarios no se pueden visualizar ni mediante ecografía transvaginal ni mediante ecografía abdominal motivo por el cual no podemos apoyarnos en dicha técnica para valorar una posible complicación anexial (de los ovarios).*

*En ese momento el hecho de constatar si la placenta seguía siendo previa o no (mediante ecografía vaginal) aumentaba el riesgo de la hemorragia vaginal en caso de existir placenta previa, pero además no era en absoluto trascendente esta información ya que la clínica que presentaba no era compatible con ninguna complicación derivada de una posible placenta previa como la hemorragia vaginal (que no presentaba) y por lo tanto, ante la existencia de contracciones uterinas el tratamiento iba a ser el mismo tuviera o no una placenta previa.*

*El estado general materno era bueno, no se detectaron signos de gravedad, ni signos exploratorios alarmantes en esos momentos que justificaran la realización de ninguna prueba complementaria como es una ecografía (...).*

3) Sobre que el diagnóstico de placenta previa parcial realizado al ingreso constituye un factor de riesgo y que el tratamiento correcto era la cesárea.

*“El diagnóstico de sospecha de PP parcial puede suponer un riesgo durante todo el embarazo. Existe una situación de verdadero riesgo en una gestación con placenta previa cuando ésta es sintomática, es decir, cuando ocurre hemorragia vaginal indolora, que en el caso que nos ocupa no la había.*

*Por lo tanto, estaremos realizando una mala praxis si ante todo diagnóstico de placenta previa y a cualquier edad gestacional finalizamos la gestación mediante una cesárea”.*

4) Sobre el antecedente de endometriosis.

*“Yo sólo constaté la información verbal proporcionada por la misma paciente ya que su ginecólogo privado no le proporcionó a ella ningún tipo de informe escrito o iconográfico sobre la supuesta endometriosis o sobre los tratamientos efectuados para resolver su problema de esterilidad ni de las incidencias acaecidas durante el mismo. Tampoco hay referencia alguna a quistes ováricos, en la ecografía realizada durante el primer trimestre de la gestación que figura en la cartilla de embarazo (único periodo en el que sí es posible valorar los ovarios mediante ecografía transvaginal). El diagnóstico de endometriosis es siempre a la fuerza de presunción. Tan sólo se puede verificar fehacientemente cuando el patólogo analiza la pieza. De hecho nunca hubo tal endometriosis (...)*

5) Sobre que se abstuvo de explorar a la paciente y no le prestó la atención suficiente ni le dio crédito a sus dolencias.

*“La frase que consta en la historia clínica “no se explora por referirnos placenta previa” está sacada de contexto y se interpreta en el informe pericial de una manera malintencionada. Quiero dejar constancia que ante la posibilidad de existencia de una placenta previa (observé el diagnóstico en la cartilla del embarazo en la semana 28ª) no realicé maniobra exploratoria vaginal por precaución para no provocar un mal mayor (...) En cambio, como mencioné al principio, sí se realizaron las maniobras exploratorias físicas del abdomen. La paciente gestante presentaba un buen estado*

*general y siempre me manifestó que lo que tenía eran molestias y así lo reflejé en la historia (...)*

*Después de 15 años de práctica activa en la obstetricia ambulatoria y hospitalaria puedo afirmar que casi el 100 % de las embarazadas experimentan dolor o molestias abdominales inespecíficas a lo largo del embarazo en alguna ocasión (...)*

*En consecuencia y como prueba inequívoca de que se le prestó a la paciente la debida atención y consideración a sus dolencias es que decidí su ingreso preventivo para valorar los cambios que pudiera experimentar antes de darle de alta y modificar y adecuar en función de ello el tratamiento (...)*

*El dolor abdominal intenso no es en absoluto típico de nada en concreto como se empeñan en recalcar en el informe pericial sino que hay que valorar y sopesar un amplio abanico de patologías que pueden originarlo como procesos digestivos (...)*

6) Sobre que el tratamiento administrado estaba contraindicado:

*“El tratamiento administrado de Prepar fue por vía oral y a dosis bajas (1 comp./8 h.) y no intravenosa, adecuándolo a un cuadro leve de parto pretérmino, por lo tanto su acción tocolítica es más suave y menos susceptible de causar efectos secundarios colaterales (...) El tratamiento con Valium es para mitigar los efectos colaterales del Prepar tales como temblores o taquicardias. El tratamiento con buscapina, al poseer una muy pobre acción analgésica, no es capaz de enmascarar ningún tipo de dolor que tenga su origen en una patología orgánica. En este caso no lo enmascaró ya que como ocurrió posteriormente las molestias fueron en aumento”.*

Concluye en que la atención que le prestó a la paciente se ajustó a las pautas de la buena praxis; cuando finalizó la guardia (a las 8 horas, 30 minutos) informó a sus compañeros que trabajaban por la mañana. Además, sustenta su actuación en la bibliografía citada en el folio 374.

b) El informe emitido por Dr. x., Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología del Hospital (folios 359 a 361), que se hizo cargo de la paciente durante el resto del día 16 y la noche del 17, según los reclamantes, del que entresacamos los siguientes párrafos:

*“Por otro lado, existen algunas confusiones respecto a las indicaciones telefónicas ya que si bien eran ciertas (constantes y analíticas) después bajamos a la planta cuando dichos datos estaban ya realizados y se hicieron constar en la hoja de evolución (...)*

*Pues bien, desde los diagnósticos de A.P.P., Aerocolia (que pensaba la paciente) (...) hasta que se produce un hemoperitoneo agudo, supuso una espera vigilada (constantes vitales) ante un embarazo con feto prematuro y monitorizaciones normales.*

*Sabemos que el feto nació con Apgar 5-8 y que posteriormente hizo una membrana Hialina (previsible), razón por la que Pediatría, con buen criterio, trasladó a Murcia. Las consecuencias del traslado las hemos conocido ahora tras la lectura del informe de reclamación y que todos sentimos profundamente”.*

c) Constan, igualmente, los informes de los facultativos que atendieron a la recién nacida, Dres. x, y. (folios 376 y 377), quienes resaltan que *“nace hembra pretérmino (34 semanas) AEG (2530 grs.), con APGAR de 5/8/8, depresión respiratoria precisando reanimación superficial. Se ingresa en planta de pediatría con los diagnósticos de RNPT (34 s.) AEG (2530 grs.), anoxia fetal, depresión respiratoria, cesárea urgente por anemia aguda,*

*placenta sincreta y hemoperitoneo, cifras elevadas de glucemia en el embarazo y esterilidad previa. Se instaura tratamiento con incubadora con oxígeno, protocolo habitual de RN y perfusión de IV. Monitorización de constantes y dieta absoluta. Inicia quejido intermitente manteniendo buenas saturaciones que descienden progresivamente a pesar del incremento de aporte de O2. Se inicia canalización de arteria umbilical sufriendo caída importante de saturación que precisa intubación orotraqueal (...). Se solicita, tras estas maniobras, traslado a la UCI Neonatal del Hospital de referencia (...).*

d) También el informe evacuado por el médico de urgencia hospitalaria, Dr. x. (folio 378), quien reconoce que acompañó a la neonata en la UCI móvil:

*“A mi llegada al servicio de pediatría el neonato está intubado, conectado a respirador de incubadora y en el interior de ésta.*

*Durante el traslado no aprecio datos objetivos que hicieran pensar en una extubación, siendo los valores de saturación de O2 entre 80 y 90%, con oscilaciones que ya observé, por otro lado, antes del inicio del mismo en la planta.*

*A la llegada de la puerta de urgencias de infantil de la HUVA, creo recordar, fue acompañado hasta la UCI neonatal por un pediatra de servicio. En UCI neonatal, por personal de la misma, es sacado de la incubadora de transporte el neonato, disponiéndolo sobre una camilla de exploración, a la vez que por un médico allí presente se firma la recepción del mismo”.*

e) Por último, cabe citar el evacuado por el Jefe de Servicio de Pediatría, Dr. x., que expone los medios técnicos de los que dispone dicho Servicio en estos casos: *“todos los medios necesarios para intubación neonatal tanto orotraqueal como nasotraqueal, respiradores neonatales, incubadora de transporte de última generación con respirador neonatal incluido. Las UCI neonatales están situadas en los hospitales de referencia, el nuestro es el Hospital Virgen de la Arrixaca (...)*”

**SÉPTIMO.-** El protocolo de la cesárea de urgencia realizada a la paciente (folio 413) por presentar shock hipovolémico recoge los siguientes datos:

*“Quiste ovárico derecho roto con gran hemorragia desde el parametrio derecho, de origen arterial. Rotura de arteria uterina a nivel para-wagonal.*

*Se practica cesárea, seguida de histerectomía abdominal total, con anexectomía derecha, hemostasia por pinzamiento de arteria uterina y colaterales. Posterior dirección de uréter hasta túnel del parametrio y canalización del mismo, sin hallar obstrucción.*

- Hemostasia correcta.*
- Suspensión de muñon vaginal a redondos.*
- No complicaciones.*
- Cierre por planos. Piel con grapas.*
- Diagnóstico operativo. Rotura de quiste ovárico. Hemorragia por rotura de arteria uterina”.*

(...). También el informe clínico de alta hospitalaria de la paciente del Servicio de Obstetricia y Ginecología (folio 436) refiere lo siguiente *“a la laparotomía, rotura de quiste ovario derecho, que provoca hemorragia por rotura de arteria uterina (...)*”.

**OCTAVO.-** Recabado el informe de la Inspección Médica, es evacuado el 18 de mayo de 2005 (folios 585 a 597), alcanzando las siguientes conclusiones:

*“En relación con la madre x.:*

- *No resulta evidente que los servicios sanitarios no adecuaron su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad, ya que no puede afirmarse que el diagnóstico de abdomen agudo estuviera claro desde su ingreso.*
- *Sí se establece la relación de causalidad entre la prestación del servicio y el daño causado (pérdida de útero), consecuencia más probable de una lesión iatrogénica (rotura de la arteria uterina) al realizar la cesárea, que como complicación de endometriosis o rotura del quiste ovárico, según la bibliografía consultada.*

*“En relación con la niña x.:*

- *No es posible afirmar que el sufrimiento feto-neonatal en el momento del nacimiento se hubiera podido evitar con la prestación de una asistencia sanitaria adecuada durante el periodo perinatal.*
- *Sí consideramos el posible agravamiento del cuadro inicial de sufrimiento fetal hipóxico-isquémico por las incidencias sufridas durante la realización del traslado”.*

En consecuencia propone la estimación de un acuerdo indemnizatorio a la presente reclamación.

Posteriormente, emite un informe complementario al anterior (folio 614), en el que matiza la relación de causalidad de la intervención de cesárea con la rotura de la arteria uterina en el sentido siguiente:

*“A la vista de nuevas referencias bibliográficas consultadas es obligado reconocer que la rotura de vasos uterinos es una complicación posible, aunque muy rara, en la endometriosis. No se han localizado comunicaciones de rotura de vasos uterinos tras una rotura o torsión de quiste ovárico no endometriósico.*

*Por tanto y en relación con el estudio de causalidad de la rotura de la arteria uterina, existen ambas posibilidades: de que fuera una rotura espontánea secundaria a endometriosis, o que sea una lesión iatrogénica”.*

Sin embargo, añade una nueva conclusión sobre la asistencia prestada a la paciente:

*“Independientemente de la etiología de la rotura de la arteria uterina, sí se establece relación de causalidad entre la asistencia sanitaria y la realización de la histerectomía, ya que la instauración del shock hipovolémico condicionó:*

*La necesidad de realizar la cesárea de forma urgente.*

*Una pérdida de oportunidad en la intervención y la posibilidad de salvar el órgano”.*

**NOVENO.-** Consta la interposición del recurso contencioso administrativo por los reclamantes contra la desestimación presunta de la reclamación (folio 601), y la remisión del expediente administrativo a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, con las notificaciones de los emplazamientos realizados. También consta un correo electrónico de 4 de abril de 2006 (folio 623), en el que una empleada de la aseguradora del ente público, x., pone en conocimiento del órgano instructor que *“proceden a iniciar negociaciones en el expediente de x”*.

**DÉCIMO.-** Con fecha 3 de octubre de 2006, el letrado actuante presenta escrito (folios 625 y ss.), en el que pone de manifiesto la tardanza en la resolución del expediente y la falta de coordinación entre la aseguradora y el Servicio Murciano de Salud, al haber transcurrido 11 meses desde que la comisión de seguimiento del seguro había acordado ponerse en contacto con los reclamantes. De otra parte, pone de manifiesto la falta de acreditación de que el Dr. x. acompañara a la menor en su traslado al Hospital Virgen de la Arrixaca y, frente a la ausencia de identificación por el Hospital de la ATS que la cuidaba, cuya firma sí aparece en la hoja de traslado, aporta un acta de manifestaciones en la que x. reconoce su letra y su firma en dicha hoja. Además, destaca las deficiencias advertidas por la Inspección Médica que corrobora, en su opinión, el nuevo informe pericial que aporta, realizado por el Dr. D. x., especialista en Obstetricia y Ginecología, cuyas conclusiones obran en los folios 650 y 651, destacándose las siguientes en relación con la atención prestada a la menor:

- La niña nace en buen estado, con un buen test de Apgar. Sin embargo, a pesar de la prematuridad y a pesar de que presentó posteriormente depresión respiratoria, no se administró surfactante pulmonar como profilaxis del síndrome de membrana hialina.
- Posteriormente, y a pesar de que se realiza el diagnóstico de síndrome de membrana hialina en el Hospital Rafael Méndez, se decide el traslado de la niña, pero no se administra surfactante pulmonar.
- El traslado de la niña al Hospital Virgen de la Arrixaca se realiza de forma incorrecta, ya sea porque no se realizó bien la intubación, ya sea porque no se mantuvo la adecuada vigilancia y se salió el tubo orotraqueal sin que se detectara. Lo que si está claro es que la niña llegó a aquel Hospital extubada, con el tubo orotraqueal en la boca y con una saturación de oxígeno del 55%.
- La hipoxemia padecida durante el traslado le provocó una hipoxia tisular, que produjo lesiones cerebrales irreversibles. La hipoxia también pudo facilitar la aparición de hemorragia intraventricular, que vino a agravar el cuadro cerebral que padece la niña.

Finalmente, los reclamantes solicitan la cantidad total de 1.244.425,7 euros, tomando como criterio orientador el baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico. A la cantidad anterior añaden 4.800 euros de renta mensual vitalicia, revalorizable conforme al IPC, para que sea atendida la niña por tres personas titulares y un suplente en el caso de enfermedad o turno vacacional.

**UNDÉCIMO.-** Con fecha 31 de enero de 2007, x., en representación de los reclamantes, presenta escrito ante el Servicio Murciano de Salud en el que expone que la compañía aseguradora le ha ofertado 350.000 euros, que considera insuficientes teniendo en cuenta la existencia de dos víctimas en este expediente y las gravísimas lesiones de la menor. Solicita que prosigan las actuaciones y propone un acuerdo al que sus representados estarían dispuestos a alcanzar: que se reconozca a la madre la cantidad de 75.000 euros y a la menor 750.000 euros. Acompaña diversos pronunciamientos judiciales sobre indemnizaciones concedidas en otros casos y la última resolución del Instituto Murciano de Acción Social (IMAS), que reconoce a la menor una minusvalía del 91%.

**DUODÉCIMO.-** Previa nueva propuesta de los reclamantes de terminación convencional del expediente si se les reconoce una indemnización de 600.000 euros a su hija (folio 680), la instructora, mediante informe-propuesta de resolución de 5 de febrero de

2008, considera que dicha cuantía es adecuada para la justa compensación de daños (sic) y propone:

*“1.- Citar a los reclamantes para una comparecencia en la que muestren su conformidad con la cuantía señalada y expresen su renuncia a cualquier acción administrativa o judicial por estos mismos hechos, siempre y cuando les sea abonada la mencionada indemnización en un plazo no superior a tres meses, a contar desde la autorización del Ministerio Fiscal.*

*2. Que dicho acuerdo junto con el expediente instruido y la propuesta de resolución sean remitidos al Consejo Jurídico de la Región de Murcia para que emita el correspondiente dictamen, a ser posible mediante el procedimiento de urgencia, de forma que pueda abonarse la indemnización al reclamante en el referido periodo de tres meses”.*

En su cumplimiento, los interesados suscriben una propuesta de acuerdo convencional con el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud por la cantidad expresada (folios 690 y 691), en la que se comprometen a renunciar expresamente al ejercicio de cuantas acciones y derechos les pudieran corresponder por estos mismos hechos contra el Servicio Murciano de Salud y su aseguradora, al igual que se comprometen a presentar escrito de desistimiento para el archivo de las actuaciones en el recurso contencioso administrativo 196/2005, condicionado a lo arriba indicado.

Por diligencia expedida por el órgano instructor de 17 de marzo de 2008, se hace constar que en las dependencias del Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud se ha personado un representante de los reclamantes para retirar una copia de la propuesta de acuerdo convencional, con el fin de presentarla ante el Ministerio Fiscal para solicitar su autorización, así como la suspensión del procedimiento contencioso administrativo en curso.

**DECIMOTERCERO.-** Por Auto de 17 de julio de 2008 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, se autoriza la transacción en los términos que consta en la propuesta de acuerdo convencional suscrito por los interesados y por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, destinada a la atención y cuidado de su hija menor.

Posteriormente, el 23 de julio de 2008 (registro de entrada), el letrado actuante presenta ante el Servicio Murciano de Salud escrito al que acompaña el informe favorable a la transacción de la Fiscalía de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (folios 688 y 689), que considera que *“la cantidad de 600.000 euros no perjudica los intereses del incapacitado, sin que se considere necesaria la práctica de prueba para demostrar la necesidad de la transacción y su utilidad, al entenderse adecuada y justificada, no tanto por la demora existente en la resolución de los asuntos cuanto por lo próximo de la cantidad que en su caso pudiera corresponderle al incapacitado al aplicar dicho baremo”.*

**DECIMOCUARTO.-** Con fecha 31 de julio de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo que consta de 701 folios, y solicitando su despacho por el trámite de urgencia dado que la propuesta de terminación convencional suscrita por las partes recoge un compromiso de pago en un plazo perentorio.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes



## CONSIDERACIONES

### PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada ante la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

El Dictamen ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y la lesión producida y sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, según establece el artículo 12.2 RRP.

### SEGUNDA.- Legitimación y plazo.

1. Ha quedado acreditado en el expediente la condición de interesados de los reclamantes para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), ya que se consideran perjudicados por la actuación del servicio público sanitario en la asistencia dada a la paciente y a la hija menor de edad que representan.

Si bien cuando ocurrieron los hechos el centro hospitalario, a cuyos facultativos y medios se atribuye la inadecuada praxis médica, no pertenecía al Servicio Murciano de Salud, el posterior proceso de transferencias de funciones y servicios en materia de sanidad de la Administración del Estado a la CARM sustenta plenamente la legitimación pasiva de la Administración regional, como ha indicado de forma reiterada el Consejo Jurídico (por todos, nuestro Dictamen 65/2002).

2. En cuanto al plazo para ejercitar la acción, la interposición por los reclamantes de denuncia por un presunto delito de lesiones causadas por imprudencia médica ante el Juzgado de Instrucción núm. Uno de Lorca (Diligencias Previa 2398/2000) por estos mismos hechos, interrumpió el plazo de prescripción conforme a nuestra doctrina (por todos, Dictamen 21/08), habiendo sido dichas actuaciones archivadas tras el Auto de la Audiencia Provincial de Murcia de 8 de julio de 2003, fecha que tiene la consideración de *dies a quo* para el cómputo del plazo en relación con la asistencia dada a la paciente, de lo que se deduce que la reclamación presentada el 7 de julio del 2004 se ha ejercitado en plazo, aun sin tener en cuenta la fecha de notificación del citado Auto a la parte reclamante. En el caso de la menor, el cómputo del inicio del plazo para el ejercicio de la acción es muy posterior, en tanto ha de de tenerse en cuenta la determinación del alcance de las secuelas, conforme al artículo 142.5 LPAC, en atención a que su patología se ha ido agravando con el tiempo, como reconoce la última resolución del IMAS, de 31 de enero de 2007, que establece un grado de minusvalía del 91%.

### TERCERA.- Procedimiento.

1. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP.

Sin embargo, las peculiaridades del presente expediente que propone la terminación convencional del procedimiento suscita una serie de cuestiones, algunas ya solventadas y otras susceptibles de ser advertidas a la Consejería competente:

a) Conviene destacar que la instrucción culmina en un informe-propuesta de resolución del órgano instructor, cuya denominación ha sido objeto de consideración en nuestro Dictamen núm. 154/2008, y con una propuesta de acuerdo convencional suscrita por los reclamantes y el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, si bien para la emisión de Dictamen por el Consejo Jurídico se requiere únicamente la propuesta de acuerdo convencional del órgano instructor, según establece el artículo 12.1 RRP, puesto que la formalización del acuerdo por el órgano competente se ha de producir tras la emisión del preceptivo Dictamen (artículo 13 del mismo Reglamento).

Al afectar el acuerdo de terminación convencional a los derechos de una menor, el procedimiento ha sido completado con la autorización para la transacción por parte de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, mediante Auto de 17 de julio de 2008, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, por exigencia de los artículos 2.025 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al haberse interpuesto por los reclamantes el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación.

No obstante, no consta en el expediente el traslado de las actuaciones tendentes a dicho acuerdo al letrado del Servicio Murciano de Salud en el pleito correspondiente, con fundamento en el principio de coordinación con la Dirección de los Servicios Jurídicos en su condición de centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que es parte la Administración regional (artículo 4.2 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la CARM). En tal sentido, debe traerse a colación que el artículo 76 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, recoge un procedimiento *ad hoc* para cuando, interpuesto el recurso contencioso administrativo, se reconocen en vía administrativa las pretensiones de los demandantes.

b) En cuanto a los requisitos procedimentales exigibles a la propuesta de acuerdo convencional, el Consejo Jurídico ha de realizar las siguientes observaciones:

La primera hace referencia al cumplimiento del requisito temporal para proponer el acuerdo indemnizatorio, en la medida que el artículo 11.2 RRP posibilita que el interesado proponga la terminación convencional durante el plazo del trámite de audiencia, si no lo hubiera hecho con anterioridad. En el presente caso, la situación de paralización del procedimiento, tras el acuerdo de la comisión de seguimiento del seguro de entablar negociaciones con los interesados, no permite encuadrar *estrictu sensu* dicha petición en el trámite de audiencia otorgado pero, en todo caso, se ha planteado durante el periodo de instrucción y, sobre todo, se ha propuesto por los interesados con anterioridad a la propuesta que ha de realizar el órgano instructor.

La segunda observación, de mayor importancia aún, está relacionada con la falta de razonamiento en el “informe-propuesta de resolución del órgano instructor” del contenido exigido por el artículo 12 RRP para que el Consejo Jurídico proceda a dictaminar sobre los extremos arriba referenciados (Consideración Primera), en relación con los requisitos establecidos en los artículos 139 y 141.1 LPAC para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial. Es decir, el informe-propuesta de resolución carece de un análisis del nexo causal con el funcionamiento del servicio público sanitario, pese a la abundancia de informes

técnicos evacuados por los facultativos del Hospital Rafael Méndez, Inspección Médica y peritos de parte, estos últimos no siempre coincidentes en sus apreciaciones sobre la praxis médica seguida; del mismo modo, las razones por las que el órgano instructor considera adecuada la cuantía indemnizatoria y es compatible con el interés público, como requisito necesario para poder terminar convencionalmente el procedimiento, según establece el artículo 88 LPAC. Esta exigencia de motivación se hace aún más necesaria cuando, en las actuaciones penales previas que fueron archivadas, el médico forense (folios 128 y 129) había informado que, en su opinión, no se había producido descuido o negligencia en el cuidado a la paciente.

**CUARTA.- La responsabilidad patrimonial en la asistencia sanitaria.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
- b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del pa-

ciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

Veamos la aplicación de esta doctrina al presente supuesto.

**QUINTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.**

En sus imputaciones los reclamantes diferencian la praxis médica seguida con la paciente y con la menor que, a su juicio, ha dado como resultado, en el caso de la primera, su esterilidad (extirpación del útero totalmente sano) y, en el de la segunda, una encefalopatía hipóxico-isquémica severa.

Para el órgano instructor ha existido una inadecuada praxis médica, que no concreta, concluyendo, no obstante, en una propuesta de acuerdo convencional por la cantidad global de 600.000 euros sin mayor motivación, como se ha indicado con anterioridad.

1) Actuaciones sanitarias en relación con la paciente.

Respecto a la paciente los reclamantes achacan a los facultativos que la atendieron en el Hospital Rafael Méndez una grave imprudencia, que demuestra impericia profesional y una omisión de medios, pues si se presenta un cuadro de abdomen agudo, refiriendo la paciente posible inserción anormal de la placenta, es obligada la realización de una ecografía, atendiendo también a sus antecedentes (endometriosis), sin que se diagnosticara hasta que se produjo el hemoperitoneo. También consideran inadecuada la intervención quirúrgica en la medida que se le extirpó el útero totalmente sano, produciendo una esterilidad irreversible a la interesada, que tenía por entonces 31 años.

De la historia clínica y de los informes evacuados por los distintos facultativos, el Consejo Jurídico distingue en su asistencia hospitalaria tres periodos:

- Cuando la paciente acude al servicio de urgencias y posteriormente el facultativo que la atiende ordena su ingreso en el Hospital Rafael Méndez.
- La atención desde su ingreso hasta la cesárea.
- La intervención quirúrgica.

a) Cuando la paciente acude al Servicio de Urgencias del Hospital Rafael Méndez, embarazada de 34 semanas, no presenta un dolor abdominal agudo en contra de lo que exponen los reclamantes, sino que refiere “*molestias en fosa ilíaca derecha de modo intermitente*”, según consigna la hoja de ingreso que refleja que su estado general era bueno. A este respecto, ha de tenerse en cuenta, conforme expone la Inspección Médica, de que uno de los motivos más frecuentes de consulta en los Servicios de Urgencias es el dolor abdominal, que puede tener su origen en una gran cantidad de causas, por lo que el diagnóstico diferencial puede ser en ocasiones difícil.

El Dr. x., que atendió a la paciente en el Servicio de Urgencias en el Hospital Rafael durante tres horas, detalla de forma exhaustiva las pautas que siguió con la paciente (Antecedente Sexto), si bien destacamos de la misma que procedió a la monitorización cardiotocográfica por un periodo de 2 horas mientras le realizaban una extracción de sangre y de orina. En este tiempo comprobó el estado de bienestar y de oxigenación fetal (“monitor reactivo en todo momento”). Consideró que la paciente presentaba un cuadro compatible

con amenaza de parto pretérmino de una intensidad leve y siguió el tratamiento habitual con Prepar por vía oral y Valium para mitigar los efectos colaterales. Finalmente, decidió ingresar preventivamente a la paciente para vigilar la evolución clínica y el efecto del tratamiento durante las horas subsiguientes.

Esta asistencia, pese a que se discute por los reclamantes la conveniencia de haberle realizado una ecografía a su ingreso por la placenta previa que refiere entre sus antecedentes (así se recoge en el último informe pericial de parte), sin embargo es justificadamente refutada por el Dr. x., que señala: *“Como ya he referido el realizar una ecografía transvaginal hubiera podido reportar mayor daño por el riesgo de provocar hemorragia vaginal ante una sospecha de placenta previa”*.

De la actuación relatada, ni la Inspección Médica ni el segundo perito de la parte reclamante (folio 642), infieren una *praxis* incorrecta, al igual que el médico forense que informa: *“considero que la sintomatología que presentaba la paciente al ingreso era inespecífica y que podría corresponder con otros diagnósticos, que se le hicieron cuantas exploraciones complementarias eran necesarias y, en función del resultado de las mismas, se actuó”*.

b) Sin embargo, de la asistencia sanitaria que se prestó a la paciente tras su ingreso, sobre todo durante la madrugada del día 17, la Inspección Médica presupone una actuación incorrecta cuando deriva relación de causalidad con el daño alegado (pérdida de oportunidad), pero sin arrojar mucha luz, frente a la opinión más concluyente de los peritos de la parte reclamante.

Conviene recordar a este respecto que el Auto de 8 de julio de 2003 de la Audiencia Provincial de Murcia, ya citado, hace referencia a que *“la definitiva depuración de responsabilidades por esa alegada falta de control inicial de la paciente y por la comentada actuación incorrecta de los profesionales médicos, debe ser debatida en el marco de un proceso ajeno al ámbito penal”*. Precisamente la falta de pronunciamiento del órgano instructor sobre la *praxis* médica y el nexo de causalidad con el daño alegado durante este periodo, y en la posterior intervención de cesárea, es singularmente destacable y pone en juego, ante una propuesta de acuerdo convencional, la distribución de la carga de la prueba entre las partes, a la que nos hemos referido en la Memoria correspondiente al año 1999 (págs. 42 y 43).

De la historia clínica se desprende que en la mañana del día 16 a la paciente se le realizó otra monitorización y se le administró buscapina intravenosa. También se le extrajo sangre para dejar en reserva y se le realizó un electrocardiograma con resultado normal, lo que denotaría en aquel momento una actitud preventiva.

Con posterioridad, como el dolor no remitía, fue avisado el ginecólogo a las 23 horas del día 16, según las observaciones de enfermería (folio 100): *“se avisa a las 23 h. al ginecólogo porque la paciente refiere mucho dolor en fosa ilíaca derecha. Se sube para hacerle monitor y reconocerla. Se quita la medicación actual y le pauta sonda rectal y nervobión”*. Es decir, la paciente, que había pasado la tarde con molestias según anotan las enfermeras, presenta a esas horas “mucho dolor”, según se transcribe. Al no mejorar esa noche, las enfermeras avisan sobre las 2 de la madrugada al ginecólogo de guardia, que les indica telefónicamente que le tomen las constantes y le hagan un reflolux (179 mg/dl). Anotan que *“intenta levantarse y se marear”*, y se le pone Bepanthen y Benadón en suero. No consta en la historia clínica que el facultativo explorara a la paciente tras este aviso de las enfermeras, lo que viene a reconocer implícitamente el Dr. x. (folio 359) cuando señala

que “*existen algunas confusiones respecto a las indicaciones telefónicas ya que si bien eran ciertas (constantes y analíticas) después bajamos a la planta cuando dichos datos estaban ya realizados y se hicieron constar en la hoja de evolución*”.

Al no mejorar, según anotan las enfermeras, a las 7 h. de la mañana del día 17 avisan otra vez al ginecólogo, porque además del dolor en todo el abdomen, está “mareosa y sudorosa” (sic). Seguidamente anotan “*dice que le pinchemos hemograma urgente y nuevo reflolux*”, que arrojó un resultado similar al anterior. Tras lo cual se anota en la hoja de enfermería que el ginecólogo visita a la paciente, que ordena una ecografía urgente (se le realiza a las 9 h. según los reclamantes, anotándose en el historial que se realiza a 1ª hora de la mañana) para que confirme la existencia de un hemoperitoneo que explique el cuadro de dolor agudo y las diferencias en la analítica (folio 66), siendo confirmado posteriormente por la ecografía. Con el diagnóstico de shock hipovolémico se indicó cesárea urgente, que fue practicada a las 10,30 horas.

De las anteriores actuaciones la Inspección Médica, en su informe complementario de 27 de octubre de 2005 (folio 614), que matiza el anteriormente evacuado, considera que existe relación de causalidad entre la asistencia sanitaria y la realización de la histerectomía, porque la instauración del shock hipovolémico condicionó la necesidad de realizar una cesárea de forma urgente y una pérdida de oportunidad en la intervención y en la posibilidad de salvar el órgano (el útero). Sin embargo, no termina de concretar y detallar qué acciones u omisiones sanitarias durante dicho periodo originaron esta pérdida de oportunidad, aspectos que convendría haber sido aclarados durante la instrucción, teniendo en cuenta que en su informe inicial concluía, en relación con la paciente, que “no resulta evidente que los servicios sanitarios no adecuaron su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad, ya que no puede afirmarse que el diagnóstico de abdomen agudo estuviera claro desde su ingreso”. Mayor claridad se infiere del segundo informe pericial de parte (folio 650), que pone énfasis en que no se le realizó durante esa noche ninguna ecografía, pese a que la paciente tenía mucho dolor (según anotan las enfermeras) y con el antecedente anotado de placenta previa, ni tan siquiera a primera hora de la mañana (de 7 a 8 de la mañana), destacando también la demora en su realización. Igualmente se cuestiona por los reclamantes la actuación del ginecólogo de no explorar a la paciente, cuando fue avisado a las 2 de la mañana por las enfermeras de planta.

c) En cuanto a la intervención quirúrgica que provocó, según la parte reclamante, la rotura de la arteria uterina, a consecuencia de lo cual se hizo necesario la extirpación del útero que estaba totalmente sano, produciendo una esterilidad irreparable, ni la Inspección Médica ni el perito de parte concluyen de modo inequívoco en una inadecuada praxis médica, en tanto informan en términos de probabilidad, no de certeza. Así la Inspectora Médica, en su informe complementario (folio 615), matiza el juicio vertido anteriormente sobre la existencia de relación de causalidad entre la prestación del servicio y la pérdida del útero, que atribuye inicialmente con probabilidad a una lesión iatrogénica, afirmando tras consultar numerosas fuentes bibliográficas que caben dos posibilidades: que fuera una rotura espontánea secundaria a endometriosis, o que sea una lesión iatrogénica. Del mismo modo el perito expresa su parecer en términos poco concisos para entender como debidamente acreditado el vínculo causal con esta secuela de la intervención quirúrgica: “*es posible que una disección más cuidadosa hubiera permitido extirpar el ovario derecho sin lesionar la arteria uterina, y de esta forma no hubiera sido necesario extirpar el útero*”.

2) Asistencia sanitaria en relación con la menor.

Interesa destacar que en la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada ante la Administración regional se han ampliado las imputaciones a la asistencia del servicio sanitario público respecto a la menor, en contraste con la denuncia previa en la vía penal, sobre la base de la historia clínica y de las condiciones de su traslado desde el Hospital Rafael Méndez al Hospital Virgen de la Arrixaca.

Se ha acreditado en el historial que la niña nació con una asfixia moderada que se reflejó en un Apgar de 5, 7 y 8. Pesó al nacer 2.530 gr., administrándole oxígeno (folio 68). Es trasladada a planta de pediatría (folio 376), iniciando distress respiratorio progresivo por lo que se requiere intubación, siendo trasladada a la UCI neonatal del Hospital de referencia. Pese a que la hoja de transporte en la UCI móvil consignaba específicamente que se vigilara la sonda de intubación oral (folio 286), consta acreditado que cuando llegó a la UCI (con 7 horas de vida) llevaba el tubo orotraqueal en boca (extubada) con Sat O<sub>2</sub>=55%, procediéndose en su ingreso a reintubación. Se le administra una dosis de surfactante con ligera mejoría clínica, pero persistió infiltrado intersticial en hemotórax izquierdo durante unos días, catalogándose de neumonía. Se extuba a los 8 días con buena respuesta.

En este aspecto existe coincidencia de criterios entre la Inspección Médica y los peritos de parte en que las incidencias que ocurrieron en el traslado de la recién nacida, en la que el tubo orotraqueal llega extubado y la saturación de oxígeno era del 55%, se relacionan con el diagnóstico de asfixia fetoneonatal, que se refleja en el informe de alta de la UCI Neonatal y en los sucesivos diagnósticos de asfixia fetoneatal severa y encefalopatía hipóxico-isquémica severa, con alteración EEG en el Servicio de Neonatología del Hospital Virgen de la Arrixaca, que ha dado lugar a un cuadro de encefalopatía crónica tetraparética espástica con epilepsia secundaria, que presenta en la actualidad la niña.

No obstante, existe cierta discrepancia en cuanto a su alcance, en tanto la Inspección Médica traduce dicha incidencia en un agravamiento del cuadro inicial, mientras que para el perito de parte la parálisis cerebral infantil con tetraparesia espástica y la epilepsia secundaria que padece la niña se deben a las grandes lesiones cerebrales que se provocaron, como consecuencia de la hipoxia sufrida durante el traslado (folio 651). En este aspecto cabe destacar la pasividad probatoria de la Administración, que no se ha orientado a aclarar si en dichas secuelas pudieron influir, además, otras causas (por ejemplo, la prematuridad) y en qué porcentaje, por lo que en ningún caso dicha inactividad puede beneficiar a la Administración. No obstante, la matización anterior no tendría consecuencias en el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial, que resulta manifiesta, sino en la determinación del *quantum* indemnizatorio. A mayor abundamiento, otros informes médicos de la Administración confirman la relación causal. Así el Dr. x. de la Sección de Neuropediatría del Hospital Virgen de la Arrixaca (folio 280) señala que la encefalopatía crónica que padece la niña, cuya etiología se ubica en una hipoxia-isquemia cerebral, se relaciona con el periodo perinatal. Del mismo modo, el Dr. x., Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología, lamenta en su informe las consecuencias del traslado de la menor (folio 360).

Cabe concluir, por tanto, que ha quedado probado un defectuoso funcionamiento del servicio público sanitario, no en la extensión sostenida por los reclamantes (sobre todo en relación con la paciente), concurriendo todos los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, entre ellos, la antijuridicidad del daño, debiendo reconocerse el derecho de los reclamantes a ser indemnizados.

**SEXTA.- La terminación convencional propuesta: cuantía indemnizatoria.**

Los reclamantes, en su escrito de 7 de enero de 2008, manifiestan su disposición a la terminación convencional del presente procedimiento administrativo si la Administración reconoce a su hija una indemnización de 600.000 euros, es decir, contraen la cuantía indemnizatoria a los daños sufridos por la menor con las secuelas ya señaladas, por todos los conceptos reclamados. Previamente habían solicitado (folio 630) la cantidad total de 1.244.425,7 euros, más una renta mensual vitalicia.

El órgano instructor considera adecuada la cantidad propuesta (600.000 euros) para la justa compensación de los daños producidos por las actuaciones descritas. Del mismo modo el informe del Ministerio Fiscal (folio 689) señala:

*“Que por aplicación por analogía con el Baremo de Tráfico, y dada la existencia de cantidades fluctuantes en el mismo, se considera que la cantidad de 600.000 euros no perjudica los intereses del incapacitado, sin que se considere necesaria la práctica de la prueba para demostrar la necesidad de la transacción y su utilidad, al entenderse adecuada y justificada, no tanto por la demora existente en la resolución de los asuntos cuanto por lo próximo de la cantidad que en su caso pudiera corresponderle al incapacitado de aplicar dicho baremo”.*

Sobre el cálculo de la indemnización, el Consejo Jurídico viene aplicando de forma constante una serie de criterios legales y jurisprudenciales (por todos, Dictamen núm. 154/08), entre los que destacamos que la legislación sobre indemnización en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo, debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales de la lesionada.

En el presente caso, en el último reconocimiento realizado por el Equipo de Valoración y Orientación del IMAS de 12 de enero de 2007, la menor presenta las siguientes deficiencias: retraso mental profundo, tetraparesia, crisis parcial y enfermedad del aparato digestivo. Dichas deficiencias se valoran en un grado de minusvalía del 91%.

Para fijar la indemnización procedente resulta necesario tener en cuenta la extrema gravedad de las secuelas de todo tipo, físicas, psíquicas y neurológicas que presenta la menor, de carácter irreversible, que le condicionan durante su vida el desarrollo de su personalidad, de su autocuidado, y de relación con el mundo exterior, generándole una limitación muy profunda de todo género, así como el daño moral que le ha causado a sus padres, encargados de su cuidado.

Ante minusvalías similares en la que existe una incapacidad casi total derivada de problemas de nacimiento, el Tribunal Supremo es partidario de conceder sólo una indemnización global, sin añadir una pensión vitalicia. Para estos casos suele fijar la indemnización en 600.000 euros por todos los conceptos (SSTS, Sala 3ª, de 27 de junio de 2008 y de 15 de marzo de 2007).

En tal sentido, en la medida que la propuesta remitida se atiene a este criterio judicial ponderado, se considera adecuada la cuantía, si bien cabe realizar más consideraciones al informe-propuesta de resolución de la instructora:

a) El auto judicial por el que la Sala de lo Contencioso Administrativo autoriza la transacción establece que el importe de la indemnización irá destinado a la atención y cuidado de la menor, por lo que la adscripción a tal fin habrá de reflejarse en la formalización de la transacción.



b) No se desprende del expediente que la aseguradora del ente público vaya a suscribir, conjuntamente con los reclamantes y con el Servicio Murciano de Salud, el acuerdo de terminación convencional, cuando según el auto judicial referido ha mostrado su conformidad con lo solicitado por los reclamantes y se incluye en el texto a suscribir por las partes que los reclamantes se comprometen a no efectuar ninguna otra reclamación sobre lo mismos (hay una errata) a --, S.A.

c) En la medida que el acuerdo de terminación convencional se condiciona a que se haga efectivo su pago en el plazo de tres meses desde que se ha aportado al expediente el parecer favorable del Ministerio Fiscal, que tuvo entrada en el registro de la Consejería el 23 de julio de 2008 (folio 687), se entiende ya actualizada dicha cantidad, siempre y cuando se abone en el citado plazo, que concluye el 23 de octubre del año en curso.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se informa favorablemente la propuesta de acuerdo indemnizatorio tendente a la terminación convencional del procedimiento, toda vez que se aprecian en el supuesto sometido a consulta todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial. Asimismo, se cumplen los requisitos para proceder a la terminación convencional del procedimiento.

**SEGUNDA.**- En la formalización del acuerdo de terminación convencional habrá de tenerse en cuenta lo indicado en la Consideración Sexta.

No obstante, V.E. resolverá.

### **DICTAMEN 165/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por robo en centro escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 15/10/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*El Consejo Jurídico ha destacado que el instituto de la responsabilidad patrimonial no puede desnaturalizarse de manera que se convierta en un seguro a todo riesgo, convirtiéndose a la Administración en un centro de imputación de cualquier lesión, que conduciría a la larga a la paralización de la vida, administrativa o no, ya que la simple coexistencia en el tiempo y en el espacio de acciones no ligadas causalmente, constituirían al titular de tales acciones en asegurador universal de cualquier contingencia; en tal sentido la STS, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª, de 4 de mayo de 1998 (Dictámenes números 76/1999 y 84/2002).*

## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 6 de febrero de 2008 (de registro de entrada en la entonces denominada Consejería de Educación, Ciencia e Investigación) presentó escrito x., profesora, por el que denuncia la sustracción de un bolso de su propiedad, perpetrado en su lugar de trabajo (CEE “Enrique Viviente”, de La Unión) y solicita una indemnización por los daños sufridos y los perjuicios derivados de la pérdida del teléfono móvil, gafas de sol, llaves de su domicilio y del automóvil, dinero en metálico, tarjetas de crédito y documentación.

Acompaña al escrito de reclamación una copia del Atestado levantado por la Guardia Civil que compareció en el Centro a requerimiento de su Director, del que se extrae que los hechos ocurrieron del siguiente modo: El día 11 de enero de 2008, de 16 a 17 horas, todos los profesionales del centro, incluida la denunciante, tenían una reunión en la sala de profesores, situada en la primera planta. La reclamante, antes de acudir a dicha reunión, dejó el bolso y otras pertenencias sobre la mesa de su aula (ubicada en la planta baja), cerró con llave la puerta y se marchó. Un a vez finalizada la reunión pasó por su aula a recoger sus enseres y se encontró con que persona o personas desconocidas habían entrado al aula por una ventana situada a 1,60 metros de altura, habían registrado y revuelto su mesa y se habían llevado su bolso con los efectos que contenía, que seguidamente se relacionan con indicación de su valor aproximado:

- Bolso de tela de la marca “Adolfo Domínguez”, 170 euros.
- Cartera-billetero, marca “El Caballo”, 110 euros.
- Gafas de sol graduadas, 135 euros.
- Teléfono móvil Nokia, 90 euros.
- 15 euros en billetes, más moneda fraccionada.
- DNI, permiso de conducir, tarjetas de crédito y tarjetas sanitarias.
- Juego de llaves de la puerta del Colegio, otras del domicilio particular y otras del vehículo Ford, modelo KA, propiedad de la reclamante.

También aparece incorporado a la reclamación informe del Director del CEE del siguiente tenor literal:

*“Que el día 11 de enero del año presente, encontrándose todo el personal reunido en la planta superior en Reunión General de Centro a las 17 horas, se cometió un robo en el Aula 2 del Centro. El objeto sustraído fue el bolso de x., con todos los efectos personales de esta maestra. El robo se cometió a través de una ventana del aula citada, la cual no cuenta con rejas. La ventana fue abierta mediante movimientos bruscos de una de las hojas desde el exterior del Centro”.*

**SEGUNDO.-** Por Resolución del Secretario General de la indicada Consejería, de fecha 18 de abril de 2008, se acuerda admitir a trámite la reclamación formulada y designar instructora del expediente, circunstancia que se notifica a la interesada a efectos de que pudiera ejercer, en su caso, el derecho a recusación que le asiste.

**TERCERO.-** Con fecha 3 de junio de 2008 la interesada presenta escrito mediante el que manifiesta que el seguro del Colegio ha cubierto parte de los daños sufridos, pero aún le quedan por resarcir los siguientes (que no son asumidos por el citado seguro):

- El dinero en metálico que llevaba en el monedero sustraído (de 15 a 20 euros).
- El importe de la renovación del DNI (7 euros) y del permiso de conducir (18 euros).

**CUARTO.-** Seguidamente la instructora solicita el preceptivo informe del centro, requiriendo a su Director para que indique cuáles fueron las circunstancias que concurrieron en los hechos denunciados por la x., incidiendo especialmente sobre los siguientes extremos:

*“1. Existe en el Centro alguna Instrucción interna relativa a la guarda de los objetos personales del personal que trabaja en el Centro (si existen taquillas para el profesorado, si se guardan bajo llave en el cajón de la mesa, etc.).*

*2. Si se han producido otros robos en el centro.*

*3. Si se ha llegado a averiguar si los autores del robo eran o no alumnos.*

*4. Cantidad exacta de la que el Seguro del colegio se ha hecho responsable”.*

Dicho requerimiento es cumplimentado por el Director, x., que emite informe con fecha 26 de junio de 2008, en los siguientes términos:

*“Los hechos acaecidos ocurrieron durante una reunión mantenida en la sala de profesores del Centro. Si que es verdad que en el Centro no existen taquillas personales donde guardar las cosas personales, aunque sí que está todo el personal avisado de su custodia al haber ocurrido en varias ocasiones la situación de la que nos ocupa el informe.*

*El bolso lo dejó en el aula y cerca de la ventana, la cual no cuenta con ningún tipo de seguridad, en lo que a rejas se refiere. Y la persona que sustrajo el bolso, a través de la ventana lo cogió y huyó a gran velocidad.*

*La situación descrita ha ocurrido en dos ocasiones, siendo denunciadas tanto al Cuerpo de Policía, como de Guardia Civil. Se cree quién es la persona, pero nunca ha habido devolución de lo sustraído.*

*Desde aquél robo, no ha vuelto a ocurrir ningún otro hasta la fecha.*

*En cuanto a la cantidad exacta que el Seguro del Centro se ha hecho responsable, ha sido de 472,50 euros”.*

**QUINTO.-** Con fecha 14 de marzo de 2007 se notificó a la interesada la apertura del trámite de audiencia sin que hiciera uso del mismo, al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

**SEXTO.-** La propuesta de Resolución de 28 de julio de 2008 desestima la reclamación al no haberse acreditado la relación de causalidad entre la actividad administrativa y los daños y perjuicios sufridos por la reclamante, que la instructora imputa a terceros sobre cuya conducta dañosa la Administración no debe responder.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 8 de septiembre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter de este Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que en concepto de responsabilidad patrimonial se formulen ante la Administración Regional, de acuerdo con lo establecido 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

Este procedimiento de responsabilidad patrimonial se ha iniciado a instancia de parte interesada, de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

La condición funcional de la perjudicada plantea la cuestión de la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial frente a la Administración de los empleados públicos, entendiendo el Consejo Jurídico (por todos nuestro Dictamen núm. 75/99) que la utilización de la expresión “particulares”, recogida en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), no debe llevar a una interpretación que excluya a los funcionarios, siempre y cuando sufran un daño que no estén obligados a soportar y medie una relación causa a efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido. En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado (así, Dictamen 1373/1991).

Por otra parte, el Consejo Jurídico viene sosteniendo el principio general en virtud del cual el desempeño o la ejecución de las funciones propias del puesto de trabajo no puede originar para el empleado público algún perjuicio patrimonial, de modo que el funcionario no debe soportar, en su propio patrimonio, un daño generado en el seno de la relación específica funcional, siempre que no haya mediado culpa o negligencia de su parte (por todos nuestro Dictamen núm. 143/2003). Dicha doctrina refleja el principio general de la indemnidad a favor de los empleados públicos por aquellos daños y perjuicios que puedan sufrir en su persona o en sus bienes por el desempeño de funciones o tareas reconocidos en la legislación sobre función pública. Así los artículos 14, d) y 28 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, establecen que los funcionarios percibirán las indemnizaciones correspondientes por razón de servicio y, en el mismo sentido, el Texto Refundido de la Ley de la Función Pública de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2001, de 26 de enero, también recoge el derecho a la prevención de riesgos laborales y a las indemnizaciones que reglamentariamente se establezcan (artículos 73 y 72,b, respectivamente), cuyo desarrollo no recoge, en el ámbito de nuestra Región, estos supuestos como susceptibles de indemnización.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, se ha ejercitado dentro del año de producido el hecho que motiva la indemnización, de conformidad con lo previsto en el artículo 142.5 LPAC.

Finalmente, el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

**TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

En supuestos como el que nos ocupa, es decir, daños sufridos por un empleado público en el desempeño de sus funciones, es preciso distinguir entre aquellos que pueda padecer con ocasión del cumplimiento de tales funciones, pero causados por un tercero, y los padecidos como consecuencia del propio funcionamiento del servicio (dictamen del Consejo de Estado de 17 de abril de 1997). En principio, estos últimos deberían ser reparados en el marco de la responsabilidad patrimonial de la Administración, mientras que los primeros lo

serían, en su caso, por el régimen de indemnizaciones previsto en la legislación funcionalarial antes referida.

En el asunto de que se conoce, atendiendo al concepto por el que se reclama, podemos afirmar que los daños y perjuicios cuya reparación pretende la interesada no se produjeron como consecuencia del funcionamiento del servicio educativo de la Administración regional, sino que, con ocasión del desempeño de dicho servicio, fueron ocasionados por un tercero. Tal como afirma el Consejo de Estado en el Dictamen antes citado, el hecho de que un funcionario con ocasión del cumplimiento de sus obligaciones como servidor público sufra una lesión, no quiere decir necesariamente que exista relación causal entre el resultado lesivo y el funcionamiento de la Administración.

Debe considerarse igualmente que, aunque la jurisprudencia ha venido afirmando de modo insistente que el vínculo causal debe aparecer de forma exclusiva, inmediata y directa, se han venido admitiendo diversas formas de producción mediatas, indirectas o concurrentes que no suponen necesariamente la ruptura de dicho nexo y no exoneran a la Administración de la consiguiente responsabilidad patrimonial (Sentencias del TS de 17 de noviembre de 1998 y 9 de marzo de 1999). Sin embargo, en el caso analizado es patente que el daño, surgido con ocasión de la prestación del servicio público, ha sido producido por la actuación de un tercero, en concreto en la comisión de un hecho delictivo por persona o personas desconocidas, sobre las que la Administración carece, obviamente, de deberes tuitivos o de vigilancia, lo que permite apreciar la ruptura del posible nexo causal que pudiera existir entre la actuación u omisión de la Administración y los daños sufridos. La conclusión contraria nos llevaría, como también ha afirmado el Alto Tribunal en numerosas sentencias (entre ellas la de su Sala 3ª de 27 de julio de 2002), a convertir a las Administraciones Públicas en aseguradoras de todos los riesgos sociales dada la amplitud de los servicios que prestan y de las competencias que ostentan, lo que tendría una consecuencia perturbadora “para una correcta realización y progresiva ampliación de tales servicios públicos, pues el principio de solidaridad de riesgos, que late en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, con el fin de lograr un mejor reparto de los beneficios y cargas sociales, puede verse frustrado con interpretaciones extensivas del requisito del nexo causal”.

Para supuestos similares al que nos ocupa, es decir, sustracción de objetos en dependencias de la Administración, el Consejo Jurídico ha destacado que el instituto de la responsabilidad patrimonial no puede desnaturalizarse de manera que se convierta en un seguro a todo riesgo, convirtiendo a la Administración en un centro de imputación de cualquier lesión, que conduciría a la larga a la paralización de la vida, administrativa o no, ya que la simple coexistencia en el tiempo y en el espacio de acciones no ligadas causalmente, constituirían al titular de tales acciones en asegurador universal de cualquier contingencia; en tal sentido la STS, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª, de 4 de mayo de 1998 (Dictámenes números 76/1999 y 84/2002). En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de la misma Sala y Sección del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998, y cabe añadir que mantener sin más que cualquier objeto sustraído o perdido en los locales públicos en general pueda desplegar los efectos indemnizatorios de la responsabilidad patrimonial, constituiría una interpretación desmesurada de este instituto jurídico.

En este mismo sentido el Consejo de Estado ha afirmado, entre otros en su Dictamen núm. 3156/1999, que el hecho de que la responsabilidad patrimonial sea objetiva no implica que deba responderse de todos los daños causados en centros públicos; muy al contrario, debe estarse a las circunstancias del caso concreto, que han de mostrar el daño y, sobre

todo, la imprescindible relación causal, y en el supuesto que nos ocupa queda patente que fue la propia profesora la que con su negligente conducta propició la sustracción, ya que, debidamente advertida por la Dirección del Centro del riesgo de posibles robos, no custodió personalmente sus pertenencias, dejando el bolso cerca de una ventana desde la que se divisaba perfectamente lo que había en el interior del aula y a través de la cual era posible acceder fácilmente a su interior.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Procede dictaminar favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, al no concurrir la imprescindible relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público docente y los daños alegados por la interesada para estimar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 166/08.- Reconocimiento de obligaciones contraídas por los trabajos selvícolas preventivos contra incendios forestales realizados por la empresa x, durante el mes de octubre de 2007, con omisión del trámite de fiscalización previa.**

**Consultante: Consejero de Desarrollo Sostenible y Ordenación del Territorio (2007)**

**Fecha: 20/10/08**

### **Extracto de Doctrina**

*NOTA: Concluye en la necesidad de completar la instrucción, sin entrar en el fondo del asunto.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 18 de diciembre de 2007, el Director General del Medio Natural remitió al titular de la entonces denominada Consejería de Desarrollo Sostenible y Ordenación del Territorio, un escrito exponiendo que por la empresa x. se habían efectuado, durante el mes de octubre de dicho año, los trabajos selvícolas preventivos contra incendios forestales, con omisión de la preceptiva fiscalización previa del gasto, por lo que propone que, al amparo de lo establecido en el artículo 33 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en lo sucesivo, RCIM), se proceda a someter el expediente al Consejo de Gobierno, al objeto de poder realizar el pago de 641.910,58 euros que se adeudan a dicha empresa.

**SEGUNDO.-** A la propuesta se unieron los siguientes documentos:

1. Memoria explicativa de la omisión de fiscalización emitida, el día 17 de diciembre de 2007, por el Jefe de Servicio de Defensa del Medio Natural, en la que, una vez expuesto en qué consiste el Plan de Protección Civil de Emergencia por Incendios Forestales en la Región de Murcia (Plan INFOMUR), afirma lo siguiente:

*“Durante el año 2007 se han realizado diferentes proyectos para poder sufragar los gastos que se generaban para poder cumplir con el Plan. Una vez finalizada la época de peligro alto y dado que la actividad fundamental en las épocas de peligro medio y bajo conlleva un cambio de Proyecto Presupuestario se confeccionó un nuevo proyecto con cargo a capítulo VI para el mes de octubre de 2007 (peligro medio). No obstante, la reorganización de la Administración Regional, como consecuencia de las pasadas elecciones, originó la división de la extinta Consejería de Industria y Medio Ambiente, y la creación de una nueva Consejería de Desarrollo Sostenible y Ordenación del Territorio y reorganización de sus Órganos Directivos, según Decreto núm. 161/2007, de 6 de julio (BORM de 9 de julio de 2007).*

*Como consecuencia de la lógica reubicación de los Órganos Administrativos se originó un retraso en la tramitación del expediente correspondiente al proyecto ‘Trabajos integrales de selvicultura preventiva y extinción de incendios forestales durante el mes de octubre’ por un importe de 641.910,58 euros.*

*Considerando la situación de los medios humanos actuantes en el monte, la situación de peligro de incendios forestales y lo estipulado por el Plan INFOMUR 2007 respecto al mes de octubre, se optó por continuar con la encomienda a la empresa x”.*

2. Informe del Jefe de Servicio Jurídico de la Consejería consultante, en el que se indica el cauce que se ha de seguir para elevar el expediente a decisión del Consejo de Gobierno, entre cuyos trámites se señala el preceptivo Dictamen de este Órgano Consultivo.

3. Documento de autorización y disposición del gasto por la cantidad adeudada a x., con cargo a fondos consignados en el Capítulo VI del presupuesto de la Consejería correspondiente al ejercicio 2007.

4. El Proyecto de trabajos integrales de selvicultura preventiva y extinción de incendios forestales durante el mes de octubre de 2007, cuya ejecución fue encomendada a x.

5. Propuesta de acuerdo que el Consejero de Desarrollo Sostenible y Ordenación del Territorio pretendía elevar al Consejo de Gobierno para que éste autorizara a dicha Consejería a reconocer la obligación por el importe solicitado.

**TERCERO.-** En tal estado de tramitación se remitió el expediente para su informe preceptivo a este Consejo Jurídico que, con fecha 26 de diciembre de 2007, emitió Acuerdo 20/2007, por el que requería a la Consejería consultante para que procediera a completar el expediente mediante la incorporación del informe del Interventor Delegado, tal como preceptúa el artículo 33 RCIM.

Recibido el Acuerdo en la Consejería se recaba informe del Interventor Delegado que es emitido el día 8 de enero, formulando las siguientes consideraciones:

*“PRIMERA: El encargo a la empresa x. se ha realizado sin que exista un documento que recoja el acto administrativo previo a la realización del gasto, de aprobación, auto-*

*rización y disposición del mismo por el órgano competente, así como de la preceptiva fiscalización.*

*SEGUNDA: En el expediente, no consta el acta de replanteo previo, tal y como prevé el art 19.1 de la misma Ley (debe referirse al artículo 129.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, TRLCAP).*

*TERCERA: En opinión de esta Intervención Delegada, el proyecto que se presenta, a pesar de que explicita la naturaleza de la obra y su peso en el presupuesto, del 89%, lo cual justifica la imputación presupuestaria propuesta (capítulo VI), adopta un formato propio del contrato de servicios en muchos aspectos, asociando su coste al tiempo de duración del contrato y número de empleados que constituyen los retenes a contratar; detallándose las tareas a realizar; composición y jornadas a cumplir; y, sin embargo, adolece de una concretización insuficiente de los trabajos de selvicultura preventiva destinados a mantener y mejorar las infraestructuras de defensa contra incendios forestales, en cuanto a unidades de obra y localización específica de las mismas se refiere, lo cual dificulta o imposibilita, a nuestro entender, la comprobación y valoración exacta del cumplimiento del encargo en sus justos términos.*

*Se ha verificado que existe crédito suficiente en la partida que se propone del presupuesto de gastos del ejercicio 2007, la cual es adecuada a la naturaleza del gasto.*

*No obstante, debido a las fechas en las que la propuesta ha tenido entrada en esta Intervención Delegada (28 de diciembre de 2007), y a los trámites necesarios para que este procedimiento administrativo concluya, quedará subordinada la autorización y disposición del gasto a la existencia de crédito adecuado y suficiente en el presupuesto de gastos del ejercicio 2008.*

*Por último, debido a las circunstancias de necesidad de las actividades que se tratan, cuya responsabilidad y competencia ineludibles son de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, esta Intervención Delegada no recomienda la revisión de los actos administrativos a los que se refiere el presente informe, considerando menos perjudicial para la administración de la Comunidad Autónoma la aprobación de los mismos y el cumplimiento de los compromisos adquiridos”.*

**CUARTO.-** Por la Jefa del Servicio Económico y Presupuestario de la Consejería se emite certificado de existencia de crédito adecuado y suficiente, para atender el gasto origen del expediente objeto de Dictamen.

Seguidamente, mediante escrito que tuvo entrada en este Consejo Jurídico el día 15 de septiembre de 2008, la Consejería remitió el informe del Interventor Delegado y el certificado de existencia de crédito, al tiempo que reiteraba su solicitud de Dictamen.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

Según lo establecido en el artículo 12. 12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, reguladora de este Consejo Jurídico (LCJ), el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo al



versar sobre una propuesta que se proyecta elevar al Consejo de Gobierno sobre el reconocimiento de una obligación económica contraída por la Administración regional, que no fue objeto de la previa y preceptiva fiscalización por la Intervención.

**SEGUNDA.- Cuestiones previas sobre la naturaleza de los trabajos que han dado lugar al gasto cuya fiscalización previa se ha omitido.**

El día 27 de abril de 1999 se suscribe un Convenio de colaboración entre el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, para regular el Marco de Utilización del Medio propio instrumental Empresa de “--, S.A.” (x), —BORM núm. 134, de 14 de junio de 1999—.

Según la cláusula segunda de dicho Convenio “x., como medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración está obligada a realizar por sí misma o sus filiales los trabajos que le encomiende la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, o los organismos de ella dependientes, en las materias que constituyen su objeto social y, especialmente, aquellas que sean urgentes o que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia ordene como consecuencia de las situaciones de emergencia que declare. En consecuencia, las actuaciones encomendadas que lleven a cabo x. o sus filiales en el territorio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, serán consideradas como si fueran realizadas directamente por la Administración Autonómica con sus propios medios, conforme al régimen previsto al efecto en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas”.

En el supuesto que nos ocupa x. actúa como medio propio de la Administración regional (así se afirma en la memoria del Jefe de Servicio de Defensa del Medio Natural), y en relación con la recepción, certificación y liquidación de los trabajos realizados, la cláusula sexta del citado Convenio establece que “Mensualmente el Director de la actuación extenderá la certificación, o el documento con efectos jurídicos equivalentes, acreditativa del avance de los trabajos, en la que se expresarán las unidades realizadas desde su comienzo y su correspondiente valoración, de acuerdo con las tarifas aplicables” (Cláusula sexta del Convenio).

En cuanto al régimen jurídico de estos trabajos resultan de aplicación (con carácter supletorio, al no tener carácter básico) los artículos 152 y 153 del TRLCAP y 174 y siguientes del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

**TERCERA.- Sobre la procedencia de reconocer la obligación de pago que se propone.**

Tal como ha señalado en diversas ocasiones este Consejo Jurídico, el asunto sometido a Dictamen es una manifestación típica de un procedimiento de naturaleza incidental, con relación al ordinario de aplicación al presupuesto de las obligaciones contraídas por la Administración regional. Procedimiento incidental que se inicia con la comunicación que el Interventor realiza a la autoridad que hubiera iniciado el procedimiento ordinario, de que se ha observado en este último la omisión de un trámite preceptivo cual es la fiscalización previa del acto de reconocimiento de la obligación. Este procedimiento incidental viene regulado en el artículo 33 RCIM, señalando dicho precepto que el informe de la Intervención pondrá de manifiesto, como mínimo, los siguientes extremos:

- a) Las infracciones del ordenamiento jurídico que, a juicio del interventor, se hayan producido en el momento en que se adoptó el acto sin fiscalización o intervención previa.
- b) Las prestaciones que se hayan realizado como consecuencia de dicho acto.
- c) La posibilidad y conveniencia de revisión de los actos dictados con infracción del ordenamiento.

Pues bien, el análisis de dicho informe suscita serias dudas sobre el contenido del apartado b), es decir, sobre las prestaciones que se hayan realizado como consecuencia del acto adoptado sin fiscalización, o lo que es lo mismo, sobre el grado de cumplimiento por parte de x. de los trabajos integrales de selvicultura preventiva y extinción de incendios forestales correspondientes al mes de octubre de 2007, que le fueron encargados por la Consejería consultante. En efecto, afirma el Interventor que la insuficiencia de concreción en el Proyecto de los trabajos de selvicultura preventiva destinados a mantener y mejorar las infraestructuras de defensa contra incendios forestales, en cuanto a unidades de obra y su localización específica, *“dificulta o imposibilita, a nuestro entender, la comprobación y valoración exacta del cumplimiento del encargo en sus justos términos”*.

La anterior afirmación exige, con carácter previo al pronunciamiento sobre el incidente de omisión de fiscalización, que se incorpore al expediente la documentación que permita constatar que la prestación ha sido ejecutada y recepcionada de conformidad. A tal efecto, la Consejería consultante debe remitir los siguientes documentos:

a) Documento en el que se haya plasmado el reconocimiento y comprobación de los trabajos por un facultativo designado al efecto y distinto del director de los trabajos, según se contempla en el artículo 179.1 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

b) La certificación núm. 1 y última a la que se hace referencia en la Orden de retención de crédito y que debió extenderse según lo previsto en la cláusula sexta del citado Convenio.

**CUARTA.- Consejería competente.**

Aunque la consulta fue formalizada por la Consejería de Desarrollo Sostenible y Ordenación del Territorio, como consecuencia de la entrada en vigor del Decreto del Presidente 26/2008, de 25 de septiembre, de Reorganización de la Administración Regional, la competencia para continuar con la tramitación del expediente que nos ocupa corresponde a la Consejería de Agricultura y Agua.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Que procede que se complete el expediente en los términos que se señalan en la Consideración Segunda de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 167/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente fuera del recinto escolar.****Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)****Fecha: 20/10/08****Extracto de Doctrina**

*El daño sufrido por el reclamante ha de ser reputado como antijurídico, no por su forma de producirse, sobre cuya apreciación no se prejuzga ahora, sino por el hecho de que no existe, conforme a la Ley, un deber jurídico por parte de aquél de soportarlo, y ello con independencia de que la actuación del servicio público pudiera ser tachada de anormal o no, ya que no es este aspecto el que determina la antijuridicidad del daño, sino el hecho de suponer una carga singularizada ajena a las cargas genéricas que, en relación con cada servicio, recaen sobre el conjunto de los ciudadanos, de acuerdo con las normas que lo rigen.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 13 de diciembre de 2007, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la entonces denominada Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, por las lesiones sufridas el 12 de junio de 2007, al engancharse en la verja del IES “Infanta Elena”, de Jumilla (Murcia). Relata así lo sucedido:

*“El día 12 de junio de 2007 y mientras me encontraba haciendo footing por la Avenida de la Libertad de Jumilla, al pasar a la altura del Instituto “Infanta Elena” se me quedó enganchado el brazo derecho en una de las varillas metálicas que sobresalían de la verja de dicho Instituto (debido a su deteriorado estado), comprobando al instante que había sufrido un importante corte con abundante sangrado, acudiendo de manera inmediata a urgencias del Centro de Salud”.*

Añade el reclamante que los hechos descritos dieron lugar a la incoación de Diligencias Previas en el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Jumilla, que fueron archivadas con reserva de acciones civiles. Asimismo la Policía Local de Jumilla levantó atestado de los hechos al que se unió fotografías en las que puede apreciarse el mal estado en el que se encontraba la valla el día del incidente. En el atestado la fuerza actuante hace constar lo siguiente: *“Nos trasladamos al lugar indicado desde central, observando en toda la valla del Instituto Infanta Elena, el mal estado que ésta presenta, con diferentes sueltas en la unión de sus vallas metálicas, y con diferentes y numerosos cortes en la misma lo que provoca que salgan puntas de la misma, con el peligro para viandantes”.* Manifiesta también el x. que inmediatamente después del accidente las vallas fueron sustituidas por otras nuevas.

El accidente imposibilitó al reclamante para su actividad profesional durante nueve días y tuvo que someterse a curas y tratamiento antibiótico durante cinco semanas, transcurridas las cuales fue dado de alta con secuelas. Además de ese daño físico afirma haber padecido otros morales consistentes en la imposibilidad de presentarse a los exámenes finales de la carrera de podología que estaba cursando en aquellos momentos.

Acompaña a su escrito copia de la siguiente documentación: a) atestado de la Policía Local de Jumilla en el que figuran incorporadas fotografías del lugar del accidente; b) Diligencias Previas núm. 1621/2007, del Juzgado de Instrucción núm. 1 de Jumilla; c) historia clínica y otros documentos médicos correspondientes a la asistencia sanitaria recibida como consecuencia del accidente.

Por todo lo anterior solicita una indemnización en concepto de reclamación patrimonial de las Administraciones Públicas, por los daños físicos y morales sufridos.

Finaliza su reclamación proponiendo la declaración de x, y., que fueron testigos del accidente, a cuyo efecto indica sus datos personales para que puedan ser citadas.

**SEGUNDO.-** Mediante escrito fechado el 28 de diciembre de 2007 el Secretario General de la Consejería requiere al reclamante, conforme al artículo 71.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), para que aporte los siguientes documentos:

- a) Cuantificación de la indemnización solicitada mediante la presentación de factura o documento análogo.
- b) Informe médico de valoración de las secuelas que dice padecer.
- c) Fotocopia compulsada del DNI.

**TERCERO.-** El 15 de enero de 2008, el interesado presenta un escrito mediante el que acompaña fotocopia compulsada del DNI y procede a cuantificar la indemnización solicitada, en los siguientes términos:

*“—Acompaño como documento nº 2 Informe médico, elaborado por el especialista en traumatología deportiva, x. (Colegiado nº 3632), dónde se especifica y reseña lo siguiente:*

*a) Los días de baja e improductivos como consecuencia de la herida sufrida han sido 46 días (desde el 12 de junio al 27 de julio 2007).*

*b) Las secuelas, como perjuicio estético ligero, han sido valoradas en CINCO PUNTOS.*

*— Acompañamos como documento nº 3 recibo justificante del pago de los honorarios médicos: 240 euros.*

*La cuantificación económica de los días de baja y las secuelas, según aplicación de Ley 30/95, de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado (modificada por Ley 30/2003, de 4 de noviembre) sería como sigue:*

<i>— 46 días de baja a razón de 50,35 euros</i>	<i>2.316,10 euros</i>
<i>— Secuelas (5 puntos) a razón de 746,09 punto</i>	<i>3.730,45 euros</i>
<i>— Coeficiente corrección al 10%</i>	<i>604,65 euros</i>
<i>— Honorarios médicos</i>	<i><u>240 euros</u></i>
<i>TOTAL</i>	<i>6.891,20 euros</i>

*(Todo ello según aplicación de la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de fecha 7 de enero de 2007, publicada en el BOE de 13 de febrero de 2007).*

*Al objeto de acreditar la ocupación laboral del que suscribe, adjunto acompaño como documento nº 4 nómina del mes de Junio de 2007”.*

**CUARTO.-** Por resolución de la Secretaría General de la Consejería se admite a trámite la reclamación y se nombra instructora del expediente.

El 6 de febrero de 2008 la instructora solicita del Director del IES “Infanta Elena” informe sobre las siguientes circunstancias:

- Si tiene conocimiento de los hechos que se relatan en la reclamación.
- Si tiene conocimiento del estado en el que se encontraba la valla del centro en el momento de ocurrir los hechos y, en caso afirmativo, qué medidas se adoptaron para su reparación.
- Cualquier otra circunstancia que considere de interés.

El requerimiento fue atendido mediante escrito del Director fechado el día 11 de febrero de 2008, en el que se pone de manifiesto lo siguiente:

*“a) Los hechos no fueron comunicados al centro por x. de forma directa o indirecta.*

*b) Desde el año 2006 se han venido realizando peticiones de sustitución de vallado trasero, lateral y delantero del instituto. El vallado estaba formado por una varilla enlazada cuya rotura, intencionada la mayor de las veces, ha provocado el accidente. Desde entonces hasta ahora se ha sustituido la totalidad del vallado, no presentando en la actualidad peligro alguno”.*

Acompaña diversa documentación relacionada con la reposición de la valla.

**QUINTO.-** Mediante comunicación interior fechada el 6 de febrero de 2008, la Vicesecretaria de la Consejería solicita a la Unidad Técnica de Centros Educativos de la Dirección General de Centros, se persone en el IES “Infanta Elena”, de Jumilla, para comprobar el estado de la valla del centro y se emita informe sobre si la misma cumple las medidas de seguridad exigidas para los centros educativos.

El informe es evacuado por dicha Unidad Técnica que informa que en el día de la visita, es decir, el 18 de febrero de 2008, la valla se encontraba en excelente estado de uso y conservación, cumpliendo con todas las medidas de seguridad exigidas en relación con los centros educativos.

**SEXTO.-** El 4 de marzo de 2008 la instructora notifica al interesado la apertura de un período de prueba documental a fin de que aporte los partes médicos de baja y alta laboral, así como el de alta sanitaria, por ser necesarios a efecto del cálculo de la indemnización que pudiera corresponderle.

Los documentos solicitados son aportados por el interesado mediante comparecencia personal ante la instructora, el día 27 de marzo de 2008.

**SÉPTIMO.-** El día 6 de marzo la instructora vuelve a dirigirse al reclamante, esta vez para notificarle la práctica de una prueba pericial, consistente en que por un técnico facultativo adscrito a la Consejería se proceda a examinar las secuelas que presenta, a cuyo efecto se le cita para el día 27 de marzo de 2008.

Efectuado el reconocimiento se emite informe por el Inspector Médico de la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, Especialista en Medicina del Trabajo, que posteriormente fue completado con otro fechado el día 8 de mayo de 2008, por el que se subsanaba un error aritmético cometido en el primero. Una vez efectuada esta última operación el informe quedó redactado del siguiente modo:

“Diagnóstico de lesiones:

— Herida inciso-contusa, irregular, en cara anterior de brazo derecho, de unos 5 cm., que afecta a piel y celular subcutáneo, exponiendo la fascia muscular del bíceps braquial, que precisó 12 puntos de sutura.

— Cicatriz, por segunda intención tras infección de la herida, transversal, de color rosáceo, bordes algo estrellados, ligeramente hipertrófica y retraída en el centro.

— No existe alteración de la funcionalidad del brazo, únicamente perjuicio estético.

(...)

Nexo de causalidad:

1. Del accidente con las lesiones:

— Criterio cuantitativo (existencia e intensidad del hecho lesivo): Refiere que el día del accidente iba haciendo footing por la Avda. la Libertad de Junilla, y a la altura del I.E.S. Infanta Elena, una varilla metálica que sobresalía de la verja le ocasionó la herida inciso-contusa ya mencionada. Este mecanismo lesivo justifica (relación cierta y directa) la lesión sufrida.

Por lo tanto, este criterio se cumple.

— Criterio topográfico: la lesión coincide con la zona anatómica donde la parte metálica de la valla golpeó (por mecanismo directo).

Por lo tanto, este criterio se cumple.

— Criterio cronológico: la lesión debe aparecer (12/06/2007) y ser consultada (12/06/2007) dentro de un tiempo médicamente razonable.

Por lo tanto, este criterio se cumple.

— Criterio evolutivo: la lesión (herida) debe evolucionar conforme a lo esperado médicamente (cicatrización).

Por lo tanto, este criterio se cumple.

2. De las lesiones con las secuelas:

— Generadas por la lesión (herida inciso-contusa) en cara anterior del brazo derecho que provoca cicatriz por segunda intención tras infección de la herida, transversal, de color rosáceo, bordes algo estrellados, ligeramente hipertrófica y retraída en el centro.

Tratamiento:

— Inicial: limpieza y desinfección de herida. Sutura de seda 4/0 (12 puntos).

— Farmacológico: antiinflamatorios y antibióticos (por infección secundaria de la herida 16/11/2007).

Periodo de sanidad:

Periodo de Sanidad	
Días hospitalarios:	0

<i>Días extrahospitalarios:</i>	<i>Impeditivos:</i>	9
	<i>No impeditivos:</i>	36

*Fecha del accidente: 12/06/2007*  
*Fecha de baja laboral: 13/06/2007*  
*Fecha de alta laboral: 21/06/2007*  
*Fecha de alta médica: 27/07/2007*  
*Días hospitalarios: 0 días.*  
*Días impeditivos: 9 días.*  
*Días no impeditivos: 36 días.*  
*Sanidad total: 45 días.*

*Secuelas:*

*Según el Capítulo especial (Perjuicio estético) del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre:*

*Cicatriz de carácter ligero valorada con una puntuación de 3 puntos considerando su localización, extensión, coloración, textura y secuela estética ponderando su significación conjunta (perjuicio estético estático).*

*Tipo de incapacidad:*

*La lesión y secuelas no le incapacitan.*

*Indemnización en euros:*

<i>Indemnización</i>			
	<i>Días /Puntos</i>	<i>Resolución 07</i>	<i>Total en euros</i>
<i>Hospitalarios</i>	0	-	0
<i>Impeditivos</i>	9	50,35	453,15
<i>No impeditivos</i>	36	27,12	976,32
<i>Secuelas</i>	3	717,50	2.152,50
<i>Factor de corrección</i>	10%	Sobre 3.581,97	358,20
<i>Honorarios médicos</i>	-	-	240,00
<i>Total en euros</i>			4.180,17

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia al reclamante, éste comparece mediante fax enviado el día 13 de mayo de 2008, manifestando no tener alegación alguna que efectuar y solicitando se continúe la tramitación del expediente.

Seguidamente se formula propuesta de resolución de estimación de la solicitud, al considerar que existe un nexo causal probado entre el daño y el funcionamiento del servicio público docente.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 16 de mayo de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo para el ejercicio de la acción y procedimiento.**

Si bien es cierto que el artículo 12.2 RRP señala que el dictamen del órgano consultivo competente se ha de pronunciar sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, también lo es que, para un correcto pronunciamiento sobre dichos extremos, el Consejo Jurídico ha de valorar el resto de presupuestos que inciden sobre dicha institución, incluido el examen del procedimiento seguido en orden a determinar su corrección y las consecuencias que sobre aquél pudieran tener los defectos formales en los que se hubiera podido incurrir.

Entre estos requisitos debe examinarse, en primer lugar, si la reclamación de responsabilidad patrimonial ha sido interpuesta dentro del plazo de un año de producido el hecho, según establece el artículo 142.5 LPAC, constatándose que, ocurrido el suceso el 12 de junio de 2007, la solicitud de indemnización, presentada el día 13 de diciembre del mismo año, fue deducida en el plazo legalmente previsto.

La reclamación ha sido interpuesta por la persona que sufrió el daño, contando por tanto con legitimación activa para ello en su condición de interesada (artículos 31.1, letra a y 139.1 LPAC).

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la actual Consejería de Educación, Formación y Empleo la competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación, en el que se integra el Instituto de Enseñanza Secundaria donde se produjeron los hechos.

El procedimiento ha seguido, en líneas generales, lo establecido en su normativa reguladora, si bien hay que hacer notar que, solicitada por el interesado en su escrito de reclamación la práctica de la prueba testifical de dos personas que presenciaron los hechos por los que reclama, el órgano instructor no se ha pronunciado sobre la pertinencia o no de las mismas. En efecto, estas pruebas ni se han llevado a cabo ni han sido rechazadas expresamente por la instructora mediante la oportuna resolución, según la previsión contenida en el artículo 80.3 LPAC al señalar que *“el instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada”*, reiterada en el artículo 9, párrafo primero, RRP. Así pues, la Administración, si consideró improcedentes o innecesarias las pruebas



referidas, debió así acordarlo y hacérselo saber al reclamante. No obstante todo ello, hay que tener en cuenta, por un lado, el sentido estimatorio de la propuesta de resolución y, por otro, que el reclamante ha sido oído en el expediente, realizando cuantas alegaciones ha considerado oportunas y aportando los documentos que ha juzgado pertinentes, por lo que no puede afirmarse que se haya producido indefensión (art. 63 LPAC).

**TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y el daño por el que se reclama.**

Del sistema común de responsabilidad patrimonial que instaura la LPAC, se desprende el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración correspondiente de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, el daño sea real, efectivo, evaluable económicamente en relación con una persona o grupo de personas, y que aquéllas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con ley.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores Dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Del análisis del expediente que nos ocupa se deriva la existencia de un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente. Por otra parte, el daño sufrido por el reclamante ha de ser reputado como antijurídico, no por su forma de producirse, sobre cuya apreciación no se prejuzga ahora, sino por el hecho de que no existe, conforme a la Ley, un deber jurídico por parte de aquél de soportarlo, y ello con independencia de que la actuación del servicio público pudiera ser tachada de anormal o no, ya que no es este aspecto el que determina la antijuridicidad del daño, sino el hecho de suponer una carga singularizada ajena a las cargas genéricas que, en relación con cada servicio, recaen sobre el conjunto de los ciudadanos, de acuerdo con las normas que lo rigen.

Sentado lo anterior, cabe ahora analizar si concurre la necesaria relación de causalidad entre el evento dañoso y la actuación administrativa. Pues bien, el examen de los hechos que sirven de base a la presente reclamación permite apreciar la existencia de un título de imputación con el servicio público educativo, adecuado y suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración. En efecto, del expediente resulta acreditado que la deficiente conservación del edificio (más concretamente de la valla que rodeaba el recinto escolar), constituye el elemento causal directo del daño, circunstancia que es admitida por la propia Dirección del Colegio, que ya había puesto repetidamente en conocimiento de la Consejería consultante la necesidad de sustituir la valla. Correspondiendo, pues, a los responsables del servicio educativo cuidar de que las instalaciones y demás medios materiales del IES se hallen en condiciones de seguridad, de modo que no puedan causar daños a los alumnos, al personal, o a terceros, en su persona o en sus bienes, resulta evidente la relación de causalidad existente entre el funcionamiento del servicio público y las lesiones sufridas por el x.

**CUARTA.- Cuantía de la indemnización.**

El reclamante pretende ser indemnizado con 6.891,20 euros, en concepto de días de incapacidad temporal, secuelas y gastos médicos, según desglose que se contiene al folio 20 del expediente.

Por su parte el Inspector médico de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, propone una indemnización, por los mismos conceptos, de 4.180,17, según detalle que se recoge en informe obrante al folio 99 del expediente.

El Consejo, como en tantas otras ocasiones, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial existente al respecto, considera razonable, para calcular la indemnización que sea preciso reconocer a favor de x., acudir, como criterio orientativo, a lo establecido en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, vigente en el momento de ocurrir los hechos, y, atendiendo a las cuantías aprobadas por Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, de 13 de febrero de 2007, fijar el importe de la indemnización de acuerdo con el siguiente detalle:

**1. Incapacidad temporal.**

Según el informe médico del perito del reclamante éste habría estado 46 días de baja con carácter improductivo. Sin embargo, tanto de la documentación correspondiente a la asistencia sanitaria recibida por x., como del informe del Inspector Médico de la Consejería de Educación, Formación y Empleo, resulta que los días que precisó asistencia médica ascienden a 45, de los cuales sólo 9 estuvo impedido para la realización de su actividad normal.

Por este concepto se hará efectiva la cantidad de 453,15 euros, correspondiente a los 9 días que el reclamante estuvo incapacitado sin estancia hospitalaria y a una indemnización diaria de 50,35 euros. A esta cantidad habría que adicionar la de 976,32 euros, por los 36 días de baja no improductivos, a razón de 27,12 euros/día, lo que daría un total de 1.429,47 euros.

**2. Secuelas.**

El informe pericial aportado por x. indica que padece una secuela consistente en un perjuicio estético que valora en cinco puntos. Sin embargo, la puntuación otorgada a dicha secuela por el Inspector Médico de la Consejería consultante es de tres, valoración ante la que se aquieta el reclamante que en el trámite de audiencia que le fue otorgado expresamente para que alegase lo que a su derecho conviniera sobre dicho informe, indicó que no tenía nada que manifestar.

La cuantía correspondiente a 3 puntos a razón de 717,50 euros el punto (atendiendo a la edad de la reclamante en el momento de ocurrir los hechos), asciende a 2.152,50 euros.

**3. Factores de corrección.**

Ha quedado acreditado en el expediente que el reclamante se encontraba, en el momento de ocurrir los hechos, desarrollando un trabajo personal remunerado; sin embargo los ingresos netos anuales que por dicho concepto percibiera no han sido suficientemente demostrados, ya que sólo se ha incorporado una nómina mensual de la que no cabe inferir los emolumentos netos anuales que recibiera. Ello obliga a aplicar como factor de corrección, tanto de la Tabla IV como del apartado B) de la Tabla V, del del 10%, lo que supondría un

incremento total de 358,20 euros (142,95 euros en relación con la incapacidad temporal y 215,25 respecto de las secuelas).

#### 4. Honorarios médicos.

Por lo que respecta a los gastos por honorarios médicos (240 euros), en principio cabría afirmar que, al corresponder los mismos a un informe médico emitido para fundamentar la reclamación y no por un tratamiento médico dispensado para la curación, no podrían ser considerados como parte de la indemnización estricta; pero en el concreto supuesto que nos ocupa no procede excluir esta partida indemnizatoria, toda vez que fue la propia instructora la que requirió al x. para que aportase al expediente administrativo informe médico sobre la valoración de las secuelas (folio 18), consciente de que la Consejería contaba con medios propios para llevar a cabo dicha evaluación, como finalmente así ocurrió (folios 92 y siguientes).

De la suma de las cantidades señaladas anteriormente se obtendría un *quantum* indemnizatorio de 4.180,17 euros, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### CONCLUSIONES

**PRIMERA.**- Se informa favorablemente la propuesta de resolución por la que se estima la reclamación, por quedar acreditada la relación de causalidad entre el daño sufrido por el interesado y la prestación del servicio público educativo, no teniendo aquél el deber jurídico de soportar dicho daño.

**SEGUNDA.**- Procede indemnizar al reclamante en la cantidad de 4.180,17 euros, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 168/08.- Responsabilidad Patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 20/10/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 85/2008.*

**DICTAMEN 169/08.- Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2009.****Consultante: Consejera de Economía y Hacienda (2008)****Fecha: 24/10/08****Extracto de Doctrina**

*Venimos exponiendo desde el Dictamen 38/98 que el texto articulado del Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma presenta unas connotaciones constitucionales desde las que debe enfocarse su análisis, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, recogida también por otros órganos consultivos (Dictamen del Consejo de Estado 1.192/2003, de 5 de junio). Como señalan diversos Dictámenes del Consejo Jurídico (144/2007, entre otros) el Alto Tribunal ha realizado una constante y progresiva concreción de los límites materiales que restringen el contenido de la Ley de Presupuestos Generales. Este camino tuvo origen en la Sentencia 27/1981, de 20 de julio, y culminó principalmente en las recaídas el 14 de mayo de 1992 (nº 76/1992) y 16 de junio de 1994 (nº 178/1994), estableciéndose una firme pauta integrada por estas determinaciones:*

*a) En cuanto a su naturaleza, se trata de una verdadera Ley a través de la cual el Parlamento ejerce una potestad específica desdoblada de la genérica potestad legislativa.*

*b) Su función consiste en aprobar las previsiones contables consustanciales al Presupuesto, pero también ser vehículo de dirección de la política económica.*

*c) Su procedimiento de aprobación presenta la importante peculiaridad de que el poder de las Cortes está condicionado.*

*d) Y por todo ello, a su contenido necesario e indisponible (expresión cifrada de las previsiones de ingresos y de las habilitaciones de gastos), puede unirse otro no necesario y eventual que debe estar conectado con aquél mediante una relación directa, bien con los ingresos y gastos, o bien con los criterios de política económica general de los que dicho Presupuesto es instrumento. Esa relación directa entre ambos contenidos ha de ser esencial y principal, nunca accidental y secundaria.*

*e) Esa limitación proviene, para el TC, de la definición funcional que la Ley de Presupuestos tiene en la Constitución (artículos 66.2 y 134.2) y de la necesidad de no violentar el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), mediante la modificación indiscriminada de núcleos normativos que gozan de vocación de estabilidad y se inscriben en lo que puede llamarse Derecho codificado.*

*Las Sentencias 274/2000, de 15 de noviembre, y 3/2003, de 16 de enero, reafirmaron esos criterios doctrinales al afirmar, la primera, que las Leyes anuales de Presupuestos tienen un contenido mínimo, necesario e indisponible, constituido por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos, y un contenido posible, no necesario y eventual que puede afectar a materias distintas a ese núcleo esencial constituido por la previsión de ingresos y la habilitación de gastos, contenido eventual que sólo tiene cabida dentro de límites estrictos, y que ni tal inclusión puede desvirtuar el contenido primordial que caracteriza a dicha ley, ni de ella se sigue que dichas materias hayan de formar necesariamente parte de su contenido y no puedan ser reguladas por una ley ordinaria (STC 126/1987).*

## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Según lo preceptuado por la Orden de la Consejera de Hacienda y Administración Pública de 8 de mayo de 2008 (Suplemento nº 3 del BORM nº 112, de 15 de mayo), de elaboración de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2009, la Directora General de Presupuestos y Finanzas ofició a las distintas Consejerías para que comunicasen la información de su competencia que debiera figurar en el texto articulado del Anteproyecto y formularasen, de considerarlo oportuno, propuestas de nuevos textos a incluir, figurando las remitidas por: el Interventor General (14-7-2008); el Director General de Tributos (20-10-2008 y 26-9-2008); el Director General de Empleo Público (17-10-2008); la Consejería de Presidencia (8-7-2008); la Consejería de Sanidad (2-7-2008); la Consejería de Economía, Empresa e Innovación (4-7-2008); la Consejería de Agricultura y Agua (9-10-2008); la Consejería de Cultura, Juventud y Deportes (27-6-2008); la Consejería de Educación, Ciencia e Investigación (26-6-2008, 2-7-2008 y 16-10-2008); la Consejería de Política Social, Mujer e Inmigración (1-7-2008); la Consejería de Desarrollo Sostenible y Ordenación del Territorio (24-9-2008); el Secretario Autonómico de Administración Pública (1-8-2008); la Imprenta Regional (14-9-2008); y el Instituto de Vivienda y Suelo adscrito a la Consejería Obras Públicas, Vivienda y Transportes (no consta la fecha). Producto de ello y de las aportaciones de la propia Consejería impulsora, se elabora el texto articulado del Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Región de Murcia para el año 2009.

**SEGUNDO.-** En la instrucción del procedimiento constan las siguientes actuaciones:

a) Memoria de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas, justificativa de las modificaciones a introducir en el Anteproyecto respecto al contenido del texto vigente en el ejercicio 2008 (15-10-2008). Dedicar el apartado 5 al cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y al endeudamiento de la Comunidad Autónoma, justificando el límite máximo previsto en base a los acuerdos del Consejo de Ministros de 24 de julio de 2008 y del Consejo de Política Fiscal y Financiera de 8 de octubre también de 2008. Acompaña igualmente una copia del informe del Pleno del Consejo de Política Fiscal y Financiera en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Ley Orgánica 5/2001, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, en el que se señala el objetivo de estabilidad presupuestaria para la Comunidad autónoma en el ejercicio 2009. También se incluye una copia de una Orden, de julio de 2008, del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, por la que se autoriza, para el ejercicio 2009, el programa de inversión de la Comunidad Autónoma cuyo objeto es el Desarrollo Perimetral de Infraestructuras de Carreteras.

b) Informe del Servicio Jurídico de la Secretaría General, favorable a la redacción propuesta (15-10-2008).

c) Informe de Vicesecretaría (15-10-2008).

d) Informe de impacto por razón de género (15-10-2008).

**TERCERO.-** El 20 de octubre de 2008 el Consejo de Gobierno acordó, a propuesta de la Consejera de Economía y Hacienda (Consejería competente tras la reorganización de la Administración regional realizada por el Decreto del Presidente 26/2008, de 25 de septiembre), que se recabase el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, lo que se hizo mediante escrito que tuvo entrada en el registro de este órgano consultivo el siguiente día

21. Se solicita la emisión del dictamen con carácter urgente, dada la necesidad de cumplir el plazo previsto en el artículo 46.2 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

En atención a lo dispuesto por el artículo 12.2 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, ya que la Ley de Presupuestos goza de las características generales de las leyes, a pesar de sus peculiaridades materiales y procedimentales.

También es procedente emitir el Dictamen con la urgencia con que se solicita, por el evidente interés institucional en cumplir el mandato estatutario remitiendo el Anteproyecto a la Asamblea Regional con la antelación de dos meses a la fecha de inicio del correspondiente ejercicio (art. 46.2 EA), aunque el Consejo Jurídico hubiera deseado poder cumplir con un mayor sosiego la función consultiva que tiene encomendada.

#### **SEGUNDA.- Contenido del Anteproyecto sometido a consulta. Procedimiento.**

I. Venimos exponiendo desde el Dictamen 38/98 que el texto articulado del Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma presenta unas connotaciones constitucionales desde las que debe enfocarse su análisis, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, recogida también por otros órganos consultivos (Dictamen del Consejo de Estado 1.192/2003, de 5 de junio). Como señalan diversos Dictámenes del Consejo Jurídico (144/2007, entre otros) el Alto Tribunal ha realizado una constante y progresiva concreción de los límites materiales que restringen el contenido de la Ley de Presupuestos Generales. Este camino tuvo origen en la Sentencia 27/1981, de 20 de julio, y culminó principalmente en las recaídas el 14 de mayo de 1992 (nº 76/1992) y 16 de junio de 1994 (nº 178/ 1994), estableciéndose una firme pauta integrada por estas determinaciones:

a) En cuanto a su naturaleza, se trata de una verdadera Ley a través de la cual el Parlamento ejerce una potestad específica desdoblada de la genérica potestad legislativa.

b) Su función consiste en aprobar las previsiones contables consustanciales al Presupuesto, pero también ser vehículo de dirección de la política económica.

c) Su procedimiento de aprobación presenta la importante peculiaridad de que el poder de las Cortes está condicionado.

d) Y por todo ello, a su contenido necesario e indisponible (expresión cifrada de las previsiones de ingresos y de las habilitaciones de gastos), puede unirse otro no necesario y eventual que debe estar conectado con aquél mediante una relación directa, bien con los ingresos y gastos, o bien con los criterios de política económica general de los que dicho Presupuesto es instrumento. Esa relación directa entre ambos contenidos ha de ser esencial y principal, nunca accidental y secundaria.

e) Esa limitación proviene, para el TC, de la definición funcional que la Ley de Presupuestos tiene en la Constitución (artículos 66.2 y 134.2) y de la necesidad de no violentar el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), mediante la modificación indiscriminada

de núcleos normativos que gozan de vocación de estabilidad y se inscriben en lo que puede llamarse Derecho codificado.

Las Sentencias 274/2000, de 15 de noviembre, y 3/2003, de 16 de enero, reafirmaron esos criterios doctrinales al afirmar, la primera, que *“las Leyes anuales de Presupuestos tienen un contenido mínimo, necesario e indisponible, constituido por la expresión cifrada de la previsión de ingresos y la habilitación de gastos, y un contenido posible, no necesario y eventual que puede afectar a materias distintas a ese núcleo esencial constituido por la previsión de ingresos y la habilitación de gastos”*, contenido eventual que sólo tiene cabida dentro de límites estrictos, y que ni tal inclusión puede desvirtuar el contenido primordial que caracteriza a dicha ley, ni de ella se sigue que dichas materias hayan de formar necesariamente parte de su contenido y no puedan ser reguladas por una ley ordinaria (STC 126/1987). Para delimitar el ámbito dentro del cual debe moverse necesariamente la inclusión de las materias que no constituyen el núcleo esencial mínimo e indisponible de las leyes de Presupuestos, el Tribunal ha establecido dos condiciones: la conexión de la materia con el contenido propio de este tipo de leyes, y la justificación de la inclusión de esa materia conexas en la ley que aprueba anualmente los Presupuestos Generales. El cumplimiento de estas dos condiciones resulta, pues, necesario para justificar la restricción de competencias del poder legislativo, propias de las leyes de Presupuestos, y para salvaguardar la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 CE, esto es, la certeza del Derecho que exige que una ley de contenido constitucionalmente definido, como es la ley de Presupuestos Generales, no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional (arts. 66.2 y 134.2 CE).

También ha señalado el TC que, aunque de la literalidad del art. 134 CE se deduce, en principio, que las reglas en él contenidas tienen como objeto directo la regulación de una institución estatal, de modo que de los preceptos constitucionales que regulan las instituciones del Estado no pueden inferirse, sin más, reglas y principios de aplicación, por vía analógica, a las instituciones autonómicas homólogas, es evidente que existen una serie de reglas y principios constitucionales que son predicables de toda institución presupuestaria, estatal o autonómica (STC 116/1994, de 18 de abril; también las SSTC 174/1998, de 23 de julio; 130/1999, de 1 de julio, y 3/2003, de 16 de enero).

En igual sentido la STC 130/1999, de 1 de julio, expone que existe una sustancial identidad entre las normas que, integrantes del bloque de la constitucionalidad, son aplicables a la institución presupuestaria de la Comunidad Autónoma de Cantabria y lo dispuesto respecto de los Presupuestos Generales del Estado en el art. 134.2 CE, pudiendo deducirse en su consecuencia la existencia de *“un principio general de que el contenido de la Ley de Presupuestos autonómica se adecue a la función institucional que le es propia, sin que puedan incluirse en ella normas que no guarden relación directa con el programa de ingresos y de gastos o con los criterios de la política económica en que se sustentan, o que no sean un complemento necesario para la mayor inteligencia y para la mejor y más eficaz ejecución del Presupuesto”*.

Examinado el Anteproyecto puede afirmarse que el conjunto de su contenido se encuentra dentro de los límites constitucionales que le son propios, conclusión no predicable plenamente de la disposición adicional decimocuarta ni de la decimoquinta, que merecen las observaciones que después se expondrán.

II. Aun comprendiendo que, por su propia naturaleza, un Anteproyecto como el consultado es de compleja elaboración, el Consejo Jurídico ha de dejar constancia de la carencia

de información económica que permita conocer el importe de los créditos a aprobar y su distribución.

Según el artículo 46.4 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno, la facultad de elevar el Anteproyecto a la consideración del Consejo de Gobierno para que decida sobre ulteriores trámites corresponde a la Comisión de Secretarios Generales, cuya intervención se ha preterido.

El texto remitido para Dictamen carece de la reglamentaria autorización (art. 46.2, 1º del Decreto 15/1998, de 2 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y funcionamiento del Consejo Jurídico); la exposición de motivos es imprescindible para su ulterior remisión a la Asamblea Regional (art. 119 del Reglamento de la Asamblea Regional).

La Disposición adicional decimocuarta se separa notablemente de la propuesta efectuada por la Intervención General una vez consultada la Consejería competente, sin que consten los motivos de la divergencia, la cual da lugar a una norma que se extralimita de las competencias de la Comunidad Autónoma, como más adelante se especificará.

La Disposición adicional decimoquinta carece de propuesta de la Consejería competente.

**TERCERA.- Limitaciones del Anteproyecto derivadas de las competencias estatales.**

En el Dictamen 167/2003, a modo de compendio de otros anteriores, este Consejo indicó que el objeto de la consulta es el texto articulado del Anteproyecto y no los Presupuestos en sí mismos, lo cual no excluye que, para una íntegra comprobación jurídica, sea necesario el conocimiento de determinadas cifras, en concreto de las que permiten derivar efectos jurídicos para apreciar la adecuación de dicho texto articulado a otras normas, puesto que su omisión produciría una limitación del Dictamen, al no poderse realizar una valoración general de la adecuación del Anteproyecto al conjunto del ordenamiento, y que sólo, a lo más, cabría presumir (Dictámenes 70/99, 62/00 y 92/01).

Por ello, viene estimando el Consejo Jurídico que los elementos de contraste fundamentales para el análisis jurídico del Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Región deben permitir comprobar, necesariamente, las siguientes partes de su contenido:

1º) El principio de estabilidad presupuestaria, en los términos que se define por la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la anterior. Según las mismas, en el primer semestre de cada año el Gobierno fijará el objetivo de estabilidad presupuestaria previsto para los tres ejercicios siguientes, previo informe del Consejo de Política Fiscal y Financiera. El primer dato del Presupuesto, a los efectos del cumplimiento del principio de estabilidad, es la constatación de que a través del mismo se proporciona una situación financiera de equilibrio o de superávit (art. 3.2 Ley 18/2001), aspecto que se justifica en el expediente a través de lo informado por la Directora General de Presupuestos en la memoria justificativa.

2º) El cumplimiento de la normativa básica estatal en materia de retribuciones del sector público y su incremento anual, dato que, siguiendo lo reflejado en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, es de forzoso seguimiento por todas las Administraciones Públicas, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El Anteproyecto sigue lo



que se califica como normativa básica en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.

3º) Los límites que el artículo 14 de la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas impone a éstas en materia de endeudamiento, aspecto sobre el que no consta dato directo en el expediente.

#### **CUARTA. Sobre el articulado.**

El Consejo Jurídico ha de resaltar, en particular, las siguientes consideraciones:

1) Artículo 35. Contratación de personal laboral con cargo a los créditos de inversiones. El Consejo Jurídico ha indicado en diversos Dictámenes (62/2000, 167/2003, 131/2004 y 145/2005) que la regulación establecida, además de ser reiterada año tras año en las Leyes de Presupuestos, demuestra en gran parte de su contenido un marcado carácter reglamentario. Que esta norma haya permanecido invariable en todas las leyes de presupuestos desde que se incluyó por vez primera (hace más de 10 años), demuestra que materialmente no es una norma de vigencia anual. Pero, además, nada impediría que, en uso de la potestad reglamentaria que al Consejo de Gobierno otorga el artículo 9 TRLH, dictase un Decreto regulador de dicho procedimiento, aplicable cuando la norma sustantiva (la Ley de Presupuestos anual) permitiese este tipo de contrataciones. Es decir, con independencia del mandato inicial, el precepto carece de efectos presupuestarios, ya que contiene normas de alcance general, capaces de surtir efecto con independencia de la anualidad presupuestaria correspondiente. Se separan un tanto del contenido no ya esencial, sino del que eventualmente puede formar parte de la Ley de Presupuestos.

2) Artículo 46. Módulo económico de distribución de fondos públicos para el sostenimiento de centros concertados. La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, indica en el artículo 117.1 que *“la cuantía global de los fondos públicos destinados al sostenimiento de los centros privados concertados, para hacer efectiva la gratuidad de las enseñanzas objeto de concierto, se establecerá en los presupuestos de las Administraciones correspondientes”*, dato que se omite en el Anteproyecto dictaminado. Además de ello, conviene reiterar que el concierto, en cuanto contrato administrativo, no parece aconsejar que la Administración educativa asuma la condición de cuasi-empleador, suscribiendo acuerdos tripartitos con las organizaciones patronales y sindicales comprometiéndose a la mejora retributiva del profesorado de los centros concertados.

3) Disposición adicional decimocuarta. Establece la aplicación del artículo 97 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (procedimiento de emergencia), a ciertas actuaciones de la Consejería de política social sobre protección del menor, declaradas urgentes. El precepto que se propone es contrario al que se remite, ya que éste se califica como básico por la Disposición final séptima de la Ley 30/2007 y no admite que se tramiten con ese carácter emergente distintos contratos que los motivados por las causas que cita: acontecimientos catastróficos o situaciones que supongan grave peligro o necesidades que afecten a la defensa nacional. Resulta claro que el precepto proyectado incurre en una contradicción interna insalvable que sólo podrá remediarse mediante su acomodación a la normativa básica de contratos, acomodación que resulta factible sustituyendo la redacción del texto por la que propuso el Interventor General en su escrito de 14 de julio de 2008, que sí es acorde con las competencias autonómicas y no conculca lo establecido en la legislación básica.

4) Disposición adicional decimoquinta. Se refiere a la colaboración entre la Comunidad Autónoma y el Ayuntamiento de Murcia para la mejora y construcción de determinadas infraestructuras, colaboración que se remite a un convenio para la construcción y mejora de la red viaria de dicho término municipal. El precepto ofrece dos observaciones. La primera es que, si exceptuamos la condición 3ª (aplazamiento del pago en un máximo de 10 anualidades), el resto del contenido carece de efectos presupuestarios, ya que son mandatos de alcance normativo general, capaces de surtir efecto con independencia de la anualidad presupuestaria correspondiente. Igual que en el caso del artículo 35, se separan un tanto del contenido no ya esencial, sino del que eventualmente puede formar parte de la Ley de Presupuestos, separación que se explica —y aquí enlazamos con la segunda observación— en que la sede natural en que debiera producirse esta normativa es el desarrollo de la Ley 2/2008, de 21 de abril, de Carreteras de la Región de Murcia, que entrará en vigor el próximo 14 de noviembre. Su artículo 42.4 establece que *“la Consejería competente en materia de carreteras y las corporaciones locales respectivas podrán convenir lo que estimen procedente en orden a la mejor conservación y funcionalidad de tales vías, en tanto sean competencia de la Comunidad Autónoma”*. A su vez, la Disposición final primera de dicha Ley atribuye potestad reglamentaria al Consejo de Gobierno en los siguientes términos: *“El Consejo de Gobierno dictará las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de la presente Ley”*. Si enlazamos estas previsiones con la doctrina general sobre el contenido posible de la Ley de Presupuestos, expuesta en la Consideración Segunda I, se advierte que la regulación del régimen jurídico de los convenios con los Ayuntamientos para la conservación y explotación de las carreteras regionales carece de conexión con el contenido propio de este tipo de leyes y no se justifica su inclusión en la ley que aprueba anualmente los Presupuestos Generales. Por medio de ésta se realiza un desarrollo del derecho codificado contrario a las pautas de técnica jurídica y a la doctrina constitucional sobre la materia.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- El Anteproyecto sometido a Dictamen responde globalmente en su contenido a las determinaciones propias de su naturaleza, según la doctrina del Tribunal Constitucional, excepto en lo que se refiere a las Disposiciones adicionales decimocuarta y decimoquinta, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta, 3) y 4). Además, la Disposición adicional decimocuarta incurre en exceso competencial al alterar un precepto declarado básico por la normativa estatal.

**SEGUNDA.**- Se han justificado las limitaciones en cuanto a endeudamiento y cumplimiento de los objetivos derivados de la Ley de Estabilidad Presupuestaria.

**TERCERA.**- Las restantes observaciones del Dictamen debieran ser tenidas en cuenta a efectos de la corrección del texto y de su coherencia con el resto del ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 170/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.****Consultante: Consejera de Sanidad (2004)****Fecha: 27/10/08****Extracto de Doctrina**

*Cabe aquí recordar lo indicado por este Consejo Jurídico en varios Dictámenes (por todos, el núm. 134/2006), sobre la obligación que los lesionados tienen, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, de acudir a los servicios sanitarios públicos, ya que “la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración causante de daños físicos no constituye título suficiente para que el lesionado, beneficiario del sistema de seguridad social, tenga el derecho de elegir la medicina privada como instrumento para la curación de sus lesiones y se le resarza de los gastos ocasionados por ello, sino que debe acudir al sistema sanitario público, y sólo tras una denegación o retraso asistencial indebidos o un error de diagnóstico procede el resarcimiento de los gastos devengados por acudir, después, a la medicina privada”.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 21 de septiembre de 2006, x., presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería consultante, por los daños sufridos el día 2 de diciembre de 2005, cuando al finalizar su jornada laboral como auxiliar de enfermería en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (en lo sucesivo, HUVA), sufrió una caída en los pasillos del Servicio de Urgencias Pediátricas del citado Hospital, debido a que aquéllos se encontraban mojados por haber sido recientemente fregados, sin que existiera señal alguna que advirtiese de dicha circunstancia. Debido a la caída sufrió diversas lesiones de las que fue atendida en el servicio de urgencias del HUVA. Posteriormente acudió para evaluación, tratamiento y vigilancia de las lesiones a la Dra. x., que le prescribió 45 sesiones de rehabilitación.

A su escrito de reclamación acompaña la interesada la siguiente documentación:

- a) Informe del Servicio de Urgencias del HUVA.
- b) Comunicación de accidente de trabajo.
- c) Informes sobre resonancias magnéticas.
- d) Informe médico, en el que se concluye que, una vez finalizado el tratamiento a la paciente —en el que se han incluido 25 sesiones de RHB—, le queda secuela consistente en “gonalgia mecánica bilateral inespecífica ocasional”, que valora en cuatro puntos.
- e) Factura de la Clínica de Fisioterapia Quirón, por importe de 945 euros, correspondientes a 45 sesiones de RHB.
- f) Factura por honorarios médicos de la Dra. x., por importe de 750 euros.

Considera la reclamante que los daños sufridos son directamente imputables a la omisión por parte de la Administración del cuidado necesario de los centros públicos de asistencia sanitaria, por lo que considera que se le debe indemnizar, en concepto de responsabilidad patrimonial, la cantidad de 7.154,76 euros, que desglosa del siguiente modo:

— 30 días impeditivos x 47,28 euros/día.....	1.418,40 euros
— 60 días no impeditivos x 25,46 euros/día .....	1.527,60 euros
— 4 puntos de secuela.....	2.513,76 euros
— Gastos rehabilitación .....	945,00 euros
— Gastos médicos.....	750,00 euros

Propone como medios de prueba documental, consistente en dar por reproducidos los documentos que acompaña a la reclamación, y testifical del Dr. D. x. y de la enfermera x.

**SEGUNDO.-** Con fecha 22 de febrero de 2007 se dictó Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) admitiendo a trámite la reclamación, lo que se notificó a las partes interesadas, reclamante y aseguradora del SMS.

**TERCERO.-** El mismo día la instructora dirige escrito a los Directores Gerentes del HUVA y de la Clínica de Fisioterapia Quirón, a los que adjunta copia de la reclamación y solicita el envío de la siguiente documentación:

- a) Copia compulsada y foliada de la historia clínica de la interesada.
- b) Informes de los profesionales que asistieron a dicha paciente, relativos a los hechos descritos en la reclamación.

Requerimiento que fue cumplimentado por ambos centros sanitarios en el siguiente sentido:

1. El Director Gerente del HUVA remite escrito fechado el 26 de marzo de 2007, en el que señala que la cobertura sanitaria a la reclamante correspondía a x., al tratarse de un accidente laboral y en este sentido se tramitó la correspondiente comunicación. Al escrito se adjunta informe del Servicio de Urgencias y diligencia por la que el facultativo que atendió a la paciente se ratifica en el contenido del citado informe, haciendo constar que se trató de un dolor de rodilla, después de un golpe, y que aconsejó su revisión por la Mutua de trabajo, al referirle la paciente que se trataba de un accidente laboral.

2. El Director Gerente de la Clínica de Fisioterapia Quirón remite informe sobre la asistencia prestada a x., en el que se señala lo siguiente:

*“La paciente x. que sufre caída accidental y a consecuencia de la misma es diagnosticada por la Dra. x., de tendinopatía cuadriceps bilateral postraumática.*

*La paciente comienza la rehabilitación en la Clínica de Fisioterapia Quirón el día 24/02/06, en la primera exploración, presenta dolor y restricción de la movilidad.*

*En total le han sido prescritas 45 sesiones de Rehabilitación durante las revisiones por su Doctora.*

*El tratamiento aplicado a la paciente, según la evolución progresiva de ésta, ha consistido en aplicación de: electroterapia antiálgica y antiinflamatoria, ultrasonidos, movilización, estiramientos de los tejidos afectados, masaje de cyriax, crioterapia, masoterapia y magnetoterapia.*

*También le han sido recomendados ejercicios de movilización activa y de estiramientos para realizar en el domicilio.*

*La paciente ha evolucionado favorablemente, siendo dada de alta por la Dra. x., en la última revisión médica”.*

**CUARTO.-** Mediante escrito fecha el 18 de abril de 2007, la instructora solicita del Director Gerente de la Arrixaca ampliación de información sobre los siguientes extremos:

1. Si la reclamante es trabajadora del Servicio Murciano de Salud (SMS) y, en su caso, categoría laboral de la misma.

2. Si las labores de limpieza, a consecuencia de las cuales el suelo estaba mojado el día del accidente, son realizadas por el personal del SMS o por una empresa contratista.

3. Con independencia de quién realice el servicio de limpieza, si se avisa mediante la colocación de carteles que el suelo está mojado y si así se llevó a cabo el día en el que ocurrió el siniestro.

4. Si es habitual que a las 8:15 horas el suelo esté mojado.

El requerimiento es cumplimentado en el siguiente sentido:

1. La reclamante presta servicio en el HUVA como auxiliar de clínica; plaza en la que tomó posesión el 1 de enero de 1987.

2. Las labores de limpieza del HUVA las realiza la empresa contratada al efecto que, en la fecha del accidente, era --, S.A.

3. Dado el tiempo transcurrido, es imposible afirmar o negar rotundamente la utilización de carteles indicativos de “suelo mojado”. En cualquier caso, es obligación del personal de limpieza su utilización, tal como reflejan los Pliegos de Prescripciones Técnicas del contrato suscrito con la citada empresa.

4. El horario de limpieza de toda el Área de Urgencias es el de menos tránsito de cada turno. En el correspondiente a la mañana las labores de limpieza comienzan a las 6:30 horas, con el fin de que las zonas comunes y de mayor tránsito estén limpias antes de las 8 horas.

**QUINTO.-** Mediante escrito fechado el 14 de junio de 2007 la instructora da traslado de la reclamación a la mercantil --, S.A., a efecto de que se considere parte interesada en el procedimiento, en la medida que puede verse afectada por la resolución que en él recaiga, al tiempo que se le insta para que dé traslado de los hechos a su aseguradora.

**SEXTO.-** Seguidamente se procedió a practicar la prueba testifical propuesta por la reclamante. Al acto se citó, además de a los testigos, a la empresa --, S.A., como empresa adjudicataria del contrato de limpieza.

Practicada la prueba testifical al Dr. x., éste responde del siguiente modo a las preguntas que se le formulan:

*“¿Cuál es su relación laboral con el Hospital Virgen de la Arrixaca?*

*Soy Jefe de Sección de Urgencias de Pediatría.*

*La x. reclama por una caída en el H. Virgen de la Arrixaca, ¿vio Ud. dicha caída o vio a x. ya en el suelo?*

*Sí, la vi caer, además también lo presencié x. (Enfermera del Servicio de Urgencias Pediátricas).*

*¿Sobre qué hora ocurrieron los hechos?*

*De 8,00 h a 9,00 h, creo que salía de trabajar del turno de noche.*

*¿Dónde ocurrió exactamente la caída?*

*En el pasillo de Urgencias.*

*¿Apreció cuál era la situación del suelo, si estaba o no mojado?*

*Sí estaba mojado; a esas horas suelen estar las limpiadoras.*

*¿Había carteles indicativos de tal circunstancia?*

*En ese momento no”.*

Según consta acreditado mediante diligencia de la instructora la enfermera del Servicio de Urgencias Pediátricas, x. no acude por encontrarse de vacaciones, si bien ha mostrado su disponibilidad a hacerlo en cualquier otro momento.

**SÉPTIMO.-** La instructora recaba a x. copia de la historia clínica de la reclamante e informe de los facultativos que le atendieron. Por la citada entidad se procedió a remitir la historia clínica, indicando que no se remitía informe médico alguno, puesto que en la historia figuran todas las asistencias sanitarias que le fueron prestadas.

**OCTAVO.-** Consta en el expediente que la interesada interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación interpuesta, como consecuencia de lo cual se sigue ante el Juzgado Contencioso Administrativo núm. 4 de los de Murcia el procedimiento abreviado núm. 811/2007.

**NOVENO.-** La instructora, mediante escrito fechado el 20 de diciembre de 2007, se dirige a la Correduría de Seguros x., adjuntándole el expediente de reclamación por responsabilidad patrimonial y solicitando se proceda a valorar el importe de la indemnización que pudiera corresponder a la interesada.

El requerimiento es cumplimentado mediante la remisión de un informe fechado el 18 de enero de 2008, en el que se afirma que *“No existe ninguna lesión objetivable que explique la continuación de dolor salvo la condromalacia rotuliana y esta no se puede relacionar de modo cierto con la caída y además está localizada en una sola rodilla, por lo tanto no contemplamos la existencia de secuelas”*. En cuanto al importe de la indemnización lo fija en 851,04 euros, en concepto de incapacidad temporal (18 días improductivos).

**DÉCIMO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, sólo comparece la empresa contratista, alegando que no existe relación causa efecto entre la caída y el daño, ya que no hay prueba alguna de que el accidente se haya producido en la forma, tiempo y lugar descritos, estimando que no es sino una simple mención interesada y pretenciosa de la reclamante de que el suelo estuviese mojado por labores de limpieza.

**UNDÉCIMO.-** La propuesta de resolución concluye en estimar la reclamación, por concurrir los requisitos determinantes para entender que existe nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y los daños sufridos por x., aunque considera que corresponde a la empresa contratista, --, S.A., hacerse cargo de la indemnización que asciende a 851,04 euros, según valoración de la Correduría de Seguros.

**DUOCÉDIMO.-** Con fecha 5 de marzo de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

### PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

De conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP), el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

### SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La condición de funcionaria de la interesada no obsta para entenderla legitimada para deducir la solicitud de indemnización en concepto de reclamación patrimonial de la Administración Pública.

En efecto, en Dictámenes anteriores de este Consejo Jurídico, como los números 75/1999 y 99/2006, se ha recogido la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sostiene que no es admisible excluir del concepto de “*particulares*” a que se refiere el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), a los funcionarios que reclamen indemnización a título de responsabilidad patrimonial de la Administración, derecho indemnizatorio proveniente, en primera instancia, del reconocimiento realizado en el artículo 106 de la Constitución acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Ello no es óbice para señalar, como se hizo en el Dictamen 19/2008, que la relación especial de sujeción que une a la funcionaria reclamante puede influir, en ocasiones, en la apreciación de la concurrencia de los requisitos generales configuradores de dicha institución necesarios para admitir el resarcimiento por este concreto título jurídico o causa de pedir, y ello tanto en lo que atañe a la adecuada relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público como, especialmente, al requisito relativo al deber jurídico de soportar dicho daño. Por otra parte, dicho título de resarcimiento opera en un plano distinto al específico relativo a las indemnizaciones a funcionarios por razón del servicio, por tener cada uno de ellos un fundamento y un alcance distinto, así como un régimen jurídico propio.

II. Tanto el artículo 97 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRL-CAP) —de aplicación en el momento de ocurrir los hechos objeto del presente Dictamen—, como el artículo 198 de la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, establecen lo siguiente:

*1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato.*

*2. Cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración, será ésta responsable dentro de los límites señalados en las leyes. También será la Administración responsable de los daños que se causen a terceros como consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por ella misma en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación.*

*3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre*

*a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción.*

*4. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto.*

Dentro de esta norma distributiva de la responsabilidad de la Administración y de los contratistas para el caso de que los daños se produzcan en el curso de la ejecución del contrato, la regla general es que la responsabilidad será del contratista, salvo que el daño causado sea consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración, dándose al perjudicado la facultad de que pueda utilizar el trámite del párrafo 3 de este artículo para dilucidar ante quien debe hacer efectiva la acción.

Como ya tuvo ocasión de indicar este Consejo Jurídico en sus Dictámenes números 2/2000, 9, 20, 31 y 32, todos de 2002, y 177/2006, así como en la Memoria correspondiente al año 2003, la interpretación sistemática del artículo 97 TRLCAP nos lleva a concluir que, ante una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta debe resolver respondiendo directamente de los daños causados por el concesionario o contratista, sin perjuicio de la acción de regreso que debe ejercitar contra aquéllos a fin de determinar el grado de responsabilidad que les pueda alcanzar por los hechos. A este respecto el Consejo de Estado ha declarado que los particulares no tienen el deber de soportar la incertidumbre jurídica de la última imputación del daño (Dictámenes de 18 de junio de 1970, 21 de julio de 1994, 28 de enero de 1999 y 22 de febrero y 30 de mayo de 2007). En este mismo sentido se ha pronunciado también el Tribunal Supremo al afirmar que la naturaleza netamente objetiva de la responsabilidad de la Administración impide a ésta desplazar la misma al contratista, sin perjuicio de la acción de repetición de aquélla contra éste (entre otras, sentencias de 19 de mayo de 1987 y de 23 de febrero de 1995), a lo que habría de añadirse, sin perjuicio también de que el contratista, tras la resolución administrativa, satisficiera voluntaria y directamente el pago al perjudicado, que sería lo lógico en aras de la economía de trámites (Dictámenes 2/2000 y 177/2006).

III. Desde el punto de vista temporal, la reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año que la Ley concede para que el perjudicado deduzca su pretensión ante la Administración. En efecto, según el artículo 142.5 LPAC el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. Añadiendo que en caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Pues bien, en el caso que nos ocupa las actuaciones anómalas que se imputan a la Administración regional se habrían producido el día 2 de diciembre de 2005, y la reclamación se presentó el día 21 de septiembre de 2006, es decir, antes de que transcurriera un año, por lo que ha de entenderse deducida dentro de plazo.

IV. A la vista de las actuaciones que se constatan en el expediente remitido, puede afirmarse que se ha cumplido sustancialmente lo exigido por la LPAC y su desarrollo reglamentario sobre tramitación de esta clase de reclamaciones.

#### **TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

En lo que al fondo de la reclamación respecta, resulta claro que la reclamante ha sufrido un daño efectivo, individualizado, evaluable económicamente, antijurídico e imputable a la Administración contra la que se reclama, al atribuirse al deficiente estado en el que se encontraba el suelo de un centro sanitario de titularidad de la Administración regional.



Resta, pues, examinar el aspecto relativo a la necesaria relación de causalidad entre la actividad administrativa y el daño en virtud del cual se reclama. Nexo causal que corresponde acreditar a la interesada, de acuerdo con el principio general sobre carga de la prueba contenido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y con lo que, más específicamente, para el régimen de la responsabilidad objetiva de la Administración, dispone el artículo 6.1 RRP. Quiere ello decir que la reclamante ha debido probar los hechos constitutivos de su pretensión indemnizatoria, mientras que a la Administración corresponde, en su caso, la prueba de los hechos que excluirían la existencia de responsabilidad.

La reclamante considera que existe responsabilidad de la Administración, en la medida en que queda acreditado en el expediente que el accidente se produjo como consecuencia de que el pasillo de tránsito del Servicio de Urgencias Pediátrica se encontraba mojado, debido a la realización de las labores de limpieza, sin que dicha circunstancia estuviese debidamente advertida con la colocación de un cartel al efecto. Para acreditar la certeza de tal afirmación, fundamento de su pretensión, la reclamante ha aportado los elementos de prueba a su alcance. En efecto, junto con el escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, aportó diversa documentación médica acreditativa de la asistencia sanitaria recibida inmediatamente después de haber sufrido el accidente y en días posteriores. Asimismo propone la declaración de dos personas que presenciaron los hechos, y si bien es cierto que sólo depuso una de ellas —a la posibilidad de que lo hiciera la otra, renunció expresamente la instructora—, la práctica de la prueba vino a corroborar las manifestaciones de la interesada en relación con el lugar y demás circunstancias que concurrieron en el siniestro. De los anteriores antecedentes se deriva la existencia de nexo de causalidad suficiente, ya que la presencia de un suelo mojado constituye un factor de riesgo de caídas, y si fregarlo resulta imprescindible, al menos ha de procurarse minimizar aquella eventualidad advirtiendo de tal circunstancia, con el fin de que quienes transiten por él puedan extremar las medidas de precaución necesarias para evitar accidentes como el sufrido por x.

Sentado así el hecho de existencia de responsabilidad de la Administración sanitaria como titular del servicio público prestado en el HUCA, su carácter directo no puede verse excluido por la interposición de un contratista en su gestión, pues, como se indica en la Consideración Segunda de este Dictamen, lo contrario haría quebrar el carácter garantista que la institución tiene para los particulares. Lo anterior no empece, claro está, para que dándose aquella responsabilidad por ser imputable el daño al giro o tráfico de la Administración, quien haya de satisfacer la indemnización es la persona con quien la Administración ha contratado, bien voluntariamente una vez determinada tal circunstancia por la Administración, bien por la vía de regreso.

#### CUARTA.- Determinación del alcance de los daños y cuantificación de la indemnización.

Fijada en los términos que se señalan en la anterior Consideración la concurrencia de los requisitos exigidos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario pronunciarse sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, por disponerlo así el artículo 12.2 RRP.

Para proceder a la evaluación del daño se puede aplicar análogamente los criterios de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, actualmente contenido en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, obteniendo el siguiente resultado:

### 1. Días de incapacidad temporal.

Para la reclamante serían indemnizables por este concepto 90 días, de los cuales 30 habrían sido improductivos y 60 no improductivos. Este cálculo se realiza con base en el informe emitido por facultativo médico privado que aporta (folios 13 y siguientes). La Administración, por su parte, con base en un informe-valoración de la Correduría de Seguros (folio 77), sólo reconoce la existencia de 18 días de carácter improductivo.

Ante la disparidad de cifras manejadas por las partes, el Consejo estima oportuno basarse en la historia clínica aportada por x. (folios 48 y siguientes), de cuyo contenido se desprende que la reclamante fue dada de baja por incapacidad, como consecuencia del accidente laboral sufrido, el día 2 de diciembre de 2005, y de alta el siguiente día 20, lo que permite fijar el número de días que la reclamante estuvo incapacitada para su ocupación habitual en 18. Ahora bien, de esta misma documentación se deriva que, a pesar de ser dada de alta, el proceso patológico que sufría continuaba y requirió de asistencia médica hasta el día 7 de marzo de 2006, por lo tanto permaneció en situación de incapacidad temporal no improductiva 77 días.

### 2. Secuelas.

El informe pericial aportado por x. en su escrito de reclamación, indica que padece “*gonalgia mecánica bilateral postraumática inespecífica*”, a la que atribuye, a efecto de cálculo de indemnización, una puntuación de 4. Esta descripción de secuelas es cuestionada por el informe facultativo presentado por la Correduría de Seguros, en el que se afirma que “*no existe ninguna lesión objetivable que explique la continuación del dolor salvo la condromalacia rotuliana y ésta no se puede relacionar de modo cierto con la caída y además está localizada en una sola rodilla, por lo tanto no contemplamos la existencia de secuelas*”.

Acudiendo de nuevo a la historia clínica de la paciente se observa que, ante el dolor que persistía en ambas rodillas, se le practicó RMN que, en relación con la rodilla izquierda, informa de condromalacia rotuliana grado 4. Por otro lado, en la misma historia, aparece anotación del Dr. x., con la indicación de que la interesada presenta “*dolor fémoropatelar bilateral, más acentuado en la izquierda. Resto de exploración normal. RMN normales, salvo condromalacia rotuliana izquierda*”. Entiende, pues, este Consejo que la anterior secuela ha de entenderse como probada, así como también el hecho de que la misma se evidencia en el proceso de curación de las lesiones sufridas en el accidente origen del expediente de responsabilidad patrimonial.

Aplicando el contenido del capítulo 5, de la tabla VI, podríamos encajar la secuela descrita en la categoría “condropatía rotuliana postraumática” (1-5 puntos), con una valoración de 2 puntos.

Respecto a la valoración de los daños sufridos, este Consejo Jurídico, atendiendo a la consolidada doctrina jurisprudencial existente al respecto, y como anteriormente se ha dicho, considera razonable acudir, como criterio orientativo, a lo establecido en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, y del baremo actualizado de las indemnizaciones (incluidos los daños morales) para el año 2005, ya que, tal como prescribe el artículo 141.3 LPAC, la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por Instituto Nacional de Estadística.

Conforme a dicho baremo, ha de calcularse el *quantum* indemnizatorio del siguiente modo:

a) En lo relativo a la incapacidad temporal, se hará efectiva la cantidad de 2.811, 46 euros, desglosada como a continuación se indica:

— 18 días improductivos a 47,28 euros/día.....	851,04 euros
— 77 días no improductivos a 25,46 euros/día .....	1.960,42 euros

b) En lo que se refiere a las secuelas, se calcula la cuantía correspondiente a 2 puntos a razón de 603,09 euros el punto (atendiendo a la edad de la reclamante en el momento de ocurrir los hechos), lo que supone un total de 1.206,18 euros.

c) En lo que atañe al factor de corrección, aún no contando con el dato de los ingresos anuales de la víctima, en atención a su profesión de auxiliar de enfermería no parece irrazonable aplicar un factor de corrección del 10% (grado máximo del porcentaje mínimo que se contempla en las tablas IV y V), lo que elevaría la indemnización por incapacidad temporal a 3.092,61 y por lesiones permanentes a 1.326,80 euros.

d) Por último, en lo que a gastos médicos y de rehabilitación se refiere, no procede abonar cantidad alguna por estos conceptos, porque, tal como se desprende del conjunto de la documentación sanitaria que obra en el expediente, la reclamante fue atendida por los servicios sanitarios públicos y por la mutua laboral, sin que se haya alegado ni, por lo tanto, probado, que se le denegara o retrasara desde estos ámbitos la prestación sanitaria que finalmente recibió de la medicina privada. Cabe aquí recordar lo indicado por este Consejo Jurídico en varios Dictámenes (por todos, el núm. 134/2006), sobre la obligación que los lesionados tienen, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, de acudir a los servicios sanitarios públicos, ya que *“la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración causante de daños físicos no constituye título suficiente para que el lesionado, beneficiario del sistema de seguridad social, tenga el derecho de elegir la medicina privada como instrumento para la curación de sus lesiones y se le resarza de los gastos ocasionados por ello, sino que debe acudir al sistema sanitario público, y sólo tras una denegación o retraso asistencial indebidos o un error de diagnóstico procede el resarcimiento de los gastos devengados por acudir, después, a la medicina privada”*. Postura que también mantiene el Consejo de Estado; así, en su Dictamen de 5 de diciembre de 2000, dicho Órgano Consultivo indicó lo siguiente: *“No procede indemnizar a la reclamante por los gastos médicos que ha realizado, fundamentalmente, porque, en su condición de funcionaria, tenía cobertura sanitaria pública, de tal manera que su legítima decisión de acudir a la sanidad privada en modo alguno puede implicar que la Administración deba soportar los gastos por tal motivo sufragados por la interesada. Por lo demás, no consta que haya mediado urgencia vital (en cuyo caso debería haberse articulado la reclamación como un supuesto de reintegro de gastos), ni negativa injustificada al tratamiento en la sanidad pública, razón por la que la interesada debe asumir las consecuencias derivadas de su legítima decisión de acudir a la sanidad privada, pues otra solución implicaría en este caso que, a través del instituto de la responsabilidad, se estuviera incumpliendo la regulación legal relativa a los supuestos en los que, tratándose de personas con cobertura de la sanidad pública, procede abonar los gastos en la sanidad privada”*.

En cualquier caso, en lo que se refiere a los gastos de rehabilitación cabe señalar que ni se ha acreditado su desembolso (sólo aparece al folio 15 una factura proforma), ni coincide

el número de sesiones que se describe (45) con las prescritas por la Dra. x. (25, según se indica en el folio 13).

De la suma de las cantidades señaladas anteriormente se obtendría un *quantum* indemnizatorio de 4.419,41 euros, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad.

**QUINTA.- Contenido de la resolución y acción de regreso.**

Al no deberse los daños causados a la reclamante a una orden directa e inmediata de la Administración, procede que la resolución que ponga fin al procedimiento, además de declarar la responsabilidad de la Administración, declare simultáneamente que es el contratista quien debe soportar las consecuencias económicas de ello y, que si éste no satisficiera voluntaria y directamente el pago a la perjudicada, la Administración vendría obligada a hacer frente a la indemnización, sin perjuicio de que después se dirigiera por la vía de repetición contra el contratista, en ejecución de su propia resolución y a fin de obtener el reintegro de la cantidad abonada.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

**CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada, por lo que se dictamina favorablemente la propuesta de resolución sometida a Dictamen, en lo que a este aspecto se refiere.

**SEGUNDA.-** La indemnización debe determinarse con arreglo a los parámetros reseñados en la Consideración Cuarta.

**TERCERA.-** Procede, en la misma resolución, declarar que corresponde al contratista abonar la indemnización a la perjudicada.

**CUARTA.-** En caso de que el contratista no satisficiera voluntaria y directamente el pago a la perjudicada, la Administración vendría obligada a abonar el importe de la indemnización y a dirigirse por la vía de repetición contra el contratista, en ejecución de su propia resolución y a fin de obtener el reintegro de la cantidad, de conformidad con el artículo 97.1 TRLCAP y concordantes.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 171/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 27/10/08**

**Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 32/2008.*

**DICTAMEN 172/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de su hija menor de edad, debida a accidente escolar.****Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)****Fecha: 27/10/08****Extracto de Doctrina**

*El deficiente estado de conservación de la valla constituye un anormal funcionamiento de los servicios públicos regionales. Aun cuando la responsable última del mantenimiento de las instalaciones del centro fuese la Administración municipal (si fueran de su titularidad y no hubiese otra circunstancia —convenio de cesión de uso, etc— que variase tal obligación), es deber de la Administración que presta el servicio público educativo, es decir, la regional, adoptar las medidas necesarias para evitar daños como el que nos ocupa, sin perjuicio de una eventual acción de regreso contra el Ayuntamiento (especialmente si le hubiera comunicado la existencia de las citadas deficiencias o fueran notorias o ya conocidas por éste).*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 13 de diciembre de 2005, x., en representación de su hija, presentó reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración regional, fundada en el accidente sufrido por su hija el 17 de diciembre de 2004 en la Escuela de Hostelería del Instituto de Educación Secundaria (IES) “Jiménez de la Espada”, de Cartagena, donde cursaba estudios; el accidente fue causado, según la reclamante, al acercarse su hija a la parte exterior de la valla que rodea el recinto escolar y, por encontrarse ésta en muy mal estado, se le vino encima, golpeando a la chica, que cayó al suelo y, sobre ella, la valla, consecuencia de lo cual aquélla “viene sufriendo fuertes dolores de cabeza, habiéndole afectado al sueño, padeciendo pérdidas de memoria, irritabilidad, apreciándose una lesión de golpe-contragolpe a nivel cerebral”, estando pendiente de nuevas revisiones por especialistas. Adjunta a su escrito un informe, de 21 de noviembre de 2005, de los doctores x, y., que concluye que la paciente se encuentra en la actualidad pendiente de estudio y tratamiento de sus patologías, no pudiéndose establecer, por el momento, las secuelas derivadas del traumatismo, ni el alcance de las mismas.

**SEGUNDO.-** Incoado el oportuno expediente y a instancia de la instructora, el Director de la citada Escuela emitió informe el 14 de febrero de 2006, que expresa lo siguiente:

*“El día 17 de Diciembre de 2004 la alumna de la Escuela de Hostelería, x., estudiante de primer curso de Iniciación Profesional (especialidad de Restaurante y Bar) sufrió un accidente cuando se echó encima un trozo de valla del Centro que le golpeó en la cara abriéndole en la ceja una brecha que hubo que suturar en el hospital.*

*La alumna, de 15 años, había salido del Centro sin autorización, para comprar un regalo a su “amigo invisible”. En diversas ocasiones el profesor-tutor y la Jefe de Estudios le habían comunicado a los alumnos menores de 16 años que no podían abandonar el centro durante el periodo escolar. Cuando estaba fuera, otra compañera le habló desde dentro y ella se subió al pequeño muro en el que está anclada la valla, se agarró a ésta y se la echó encima ocasionándose la herida antes descrita. La valla está hecha por módulos*

*formados por estructura de tubo (hueco) con una malla de alambre grueso. Su peso no es grande, ni puede caer desde muy alto porque el muro sobre el que se apoya tiene sólo unos 50 cms. de alto.*

*En el edificio de la UNED, adjunto a la Escuela, se estaba celebrando un congreso de inspectores de educación, para lo que se había concertado con la Escuela el almuerzo y el desayuno, motivo por el que la puerta de ésta se encontraba abierta.*

*Al tener conocimiento del suceso, la Jefa de Estudios y el profesor de guardia (x, y.) llevaron a la alumna al Hospital Virgen del Rosell, donde la atendieron debidamente y donde estuvo acompañada en todo momento por dichos profesores, hasta que llegó su madre y su hermano para hacerse cargo de ella. Se le dijo que para sucesivas curas debía acudir al centro Virgen de la Caridad, pues por el Seguro Escolar es allí donde se atiende a los alumnos. Se hizo el parte correspondiente y la alumna ha sido atendida después en este centro médico.*

*En el centro médico Virgen de la Caridad se atendió a x. con todas las pruebas que los especialistas creyeron necesarias, hasta que los mismos convinieron en que la madre de x. estaba exigiendo pruebas de manera abusiva y sin ningún criterio; pruebas sobre problemas (dolor de cabeza permanente, de visión con siete dioptrías, etc.) que ya venía padeciendo antes del pequeño accidente. De ello dan testimonio sus profesores tanto de la Escuela como del Instituto del que procedía antes de entrar en ésta.*

*La valla que rodea la Escuela, construida hace 15 años, no parecía estar en mal estado, pero al desprenderse pudimos comprobar que los soportes con los que está anclada al muro estaban algo oxidados. Lo mismo debía pasar con el resto de los anclajes, aunque a primera vista sólo algunos parecían no estar bien firmes y saneados. Después del accidente los técnicos de la Administración examinaron toda la valla para determinar su estado y la necesidad de su reparación; se revisaron todos los módulos de la valla y se reforzaron los que parecían más deteriorados.*

*Como Director, he contactado con la madre de la chica, x. (tf. x.) quien se queja de que el Centro no se haya ocupado más del seguimiento del accidente. No es así; se habló con ella; además, la alumna tiene en el Centro una hermana, x., que después de las primeras actuaciones de nuestros profesores les ha estado informando con detalle de su evolución. Fue la madre quien por su cuenta llamó a la prensa para dar publicidad al accidente, con la intención, según he podido comprobar después, de obtener algún beneficio.*

*Por orden mía, y ante la no asistencia a clase de x., la Jefe de Estudios llamó en repetidas ocasiones a la madre de la alumna para comunicarle que su hija tenía que venir a clase y que de no hacerlo perdería el curso y la escolarización. Ya antes del accidente la alumna faltaba mucho a clase, como lo hacía también en el Instituto en que estudiaba. La madre contestaba que su hija “estaba de baja” y pedía a los médicos que le expidieran algún certificado de que la alumna no estaba en disposición de ir a clase. Lo que sí estaba era en disposición para asistir a las fiestas que se organizaban en su anterior centro de estudios y comentar allí que con todo esto pretendía sacar dinero “para comprarse una moto”.*

*Tuve que llamar al director-gerente del centro médico Virgen de la Caridad para que se informase de qué médico se estaba prestando al “chantaje” de la madre. Ahí se cortaron los “certificados”, que por otra parte no se comprometían demasiado, ni aseguraban que la alumna estuviera impedida o no pudiera asistir a sus clases.*

*Me puse en contacto con el director del I.E.S. n° 5 de Cartagena, donde x. cursó la ESO, que no acabó, quien me comunicó que esta alumna durante los años que permaneció allí tuvo un índice de absentismo elevadísimo, lo que quedaba plasmado en su fracaso escolar.*

*La madre de x. se permite decir en alguna parada de autobús (me lo comunican quienes la han oído) que intenta sacar a la Administración todo lo que pueda: un coche para ella y una moto para su hija. Está separada y vive con sus dos hijas, x, y.*

*A este relato de los hechos acompaño, el testimonio de otra alumna, x., compañera de x.”*

Esta última alumna declaró lo siguiente:

*“X. estaba fuera del centro, volvía de comprar el regalo del amigo invisible. Desde el interior de la escuela la llamaron para preguntarle qué había comprado. Ella acudió corriendo para enseñarlo y se subió al muro bajito y se cogió a la valla de hierro que se soltó del cemento y se le cayó encima haciéndole un corte en la ceja”.*

**TERCERO.-** El 6 de marzo de 2006 la reclamante presentó escrito solicitando la suspensión del procedimiento en tanto no se concediera el alta médica a su hija, momento en el que podrían valorarse las secuelas. Dicho escrito no obtuvo contestación por la Consejería.

**CUARTO.-** El 15 de febrero de 2007, un abogado, que manifestó actuar en nombre de la reclamante, presentó escrito en el que solicitaba el alzamiento de la referida suspensión o, subsidiariamente, se tuviera por formulada una nueva reclamación de responsabilidad patrimonial. En este escrito alega el defectuoso mantenimiento y estado de la valla que se desprendió, aportando fotos de la misma, así como de la alumna (en la que se aprecia una cicatriz, cercana a su ceja izquierda), una noticia de prensa sobre el accidente en cuestión y de otro acaecido en el mismo Instituto, así como diversos informes médicos:

— Informe de “*Practiser*” (asistencia médica), de 18 de noviembre de 2004, sobre la herida en la frente y un hematoma en el párpado izquierdo de la alumna, indicando el tratamiento a seguir.

— Informe de 24 de enero de 2005, del servicio de neurología del Centro Médico “*Virgen de la Caridad*”, de Cartagena, en el que, como impresión diagnóstica, se consigna “*cefalea postraumática*”, solicitando la práctica de una resonancia magnética (RMN).

— Informe de la resonancia magnética realizada el 2 de febrero de 2005, en el que se consigna el hallazgo de un quiste pineal y una microimagen de 2-3 mm. de alteración de señal, en sustancia blanca de lóbulo frontal derecho, solitaria y sin otros hallazgos.

— Informe de 9 de febrero de 2005, del servicio de neurología del citado Centro Médico, en el que se vuelve a consignar como impresión diagnóstica la cefalea postraumática, así como que se está en estudio un episodio puntual de pérdida de conciencia que, en dicha consulta, la paciente dijo haber sufrido en un momento anterior, estando sola, sin concretar la fecha, a cuyo efecto se solicita un electroencefalograma (EEG).

— Informe de 16 de febrero de 2005, del citado Centro Médico, a la atención de la Escuela de Hostelería, en el que se señala que la alumna continúa con cefalea y sensación de mareo y tiene pendientes la revisión por Neurología y la realización de pruebas com-

plementarias, lo que justifica la no asistencia a clase. A partir de este momento no consta actuación alguna sobre la paciente en el citado Centro Médico.

— Informe oftalmológico de la Clínica “*Centrofama*”, realizado el 26 de abril de 2005, a instancia de la reclamante.

— Informe neuropsicológico realizado por psicólogo en una clínica privada el 19 de mayo de 2005, a instancia de la reclamante, que concluye, en síntesis, lo siguiente:

*“La exploración neuropsicológica únicamente pone de manifiesto un déficit de memoria a corto plazo en el contexto de un cuadro con predominio de alteraciones de carácter psicopatológico, como son el contenido del pensamiento con ideación recurrente en torno al suceso traumático, alteraciones de conducta asociadas (evitación), sensación de malestar al exponerse a estímulos que lo evoquen, irritabilidad, alteración de la arquitectura del sueño con pesadillas relacionadas, irritabilidad, baja tolerancia a la frustración y negativismo.*

*Todo esto es sugerente de un trastorno por estrés postraumático según criterios de la Clasificación internacional de las enfermedades CIE 10(F43.1)”.*

— Informe de consultas externas del Servicio de Neurología del Hospital “*Santa María del Rosell*”, de fecha 31 de mayo de 2005, al que acudió para “*revisión*” de un quiste en la glándula pineal, prescribiéndose RMN. Se hace constar un estado “*psicobajo*”, y la manifestación de la paciente de que cree tener “*stress postraumático*”, por lo que el facultativo consigna que solicita (no se hace constar a quién) valoración para remitirla a un Centro de Salud Mental.

— Informe del Área de Urgencias del citado Hospital, de 3 de julio de 2005, de la consulta realizada en tal fecha por referir la chica cefalea hemicraneal izquierda, dolor ocular y otalgia. Se le prescribe medicación, control por su médico de cabecera y que acuda a Consultas Externas de Neurología.

— Informe de Consultas Externas de Neurología del citado Hospital, de fecha 18 de julio de 2005, relativa al quiste pineal de aspecto benigno, del que se hará seguimiento, y por cefalea secundaria a cuadro de stress postraumático; se prescribe tratamiento y se indica que la paciente debe ser vista por psiquiatra, con revisión en seis meses.

— Informe de “*mapeo E.E.G*”, de fecha 29 de octubre de 2005, realizado por el doctor x., neurólogo, a instancia del doctor x. (uno de los dos facultativos firmantes de los informes de valoración del daño personal que ha presentado la reclamante en el presente procedimiento), en el que se advierte una “*encefalopatía parcial, que afecta a ambas regiones temporo-frontales y línea media anterior bilateral, así como a región occipital izquierda, con predominio frontal parasagital izquierdo, que muestra grafoelementos potencialmente epileptógenos y que dadas sus características y sus antecedentes es compatible con origen postraumático, con foco de golpe frontal-pasagital izquierdo y de contragolpe occipital izquierdo*”.

— Informe de 16 de febrero de 2006, del mismo neurólogo, ahora realizado en el Hospital antes citado, sobre el resultado de un nuevo EEG, que expresa lo siguiente:

*“En relación con el mapeo anterior se observa una evidente mejoría de los caracteres del trazado E.E.G. y el mapeo, de forma que sigue viéndose la alteración fundamental en las mismas regiones anteriormente señaladas, con todos los tipos de mapeo, pero han mejorado la diferenciación topográfica y, sobre todo, la riqueza y distribución del ritmo alfa*



*rápido. En este momento se observan escasos grafoelementos de significado epileptógenos de localización en vertex”.*

— Informe de 23 de marzo de 2006, del doctor x., neurólogo, realizado a instancia de la interesada, en el que, tras valorar los antecedentes expuestos por la misma y la exploración clínica de la chica, concluye lo siguiente:

*“DIAGNÓSTICO:*

- 1. Síndrome postraumático craneal.*
- 2. Pequeña area de encefalomalacia en sustancia blanca frontal derecha posiblemente postcontusiva.*
- 3. Episodio de pérdida de conciencia de etiología no filiada, posiblemente sincopal.*
- 4. Síndrome de estrés postraumático”.*

— Informe de 25 de julio de 2006, de los doctores x, y., en el que, a la vista de los antecedentes, expresan lo siguiente:

*“SITUACIÓN PATOLÓGICA ACTUAL:*

*La paciente presenta en la actualidad patologías a los siguientes niveles:*

- 1. A nivel Neurológico Psiquiátrico presenta un cuadro de cefaleas crónicas con interferencia del Sueño; Irritabilidad; Alteración de memoria inmediata; Cambios conductuales con Puerilidad, etc.*
- 2. El último informe oftalmológico hace regencia a patología ocular infecciosa, por tanto, no relacionada con el traumatismo.*

*CONCLUSIONES MEDICO-LEGALES:*

- 1. Días improductivos (Trastorno por estrés postraumático)...90 días (estandar, en ausencia de datos objetivos o informes que hablen de incapacidad).*

*2. Secuelas acreditadas:*

*Trastorno de estrés postraumático: 1-3 Puntos.....3 Puntos.*

*Cicatriz de 4,5 cm. en arco ciliar superior izquierdo, Perjuicio estético Ligero: 1-6 Puntos.....3 puntos.*

*3. Secuelas por acreditar:*

*Probable trastorno de Personalidad (cefaleas, vértigos, alteraciones del sueño, etc.)  
POR CONFIRMAR POR EL PSIQUIATRA: 5-15 Puntos.....10 Puntos”.*

— Escrito de la reclamante dirigido a la Escuela de Hostelería de Cartagena (no consta su presentación en la misma o en un registro público), en el que solicita que se expida informe relativo a las faltas de asistencia a clase de su hija en el curso 2004/2005, pues señala que hasta el momento sólo se le ha facilitado un cuadrante sin firma de sus días de inasistencia, que también acompaña.

**QUINTO.-** El 19 de febrero de 2007, la Consejería acuerda acumular al procedimiento de responsabilidad ya existente el nuevo que considera iniciado a virtud del antedicho es-

crito de reclamación que presentó la interesada, a la que el 21 siguiente requiere para que aporte copia compulsada del Libro de Familia que acredite la representación legal de su hija y, asimismo, que acredite la representación del abogado firmante del citado escrito de reclamación.

**SEXTO.-** El 6 de marzo de 2007, previo requerimiento de la instructora, comparece en la Consejería el Director de la citada Escuela, y manifiesta lo siguiente:

*“Que a la vista de las fotografías mostradas por la Instructora del estado de la valla en fecha posterior al accidente, manifiesta que dichas fotografías son auténticas. Asimismo, que pertenece a x. la fotografía del ojo lastimado en el accidente.*

*Que respecto al rendimiento escolar de dicha alumna, ya antes del accidente es muy deficiente (la nota global en formación básica es 1), que su inasistencia a clase es muy frecuente en el primer trimestre, y que a partir del accidente sólo fue al Instituto en dos o tres ocasiones, hasta el mes de junio, después ha dejado de tener contacto con el Centro.*

*Considero que la madre pretende sacar provecho económico de un pequeño accidente provocado por la propia alumna y que no ha tenido, a nuestro juicio, mayores consecuencias. La madre ha buscado certificados, entrevistas de médicos particulares para avalar su pretensión.*

*El año anterior estudió en el IES nº 5, no asistía a clase, se quejaba continuamente y pedía analgésicos para el dolor de cabeza y no aprobó la ESO; por esto la trasladaron a la Escuela de Hostelería y Turismo, ya tenía los 16 años cumplidos, para hacer Garantía Social, en el Módulo de Restaurante y Bar; tampoco en este Centro cumplía con su obligación de asistencia a clase.*

*— Se le requirió varias veces para que se incorporara a clase y no perdiera el curso, pero la madre contestaba que su hija estaba “de baja”. La niña en fiestas y reuniones de otros Centros, a los que acudía, decía ingenuamente que “cuantos más días estuviera de baja más le pagarían”. Manifestaba la alumna “que su madre quería comprarse un coche y ella una moto con el dinero que le dieran del accidente”.*

*— El desprendimiento del módulo de valla se debió a que x. desde fuera se agarró a los alambres de la misma, mientras una compañera (de un peso respetable) lo hacía desde dentro y por ello se desprendió el soporte de la valla que, certifico, no estaba en muy buenas condiciones. Al día siguiente amarramos con alambre el módulo desprendido y posteriormente se reparó de manera precaria”.*

A dichas manifestaciones adjunta un Boletín Informativo, correspondiente a la hija de la reclamante, referido al curso 04/05 de Formación Profesional Específica, perfil de ayudante de restaurante y bar, y el mismo cuadrante de faltas de inasistencia a clase aportado en su día por la reclamante.

También aporta un informe, de la misma fecha que la citada comparecencia (6-3-07), en el que dicho Director expresa lo siguiente:

*“X., durante el primer trimestre (que acabó por los días del accidente), tenía muchas faltas de asistencia a sus clases. La profesora de Formación Básica deja escrito en la 1ª evaluación el siguiente comentario: “Falta más días de los que viene. Tengo de sus exámenes más N.P. (no presentada) que notas (sólo un 2 ‘5 en Geografía).*

*Después del accidente sólo apareció por la Escuela en dos o tres ocasiones, a pesar de que se llamó varias veces a casa para advertirle que perdería el curso. A x., no obstante, se la veía en fiestas y celebraciones de otros centros. La madre nos dijo en alguna ocasión que la niña no iba a la Escuela porque “estaba de baja”.*

*El estadillo de la 1ª evaluación que adjunto refleja el rendimiento escolar de x. durante el primer trimestre.*

*En resumen, manifiesto que x., después del accidente que sufrió en la Escuela de Hostelería, sólo apareció por la misma en dos o tres ocasiones”.*

**SÉPTIMO.-** A instancia de la instructora, el Director Provincial del Instituto de la Seguridad Social emitió informe el 7 de marzo de 2007 en el que, entre otros extremos, hace constar que, en el expediente seguido por las prestaciones sanitarias efectuadas a la hija de la reclamante al amparo del Seguro Escolar por causa del accidente de referencia, obra lo siguiente:

*“Centro Médico Virgen de la Caridad aporta un escrito, de fecha 15/04/05, en el que la estudiante ha manifestado su desacuerdo con las actuaciones medicas que le han ido realizando, y nos manifiestan que ante tal falta de confianza en sus médicos, dan por finalizado su tratamiento.*

*En el expediente, figura escrito, de fecha 18/05/05, del entonces Asesor Médico del Seguro Escolar, en el que expone que ha hablado con la madre de la estudiante y con la abogada de la familia, informándoles del punto anterior y de las prestaciones sanitarias del Seguro Escolar; así como de la extensión de las mismas.*

*El Seguro Escolar abonó al Centro Medico Virgen de la Caridad 604,93 Euros por la asistencia prestada”.*

**OCTAVO.-** Obra en el expediente copia del Libro de Familia de la reclamante y su comparecencia en la Consejería para acreditar la representación requerida en su momento.

**NOVENO.-** Solicitado informe a la Unidad Técnica de Centros Educativos de la Dirección General de Enseñanzas Escolares sobre el estado de la valla que ocasionó el accidente, el 26 de abril de 2007 señaló que, cuando revisó la misma, estaba ya reparada en el lugar del accidente, y que permanece asegurada en los puntos que produjeron la rotura, añadiendo que el estado general de los materiales que la integran presenta elementos degradados puntualmente por oxidación, que han sido reforzados convenientemente.

**DÉCIMO.-** Solicitado a la Consejería de Sanidad un informe sobre la relación de causalidad entre el accidente escolar de referencia y los daños por los que se reclama indemnización, así como sobre los parámetros y conceptos que, en su caso, parecerían apropiados para valorar el daño, el 7 de junio de 2007 el Inspector Médico de dicha Consejería emitió informe, que finaliza con las siguientes conclusiones:

*“PRIMERA- En cuanto a su solicitud de establecer de forma indubitada y directa una relación causa-efecto entre el accidente escolar que la paciente x. sufrió el día 17/12/04 al caerle una valla del centro escolar en la cabeza, secundario al cual, refiere cefalea crónica de tipo opresivo, alteraciones de carácter y del sueño y cicatriz inestética dolorosa. Se considera:*

A) *Que la paciente sufrió un Traumatismo Craneoencefálico Leve (no pérdida de conciencia, no vómitos, no amnesia) y que la cefalea que refiere puede tener relación con el mismo, aunque resulta difícil cuantificar su intensidad y duración.*

*También se relaciona de forma directa con el traumatismo la cicatriz supraciliar izquierda que presenta, aunque no debería ya, en este grado de evolución, ser dolorosa; excepto que se trate de una forma de cicatrización patológica de la paciente.*

B) *Es necesario un estudio psiquiátrico de la paciente, tal y como recomendó la Dra. x., Neuróloga del Hospital Sr<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Rosell (Cartagena) en su informe del día 18/7/2005, para realizar diagnóstico diferencial entre el “Stress Postraumático” descrito en el CIE-10 y alegado por la paciente, y otras posibles causas (factores predisponentes o rasgos de personalidad) que justifiquen la alteración de los rasgos de carácter referidos en forma de puerilidad, déficit de memoria, irritabilidad, baja tolerancia a la frustración y negativismo; dado que el diagnóstico de dicho síndrome sólo debe hacerse descartadas otras causas.*

C) *Deben repetirse la Resonancia Magnética Cerebral y el Electroencefalograma para establecer la persistencia de la “...micro imagen” de 2-3 mm. en sustancia blanca del lóbulo frontal derecho, solitaria, sin otros hallazgos...”, definida en el informe del Dr. x. de fecha 9/03/2006 como un “Área de Encefalomalacia Postcontusiva contralateral” y, en su caso, establecer, si existen, las secuelas y los síntomas que provocan en el momento actual.*

D) *El quiste pineal que aparece en la RM se considera un hallazgo casual de la misma y no guarda relación con el traumatismo.*

*SEGUNDA.- En cuanto nuestro parecer sobre los parámetros y conceptos apropiados para la valoración del daño, decimos que los criterios fijados por la normativa reguladora de la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas para la determinación y cálculo de las indemnizaciones (artículo 141 LPAC), no ayudan mucho, pues nos remiten a las valoraciones predominantes en el mercado, es por ello que la jurisprudencia viene admitiendo la aplicación, como pauta meramente orientativa, de las cantidades contenidas en el Anexo de la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, donde se ofrece un completo sistema para la cuantificación económica de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación”.*

**DUODÉCIMO.-** El 25 de junio de 2007 la reclamante presenta escrito en el que solicita prórroga del plazo para presentar un informe psiquiátrico, pues tiene cita en el Centro de Salud Mental para una fecha posterior a la de la finalización del plazo concedido al efecto por el instructor, según acredita documentalmente.

**DECIMOTERCERO.-** Mediante oficio de 4 de julio de 2007, la instructora concede un plazo de 30 días a la reclamante para que aporte los informes a que se refería el informe del inspector médico antes reseñado (nuevas RMN y EEG e informe psiquiátrico).

**DECIMOCUARTO.-** Mediante diligencia de 26 de septiembre de 2007, la instructora hace constar que en tal fecha comparece el representante de la reclamante y firma un acuerdo indemnizatorio por la cantidad de 13.904,20 €, más su actualización conforme al Índice de Precios al Consumo (IPC), resultando una cantidad final de 15.044,34 €, supeditado dicho acuerdo a la fiscalización previa de la Intervención, el Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia y el dictado de la correspondiente Orden resolutoria.

**DECIMOQUINTO.-** El 1 de octubre de 2007 se formula propuesta de resolución, en la que se admite la responsabilidad patrimonial de la Administración, al considerar acre-

ditado que la valla que rodea el recinto escolar, a la que se agarró la alumna en la fecha en cuestión y cuya caída ocasionó daños a ésta, se encontraba en un defectuoso estado de conservación.

Por lo que se refiere a la cuantía indemnizatoria, se indica que se ha llegado a un acuerdo con la reclamante por un importe de 13.904,20 €, más su actualización según el IPC, lo que justifica así:

— Días improductivos. Considera que no pueden determinarse por referencia al tiempo que la alumna no asistió a clase, ni por una eventual merma de su rendimiento escolar, pues se acredita que faltaba reiteradamente a clase y su rendimiento era muy deficiente ya antes del accidente, por lo que no puede hablarse de que el accidente le causara en este aspecto un perjuicio significativo, como exigen en este punto la doctrina de este Consejo Jurídico y del Consejo de Estado. Entiende, no obstante, que el informe de 16 de febrero de 2005 del Centro Médico “*Virgen de la Caridad*” señaló que la paciente continuaba con cefalea y sensación de mareo y tenía pendientes revisión neurológica y pruebas complementarias, lo que justificaba su inasistencia a clase; además, continuó con posteriores y regulares visitas médicas. Por ello, estima que no puede saberse con certeza cuántos días de incapacidad pueden considerarse improductivos, siendo razonable atender al criterio del último informe de valoración del daño aportado por la reclamante, en el que se fija prudencialmente dicho periodo en 90 días. En aplicación del baremo utilizado en materia de accidentes de circulación, ello da lugar a la cantidad de 4.123,21 €.

— En lo que atañe a los días de incapacidad no improductivos, considera un periodo de 366 días, contados desde el último día improductivo y hasta el último informe médico obrante en el expediente, que es de 18 de marzo de 2006. De ello resulta la cantidad de 9.029,90 €.

— Respecto de las secuelas, acepta la relativa al trastorno por stress posttraumático (3 puntos) y la cicatriz en la cara (3 puntos), no así las secuelas psiquiátricas (trastornos de la personalidad), por no quedar acreditadas. Ello supone 751,07 €.

Dado que no estima procedente aplicar un factor de corrección, por no acreditarse perjuicio escolar para la accidentada, concluye en que la indemnización, por suma de las anteriores cantidades, ha de ser la expresada de 13.904,20 €, más su actualización conforme al IPC a la fecha en que se ponga fin al procedimiento.

**DECIMOSEXTO.-** El 9 de noviembre de 2007, la Intervención General de la Comunidad Autónoma no fiscaliza de conformidad la propuesta de resolución remitida al efecto.

En síntesis, estima que existe relación de causalidad entre el servicio público y el accidente sufrido, a la vista del defectuoso estado de la valla en cuestión, como corrobora el Director de la Escuela y la Unidad Técnica de Instalaciones Escolares de la propia Consejería. No obstante, destaca también el comportamiento de la alumna, contrario a las normas del mismo, al salir del recinto sin autorización, si bien no extrae de ello consecuencia alguna.

Sin embargo, discrepa en lo referente a la indemnización a reconocer, pues realiza una diferente valoración de los daños resarcibles. Así, considera que no ha de estimarse la existencia de días de incapacidad (improductiva o no), porque ésta ha de determinarse en función de la afectación que el accidente pudo tener en la actividad escolar de la alumna, no procediendo indemnizar por este concepto si no se acredita un daño académico significativo (con cita de doctrina del Consejo de Estado y de este Consejo Jurídico), siendo así que

las declaraciones y los documentos aportados al expediente por el Director de la Escuela ponen de manifiesto que la alumna apenas asistía a clase y su rendimiento escolar era ya muy deficiente antes del accidente. Sobre la inasistencia a clase por causa de la realización de pruebas médicas, se resalta la declaración del citado Director de que los médicos del centro que atendía a la paciente por cuenta del Seguro Escolar (el Centro Médico “*Virgen de la Caridad*”) le manifestaron que la madre estaba exigiendo pruebas de manera abusiva y sobre problemas (cefaleas, de visión) que ya venía padeciendo la chica antes del pequeño accidente, según profesores de la Escuela y del Instituto del que provenía. También se destaca el testimonio de dicho Director en el sentido de que, requerida la madre de la alumna para que su hija acudiese a clase, le manifestaba que estaba de baja por el accidente pero, en cambio, la alumna asistía a las fiestas de su anterior Instituto y que comentaban que pretendían sacar el máximo dinero posible a la Administración para comprarse un coche y una moto, respectivamente. Considera la Intervención que ello constituye una conducta contraria a la buena fe, lo que, junto al hecho de que la reclamante no haya aportado los informes requeridos en el dictamen de la Inspección Médica para acreditar que el estrés postraumático alegado constituía un impedimento para asistir a clase, le llevan a concluir que no procede reconocer indemnización alguna por incapacidad.

Por lo que respecta a las secuelas, considera dicho órgano que no puede aceptarse la relativa al estrés postraumático, pues el informe de la Inspección Médica señala que es necesario un estudio psiquiátrico de la alumna que descarte que los síntomas apreciados sobre tal estrés se deben al accidente y no a otros factores, pues el diagnóstico de dicho síndrome sólo debe realizarse descartando otras causas (rasgos predisponentes o de las personalidad), resultando que finalmente el citado estudio nunca llegó a presentarse.

Por ello, concluye que sólo habría que indemnizar por la secuela referente a la cicatriz ocasionada por la caída, valorada en tres puntos, que dan lugar a una cantidad de 708,12 €, que habrá de actualizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 141.3 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

**DECIMOSÉPTIMO.-** Citada la reclamante a una nueva comparecencia en la Consejería a los efectos de suscribir, en su caso, un nuevo acuerdo indemnizatorio y tomar vista del expediente, el 11 de diciembre de 2007 comparece su representante, obtiene copia del informe de la Intervención General y, ante la propuesta del órgano instructor de un acuerdo indemnizatorio por 4.831,34 € (resultado de valorar 90 días de incapacidad improductiva y la secuela de la cicatriz, por tres puntos, más su actualización), manifiesta no aceptar tal propuesta, manteniéndose en la cantidad objeto de consideración en el anterior acuerdo.

**DECIMOCTAVO.-** La nueva propuesta de resolución, remitida a este Consejo Jurídico para la emisión de su preceptivo Dictamen, de fecha 11 de diciembre de 2007, considera, en lo tocante a la indemnización a reconocer, que el hecho de que no se haya acreditado un perjuicio académico significativo para la alumna, en razón de su ya deficiente rendimiento, no excluye que durante un tiempo indeterminado la chica sufriera un periodo de incapacidad, derivado de las cefaleas, sensación de mareo, etc. y la práctica de revisiones y pruebas, según el informe de 16 de febrero de 2005 (Antecedente Cuarto), lo que debe ser indemnizado. Expresa que a ello no pueden oponerse las manifestaciones del Director de la Escuela en el sentido de que tuvo que llamar al Centro Médico “*Virgen de la Caridad*” para informar de la posible mala fe de las interesadas, pues tales mani-

festaciones no pueden valorarse, al ser una apreciación subjetiva de dicho Director, que no es experto en medicina.

Por ello, considera la nueva propuesta de resolución que, a causa del accidente, la alumna sufrió durante un largo periodo de tiempo lesiones corporales y tuvo que realizarse pruebas médicas, circunstancias que son independientes de las intenciones de las interesadas sobre la reclamación. A este respecto, y ante la indeterminación de la duración del periodo de incapacidad y de su alcance (impeditivo o no), estima procedente aceptar lo expresado en el último informe de valoración del daño aportado por la reclamante, es decir, 90 días, de carácter impeditivo; período que, según expresa, coincide con la fecha del referido informe de 16 de febrero de 2005 y con informes posteriores.

Por todo lo anterior, se propone reconocer una indemnización de 4.831,34 € (4.123,21 por la incapacidad y 708,12 por la referida secuela).

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP). Asimismo, el reparo formulado por la Intervención General al reconocimiento de la indemnización propuesta por la instructora determina la preceptividad del Dictamen, conforme a lo dispuesto en el artículo 12.13 LCJ.

### **SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.**

I. En un principio, no cabe oponer extemporaneidad a la acción indemnizatoria, según el régimen establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en cuanto la reclamante aporta un informe médico privado de 23 de marzo de 2006, en el que se establece un diagnóstico (que la reclamante parece considerar definitivo) sobre las secuelas que imputa al accidente por el que reclama, habiendo presentado dos reclamaciones, en fecha 13 de diciembre de 2005 y 15 de febrero de 2007, respectivamente. No obstante, ello no significa aceptar sin más ni la realidad de dichas secuelas ni, en su hipótesis, la indicada fecha de su determinación final, pues ello dependerá de la instrucción adicional que, sobre los daños indemnizables, habrá de realizarse, para lo que nos remitimos a lo expresado en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

II. La legitimación activa corresponde a la reclamante en calidad de representante legal de su hija menor de edad, que fue la que sufrió los daños por los que se reclama. La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a la que se imputa la producción de dichos daños y a la que se dirige la reclamación que nos ocupa.

III. En cuanto al procedimiento tramitado, se ha seguido, en lo sustancial, lo previsto al efecto en la LPAC y sus normas de desarrollo, sin perjuicio de lo que se dirá en la Consideración Cuarta sobre la necesidad de practicar adicionales actos de instrucción en

lo que atañe a la determinación de los daños resarcibles y la consiguiente indemnización que proceda reconocer. Si no se actuara conforme a lo allí expresado sobre esta cuestión, en el estado actual del expediente compete al Consejo de Gobierno resolver la discrepancia planteada por la Intervención General, previamente a la resolución del procedimiento de responsabilidad por el Consejero competente, en el sentido que determine la decisión del Consejo de Gobierno.

**TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y ciertos daños por los que se reclama. Existencia.**

I. Según el artículo 139 LPAC, cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, aquéllos tienen el derecho a que la Administración les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley.

Ahora bien, a este respecto el Consejo Jurídico, al igual que lo ha hecho en anteriores dictámenes emitidos en supuestos similares al presente, ha de destacar que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter marcadamente objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

Por otro lado, el Consejo de Estado, en reiterados Dictámenes, entre los que podemos citar el número 229/2001, mantiene un criterio similar al jurisprudencial, al señalar que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración no implica que *“deba responder necesariamente de todos los daños que puedan sufrir los alumnos en centros públicos, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial, deberán darse los requisitos que la caracterizan, legalmente establecidos en los artículos 139 a 146 LPAC”*

II. En el caso que nos ocupa, se acepta pacíficamente que el estado de la valla que rodea el recinto escolar de referencia no se encontraba en las debidas condiciones de conservación (oxidación, insuficiente sujeción), específicamente en el lugar en que la alumna se subió a la misma y cayó con ella, según se desprende de su reconocimiento por el Director del centro en el testimonio efectuado en este punto. Así lo viene a corroborar, indirectamente, la Unidad de Instalaciones Escolares en el informe emitido al efecto.

De este modo, el deficiente estado de conservación de la valla constituye un anormal funcionamiento de los servicios públicos regionales. Aun cuando la responsable última del mantenimiento de las instalaciones del centro fuese la Administración municipal (si fueran de su titularidad y no hubiese otra circunstancia —convenio de cesión de uso, etc— que variase tal obligación), es deber de la Administración que presta el servicio público educativo, es decir, la regional, adoptar las medidas necesarias para evitar daños como el que nos ocupa, sin perjuicio de una eventual acción de regreso contra el Ayuntamiento (especialmente si le hubiera comunicado la existencia de las citadas deficiencias o fueran notorias o ya conocidas por éste).



El hecho de que la alumna abandonara sin autorización el recinto escolar no puede, en este caso, incidir en la apreciación de la responsabilidad patrimonial, pues a la vista del estado de la valla no parece que fuese muy relevante que el agarre de la misma por el exterior (y no por dentro del recinto) hubiese sido factor determinante de su caída y, en consecuencia, de la producción del daño, aparte de tener que destacarse que el Director de la Escuela reconoce que la puerta del recinto estaba abierta, por la celebración de un congreso, lo que justificaba una especial vigilancia en sus accesos, a efectos de controlar en este punto a los alumnos, lo que no consta que se hiciera.

#### **CUARTA.- La cuantía de la indemnización.**

En los Antecedentes se ha hecho extensa referencia a las cuestiones que se han planteado sobre esta cuestión en el expediente, que es la que ha motivado las discrepancias allí reseñadas entre la reclamante, la instructora y la Intervención General. A este respecto, deben realizarse las siguientes observaciones:

1ª) Por lo que se refiere a las secuelas indemnizables, a la vista de las actuaciones y documentación obrantes en el expediente, y sin perjuicio de lo que se dirá después, es acertada la determinación de la propuesta objeto de Dictamen de no considerar acreditada más que la relativa a la cicatriz en la cara de la alumna.

2ª) Así, en lo que atañe al estrés postraumático como secuela o lesión de carácter permanente, el Capítulo I de la Tabla VI del baremo utilizado en materia de accidentes de circulación lo califica como un “*Trastorno neurótico*”. Y debe aceptarse, tal y como señaló la Intervención General por referencia al informe del inspector médico, reseñado en los Antecedentes, que tal patología, como secuela permanente, requiere de un estudio psiquiátrico que no se ha aportado. Sólo consta que la reclamante solicitó prórroga del plazo para presentar dicho informe psiquiátrico, y la manifestación, incluida en la propuesta de resolución elaborada con fecha 1 de octubre de 2007, de que el representante de la reclamante llamó a la instructora para comunicarle que no iba a entregar dicho estudio ni la demás documentación (nuevos EEG y RMN) a que se refería el inspector médico en su informe.

3ª) En lo que se refiere a las cefaleas, vértigos, alteraciones del sueño, del carácter, etc. a que se refieren diversos informes médicos presentados por la reclamante, debe decirse que cuando tales trastornos tienen carácter de secuela permanente y son consecuencia de una conmoción o traumatismo, el citado Capítulo I de la Tabla VI los califica como “*síndrome postconmocional*”, asignándole una puntuación de entre 5 y 15 puntos. Destaca a este respecto que el informe de valoración de daños de los especialistas en valoración del daño personal aportado por la reclamante no contempla tales trastornos como una secuela acreditada.

El pronunciamiento que deba hacerse sobre esos trastornos, ya como secuela permanente (es decir, como el “*síndrome postconmocional*” a que se refiere el baremo), ya como determinantes de un cierto periodo de incapacidad temporal (de considerarse aquéllos como una secuela temporal, tal y como prevé el número 3 de las “*reglas de carácter general*” obrantes en la citada Tabla VI), dependen de una instrucción adicional que habrá de hacerse en relación con las posibles patologías de esta misma índole (cefaleas, mareos, etc.) que, según la declaración del Director de la Escuela, la alumna padecía ya antes del accidente y que se advirtieron en su anterior centro escolar y en la misma Escuela.

Sobre este extremo, así como sobre otros hechos expresados en la declaración del citado Director sobre la conducta fraudulenta de las interesadas (exigencia abusiva de

pruebas médicas, asistencia de la alumna a fiestas en su antiguo Instituto, cuando no asistía a clase en la Escuela por estar pretendidamente de baja, etc.), ha de decirse que son circunstancias que, de considerarse acreditadas, podrían influir en la aceptación o no de la realidad y alcance de secuelas distintas a la de carácter estético antes reconocida y en la determinación de un mayor o menor período de incapacidad, así como, en su caso, del carácter —impeditivo o no— del mismo. A este respecto, es cierto, como apunta la propuesta de resolución, que para estimar tales hechos como acreditados no basta con la mera declaración del citado Director, pero tampoco puede aceptarse el criterio de dicha propuesta en el sentido de que tales hechos no pueden ser tenidos en cuenta por provenir de meras manifestaciones de dicho Director. Por el contrario, éstas deben valorarse, como cualquier otro extremo obrante en el expediente, si bien, en este caso, para justificar una actividad instructora adicional encaminada a la más precisa y adecuada acreditación de los hechos de que se trata.

A tal efecto, debe partirse de tales declaraciones para, en primer lugar, requerir al que atendió a la alumna por cuenta del Seguro Escolar (el Centro Médico “*Virgen de la Caridad*”) la historia clínica de su asistencia a la paciente pues, sorprendentemente, no obra en el expediente más documentación de esa historia que la aportada por la reclamante. Ciertamente, se requirió al ISS un informe sobre dicha asistencia, pero ello no resulta suficiente, tanto por los extremos alegados por el Director de la Escuela como porque en dicho informe se hacía constar (Antecedente Séptimo) que la reclamante manifestó su descontento a los facultativos que atendieron a su hija en dicho Centro Médico y que, por ello, prescindía de sus servicios; además, se advierte que, tras el informe emitido por el mismo el 16 de febrero de 2006, en el que se indicaba que la alumna no podía asistir a clase por persistir las cefaleas y mareos y tener que realizarse más pruebas, no consta más asistencia sanitaria del mismo, por lo que debe aclararse suficientemente la causa de ello. Se impone, pues, la obtención de dicha historia clínica y un informe específico de los facultativos del Centro sobre las circunstancias expuestas, especialmente sobre el referido descontento de la reclamante, su posible exigencia abusiva de pruebas médicas y las comunicaciones que desde el Centro se mantuvieron con el Director de la Escuela, como manifiesta éste.

Por otra parte, también es necesario incorporar al expediente todos los antecedentes médicos de la alumna, disponibles para el SMS, que guarden alguna relación con previas consultas y pruebas médicas que puedan estar relacionadas con problemas neurológicos y análogos, lo que deberá hacerse mediante requerimiento al citado Ente, que deberá coordinar la obtención de los datos de que dispongan sus centros sanitarios o concertados.

Asimismo, se debería requerir al anterior centro escolar de la alumna para que informase de la constancia o no de trastornos como los indicados, así como de su asistencia a los eventos a que se refiere el Director de la Escuela de Hostelería en sus declaraciones. E igualmente, requerir el testimonio de los profesores de la alumna en la citada Escuela sobre sus posibles problemas neurológicos previos al accidente.

4ª) A la vista de estas actuaciones instructoras adicionales, se debería solicitar a la inspección médica del SMS un nuevo informe sobre la relevancia que el accidente sufrido por la alumna pudiera haber tenido en los trastornos en cuestión (cefaleas, alteraciones del sueño, etc.), y podrían valorarse más adecuadamente la conducta de la reclamante y los informes médicos obrantes en el expediente, todo ello a fin de determinar, en su caso, la existencia de secuelas distintas de la de carácter estético indicada en su momento, o un período de incapacidad (impeditivo o no) indemnizable, no siendo admisible en este punto,

como pretende la propuesta de resolución, considerar un período de 90 días de carácter impositivo a falta de otro dato al respecto.

Por todo lo expuesto, procede acordar la retroacción del procedimiento para la práctica de las mencionadas actuaciones. Una vez realizadas, incluyendo el nuevo informe de la inspección Médica del SMS a la vista de lo instruido y la audiencia final de los interesados, si la nueva propuesta de resolución pretendiera reconocer una indemnización cuya cuantía requiriese su fiscalización previa por la Intervención, deberá remitírsele nuevamente el expediente. En caso contrario, el expediente deberá enviarse directamente a este Consejo Jurídico para la emisión del Dictamen que proceda.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales educativos y determinados daños (secuela estética permanente) por los que se reclama indemnización, por las razones expresadas en la Consideración Tercera de este Dictamen. En lo que se refiere a otros conceptos indemnizatorios objeto de reclamación, a la vista de las actuaciones obrantes en el expediente, debe retrotraerse el procedimiento para practicar las actuaciones adicionales de instrucción a que se refiere la Consideración Cuarta del presente Dictamen, debiendo proceder después conforme con lo expresado en la misma.

**SEGUNDA.**- Por lo anteriormente expuesto, la propuesta de resolución objeto de Dictamen se informa en este momento desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 173/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 03/11/08**

### **Extracto de Doctrina**

*1. Es necesario recordar que, como de forma reiterada viene sosteniendo el Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 2/2002), la prueba testifical debió practicarse en presencia del instructor y con notificación a las partes de la fecha y hora de la comparecencia del testigo para contestar a las preguntas, garantizando así la necesaria inmediación entre éste, el instructor y las partes, para que éstas puedan hacer uso, en ese momento, de su facultad de prequestionar.*

*2. La improcedencia o no necesidad de la prueba, según el artículo 80.3 LPAC, habrá de ser manifiesta, esto es, que se presente de forma clara y patente.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 4 de junio de 2004, x. presenta “denuncia/reclamación” contra los facultativos que atendieron a su padre, x., en los servicios de urgencia de la Fundación Hospital de Cieza, así como contra la propia Fundación y el Servicio Murciano de Salud (SMS) como responsables subsidiarios.

Según el reclamante, el 13 de marzo de 2004 y tras más de 15 días de fuertes dolores en ambos costados, su padre acude al Servicio de Urgencias del Hospital Fundación de Cieza, donde es diagnosticado de “*dolor costal de características mecánicas*”. Afirma el reclamante que, aunque no consta en el informe de urgencias, se le indica al médico que el paciente sufre vómitos y tiene dificultades en la ingesta de alimentos.

El 19 de ese mismo mes, y habiendo comenzado en días anteriores a tener delirios y expresarse con incoherencias, es trasladado nuevamente al Servicio de Urgencias, donde le comenta al médico que padecía importantes problemas gástricos y fortísimos dolores lumbares. Se le deniega el ingreso, pero le dice el médico que el próximo domingo estará de guardia y, de persistir los síntomas, entonces se le ingresará para estudio.

Al día siguiente, el 20 de marzo, como quiera que los síntomas continúan y se van agravando, deciden llevarlo de nuevo a urgencias, donde se le vuelve a denegar el ingreso con diversas argumentaciones, entre otras, le dicen que es mejor no ingresarlo pues puede coger una infección, que es un hombre sano. Según los reclamantes, al indicarle al médico que el enfermo pierde la noción de las cosas, les contesta éste que “*eso es alzheimer*”.

El día 22, y dada la desconfianza que los familiares del enfermo sienten hacia el servicio de urgencias del hospital, avisan al médico de cabecera quien, ante la situación que presenta el paciente, prescribe el inmediato ingreso hospitalario. Su estado, al igual que en las anteriores ocasiones en que acudieron al Servicio de Urgencias, es lamentable.

Tras su ingreso, finalmente el día 25 les informan del diagnóstico, trasladándolo de Traumatología a Corazón y Pulmón, donde fallece el día 27 de marzo de 2004.

Considera el reclamante que la falta de inmediata asistencia a su padre, con una inadecuada valoración de los síntomas y del progresivo deterioro que aquél presentaba a pesar de los fármacos que se le prescribieron, constituyen una mala praxis médica, a consecuencia de la cual se produce la muerte del enfermo, con prolongación y no paliación de los dolores por no haber sido adecuadamente diagnosticado en el Servicio de Urgencias del Hospital Fundación de Cieza. Considera, asimismo, que “*una mera ecografía de abdomen hubiera permitido advertir las lesiones metastásicas que padecía*”.

Así mismo, denuncia la atención dispensada por el Servicio de Atención al Paciente, al que acusa de hurtar datos esenciales, al tiempo que le daba un trato desconsiderado y ofensivo.

Por todo lo anterior solicita una indemnización de 12.000 euros en concepto de daño moral.

**SEGUNDO.-** Por Resolución de 30 de junio de 2004, la Directora Gerente del SMS admite a trámite la reclamación y encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, el cual procede a notificar dicha resolución al reclamante, requiriéndole la aportación de los medios de prueba de que pretenda valerse.

Del mismo modo, comunica la reclamación a la Correduría de Seguros del SMS, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la Fundación Hospital de Cieza, de cuyo Director Gerente requiere la remisión de copia de la historia clínica del paciente e informe de los facultativos que lo atendieron.

**TERCERO.-** El 22 de julio la Fundación remite la documentación solicitada. Constan asimismo los informes del Coordinador de Urgencias y del cirujano que asistieron al paciente, así como el del Servicio de Atención al Paciente, los cuales son del siguiente tenor:

— Informe del Coordinador de Urgencias:

*“Este enfermo consultó por primera vez en nuestro Servicio de Urgencias el día 13 de marzo de 2004, donde consultó por dolor costal que se evidenció en la exploración. Se le prescribió tratamiento y se le comentó que si persistía el cuadro doloroso volviera a consultar. El enfermo no refirió durante la anamnesis situación de náuseas o vómitos.*

*El enfermo no volvió a este Servicio hasta el día 19 de marzo donde refería náuseas, vómitos y dolor abdominal desde hacía ¿15? Días. Tras explorarlo se le realizó analítica, no se evidenció patología que requiriera ingreso en ese momento y se remitió a domicilio con control por su médico.*

*No obstante el enfermo consultó al día siguiente, día 20 de marzo. Al ser la tercera consulta en una semana se decidió que fuera valorado por el cirujano de guardia una vez que el médico de urgencias lo había explorado y solicitado exploraciones complementarias. El cirujano de guardia decidió, según consta en el informe de este día, remitir al enfermo a domicilio y estudio ambulatorio.*

*El día 22 el enfermo volvió a consultar y, tras valoración por el médico de urgencias y consulta a cirujano de guardia, éste decidió su ingreso en planta quirúrgica”.*

— Informe del cirujano:

*“El 20-3-04 se solicitó mi consulta en urgencias para valorar dolencia de x. El paciente refería cuadro de vómitos, dolor abdominal y dificultad para la defecación. Descartado el cuadro obstructivo urgente con control radiológico valoro al paciente y remito a su domicilio para control ambulatorio, siéndole solicitada una colonoscopia, como escribo en informe de urgencias.*

*El paciente ingresa el día siguiente por persistencia de sus dolencias, a cargo del servicio de Cirugía, donde se descubre su estado avanzado de invasión tumoral de probable origen pulmonar. Motivo por el cual fallece el 27/3/04.*

*Pasado un tiempo, el Servicio de Admisión me avisa que unos familiares de x. quieren hablar conmigo, e incluso, la Historia del paciente estuvo en mi despacho para poder dar la información adecuada. No mantuve ninguna conversación con familiar alguno por motivos que desconozco, pero no se presentaron en las fechas acordadas”.*

— Informe del Servicio de Atención al Paciente:

*“En relación a la reclamación n° 32/4, de fecha 3 de junio de 2004, presentada por x., he de referirle que los hechos descritos por el mismo, no se ajustan a la realidad de lo sucedido. A continuación paso a detallar lo acontecido:*

*El primer día que acuden a este Servicio, de forma inmediata me es imposible saber el nombre del Facultativo que atendió al paciente, por lo que solicito n° de teléfono para contactar con ellos en el momento en que me sea posible, con la intención de facilitar la información solicitada.*

*Posteriormente vuelven a insistir, aunque resulta evidente que la cita concertada con ellos debía ajustarse a los horarios de este Hospital y no a demanda de los familiares.*

*Días después se les concierta una cita con el Dr. x., a la cual no asistieron.*

*El resto de calificaciones y acusaciones que se me imputan, se alejan bastante de la realidad de las conversaciones mantenidas con esta familia, siendo mi actitud siempre correcta, a pesar de la dificultad de la situación, pues los familiares estaban muy afectados por la pérdida de su familiar”.*

**CUARTO.-** En contestación al requerimiento del órgano instructor, el reclamante propone prueba documental (historia clínica y documentos de remisión del paciente al Hospital por parte de su médico de cabecera) y testifical, tanto del médico de atención primaria como de los facultativos que asistieron al paciente en el Hospital. La instrucción acuerda la pertinencia de las pruebas, si bien estima innecesaria la declaración de los médicos de la Fundación, pues ya han emitido informes respecto a los hechos por los que se reclama y considera que no van a aportar información nueva al expediente.

Con respecto a la testifical del médico de cabecera, se requiere al reclamante que efectúe las preguntas por escrito, ya que por motivos laborales del facultativo no es factible practicarla de forma presencial.

Con fecha 24 de junio de 2005, el reclamante aporta interrogatorio a efectuar al testigo por él propuesto.

Consta en el expediente protesta relativa a la denegación de la testifical de los médicos de la Fundación, con la consiguiente solicitud de que se admita y practique la prueba propuesta.

**QUINTO.-** Con fecha 15 de diciembre de 2005, el médico de cabecera comparece ante el Jefe de la Asesoría Jurídica de la Gerencia de Atención Primaria en Murcia, y procede a contestar el interrogatorio formulado por el reclamante, en los siguientes términos:

*“Primera. Preguntado: Diga ser cierto que, en su primer diagnóstico al paciente x. tan solo se le pusieron de manifiesto dolores lumbares, motivo este por lo que en lenguaje coloquial usted le dijo que era dolor de huesos. Responde: Cierto.*

*Segunda. Preguntado: Diga ser cierto, si se le hubieran indicado o advertido otros síntomas tales, como vómitos, problemas de ingesta anorexia, incoherencias, delirios... usted se habría representado otras posibles dolencias. Responde: Cierto.*

*Tercera. Preguntado: Diga ser cierto que, ante la manifestación de estos síntomas usted hubiera decidido la realización de pruebas de diagnóstico que descartasen metástasis. Responde: Cierto (para descartar otras patologías, no pudiéndose sospechar metástasis en concreto pues no se conocía causa tumoral en concreto).*

*Cuarta. Preguntado: Diga ser cierto, que usted cuando examina en su domicilio a x. en fecha 22 de marzo de 2004, este se halla en un estado de decrepito, impresionado de gravedad. Responde: Cierto.*

*Quinta. Preguntado: Diga ser cierto que por ello usted recomendó su inmediato ingreso hospitalario. Responde: Cierto.*

*Sexta. Preguntado.- Diga ser cierto que, el estado en que usted vio aquel día a x., era consecuencia de un progresivo y avanzado deterioro físico y mental. Responde: Cierto.*

*Séptima. Preguntado.- Diga ser cierto que difícilmente este estado se puede alcanzar en tan solo dos días. Responde: Cierto”.*

**SEXTO.-** Con fecha 19 de enero de 2006, se solicita informe a la Inspección Médica, que es emitido 26 meses después, con fecha 4 de marzo de 2008, con las siguientes conclusiones:

*“1. X. fallece por el avanzado estado de su enfermedad (múltiples metástasis de muy probable neoplasia pulmonar) que debutó de forma brusca por lo que la evolución hacia la muerte fue inevitable.*

*2. No existe nexo de causalidad entre el diagnóstico dado en el Servicio de Urgencias del Hospital Fundación de Cieza y la muerte del paciente.*

*3. No se constata ocultación de datos esenciales sobre la salud del paciente, tanto en la anamnesis realizada el 13/03/04 por el médico de urgencias, como por las declaraciones del médico de cabecera, el paciente sólo puso de manifiesto dolor costal y no fueron advertidos de otros síntomas como vómitos, problemas de ingesta, incoherencias o delirios que les hiciese pensar en otra patología.*

*4. El paciente recibió tratamiento para el dolor en el Servicio de Urgencias orientado a paliar la sintomatología que refería en ese momento y, posteriormente, una vez ingresado y confirmado diagnóstico definitivo, se le añade morfina para disminuir el dolor.*

*5. La remisión del paciente a su domicilio se realizó una vez descartado el cuadro obstructivo que podía haber requerido tratamiento urgente, no obstante el cirujano solicitó desde el Servicio de Urgencias una colonoscopia para seguimiento del paciente de forma ambulatoria”.*

**SÉPTIMO.-** Desde el Hospital Fundación de Cieza se informa que los facultativos que atendieron al paciente son personal fijo de ese Centro, lo que mueve al órgano instructor a considerar a la Fundación como parte interesada en el procedimiento, indicándole que lo notifique a su Compañía de Seguros.

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia, el reclamante presenta alegaciones para ratificar lo ya manifestado en su escrito de reclamación y reiterar su queja por no haberse practicado la prueba testifical a los facultativos del Hospital, así como por la excesiva duración del procedimiento (más de cuatro años).

Afirma, en cuanto a la atención médica dispensada al paciente que, aunque no se hubiera indicado en la primera visita a urgencias la existencia de vómitos y molestias estomacales, sí se pusieron de manifiesto en la de 20 de marzo, sin que ello moviese a efectuar un estudio más detallado. Considera, además, que las dolencias que desvelan las pruebas realizadas el 25 de marzo componen un estado de enfermedad al que no se puede llegar en tan solo dos días, siendo necesaria una evolución más prolongada, tal y como confirma el médico de cabecera en su declaración.

**NOVENO.-** Por la Fundación se presentan alegaciones en las que defiende la actuación del personal sanitario conforme a *lex artis*, se niega la existencia de nexo causal entre la asistencia prestada y la muerte del paciente y se adhiere al informe de Inspección Médica.

**DÉCIMO.-** El 5 de mayo de 2008 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar el órgano instructor que en el supuesto planteado no concurren los elementos necesarios para poder declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 13 de mayo de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Reglamento del Procedimiento de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo (RRP).

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo para el ejercicio de la acción y procedimiento.**

1. La reclamación ha sido interpuesta por el hijo del fallecido usuario del servicio público sanitario, quien está legitimado para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

No obstante, debería la instrucción haber requerido al actor la acreditación de su parentesco con el enfermo, en la medida en que dicha relación es el fundamento de su legitimación.

2. En cuanto a la legitimación pasiva, y como viene sosteniendo este Consejo Jurídico (por todos, el Dictamen 116/2006), si bien es cierto que la actuación sanitaria a la que se imputa el daño fue prestada en el Hospital de Cieza, cuya forma jurídica es fundacional, ello no es obstáculo para trasladar la responsabilidad a la entidad titular del servicio sanitario que en dicho centro se presta, el SMS, siendo la Fundación Hospital de Cieza una vía descentralizada de prestación del servicio asistencial público, asignado por la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia al referido Ente Público (artículos 23 y 24).

3. En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, se ha ajustado a lo previsto en el artículo 142.5 LPAC, pues el fallecimiento del paciente se produjo el 27 de marzo de 2004 y la acción se ha ejercitado el 4 de junio del mismo año.

4. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedi-



mientos, salvo en el plazo máximo para resolver que ha excedido en mucho el previsto (artículo 13.3 RRP).

Merece, no obstante, una especial consideración la actividad instructora en el ramo de prueba, dada la propuesta efectuada por el reclamante de recabar la declaración testifical de los diversos facultativos intervinientes en la atención prestada al enfermo y la forma en que, por una parte, se rechaza su práctica en relación a los médicos del Hospital ciezano y, por otra, se practica la del médico de cabecera.

Comenzando por esta última, es necesario recordar que, como de forma reiterada viene sosteniendo el Consejo Jurídico (por todos, Dictamen 2/2002), la prueba testifical debió practicarse en presencia del instructor y con notificación a las partes de la fecha y hora de la comparecencia del testigo para contestar a las preguntas, garantizando así la necesaria intermediación entre éste, el instructor y las partes, para que éstas puedan hacer uso, en ese momento, de su facultad de repreguntar. Y es que la justificación dada por el órgano instructor para no actuar en la forma descrita (motivos laborales del testigo), al margen de no aparecer acreditada en el expediente, parece que no le impidió comparecer ante la Asesoría Jurídica de la Gerencia de Atención Primaria para contestar al interrogatorio formulado por el actor. Esta circunstancia revela que, con una mínima diligencia, la prueba podría haberse practicado de forma correcta. En cualquier caso, el actor no impugna el peculiar modo en que se recabó la declaración del testigo.

Por el contrario, su actitud respecto del rechazo de la testifical de los facultativos que asistieron al enfermo en el Hospital es mucho más combativa, pues hasta en dos ocasiones formula protesta. Obligado es, por tanto, analizar la trascendencia de dicho rechazo respecto al derecho a la utilización de los medios de prueba del interesado, cuya vulneración podría viciar la resolución misma del procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Es doctrina de este Consejo Jurídico (por todos, Dictámenes 165/2003 y 13/2006) que el derecho a la utilización de los medios de prueba en el procedimiento no es omnímodo. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su doctrina relativa al artículo 24.2 de la Constitución Española (que establece, entre otros, el derecho de todos a “*utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa*”) y que el mismo Órgano ha hecho extensiva a cualquier tipo de proceso, al ser inseparable del derecho mismo a la defensa. En sentencia 71/2003, de 9 de abril, con cita de la 168/2002, de 30 de septiembre, el Tribunal Constitucional afirma que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, siendo un “*derecho fundamental que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (...) entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el thema decidendi*”. Exige además esta doctrina, para considerar vulnerado el referido derecho, que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos y que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del interesado, o lo que es lo mismo, que sea “*decisiva en términos de defensa*”. El mismo Alto Tribunal, en Auto 14/1999, de 25 de enero, con ocasión de un recurso de amparo por vulneración del aludido derecho en un procedimiento judicial, declara que “*sólo podrá revisar esta actividad jurisdiccional en aquellos supuestos en que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda justificación, o la motivación que se ofrezca pueda tildarse de*

*manifiestamente arbitraria o irrazonable*”, por lo que, *sensu contrario*, no cabrá apreciar indefensión con relevancia constitucional “*cuando la inadmisión de la prueba se ha producido debidamente*” o cuando “*aun concurriendo en la inadmisión de la prueba alguna irregularidad procesal, no existe o no se demuestra en esta sede la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas*”.

Esta construcción sobre el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes se encuentra, como se ha dicho, enraizada en el derecho a la defensa y, por tanto, es claramente extensible a los procedimientos contradictorios como el administrativo en general y el de exigencia de responsabilidad patrimonial en particular. Así lo ha entendido el legislador en el artículo 80.3 LPAC, al posibilitar al instructor rechazar pruebas propuestas por los interesados, aunque, por su trascendencia para el ejercicio de su derecho por el ciudadano, rodea dicha decisión de garantías. Tal carácter cabe predicar de la exigencia de una resolución expresa, garantía aparentemente formal pero que presenta evidentes repercusiones de carácter material, pues ha de ser motivada. Y dicha motivación ha de atender, precisamente, al carácter improcedente o innecesario de la prueba propuesta, bien porque no guarde relación con el objeto del procedimiento —prueba improcedente o, en terminología del artículo 283.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), impertinente—, o bien porque no resulte idónea para la aclaración de los hechos —prueba innecesaria o inútil (artículo 283.2 LEC)—. Además, la improcedencia o no necesidad de la prueba, según el artículo 80.3 LPAC, habrá de ser manifiesta, esto es, que se presente de forma clara y patente.

Corresponde, en consecuencia, al instructor del procedimiento una amplia facultad para, como afirma entre otras la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 7 de abril de 1981, decidir tanto “*sobre la relevancia de los hechos que se pretenden probar*” como “*sobre la pertinencia de los medios de prueba que propongan los interesados, los cuales carecen por ello del derecho a imponer al órgano instructor la práctica de pruebas que éste no considere relevantes o pertinentes de acuerdo con la finalidad concreta que tenga la incoación, tramitación y decisión del expediente de que se trate, a cuyo contenido hay que estar para decidir si la denegación de prueba ha sido o no correctamente adoptada*”, en doctrina jurisprudencial reiteradísima (así también las sentencias de 18 de septiembre de 2001 o de 11 de abril de 2003).

Siguiendo la doctrina expuesta, que señala la necesidad de acudir al expediente para determinar si la decisión de denegar la prueba ha sido correctamente adoptada o no, habremos de atender en primer lugar a la resolución de 19 de mayo de 2005, del órgano instructor (folio 83 del expediente), que califica la prueba testifical de los médicos del Hospital como innecesaria, toda vez que “*los mismos ya han emitido informe respecto a los hechos por los que se reclama, por lo que no se va a añadir ninguna información nueva al expediente*”. A la luz del escrito de propuesta de prueba (folio 70 del expediente), en el que se indica que la prueba habría de versar sobre “*tratamiento dispensado, pruebas realizadas al enfermo, estado del paciente...*”, lo cierto es que no sólo en los informes elaborados por los facultativos, sino también y sobre todo en la historia clínica, quedan reflejadas todas las actuaciones médicas realizadas sobre el paciente, lo que excluye cualquier atisbo de parcialidad o de ocultación de datos por parte de los médicos informantes, a que se refiere el interesado en su primera queja, de 24 de junio de 2005, por el rechazo de la prueba.

Además, la finalidad de la prueba testifical es acreditar hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto de juicio (art. 360 LEC) y los hechos que, según el escrito de proposición

de prueba, pretendía probar el interesado ya constaban en la historia clínica, lo que convertía su prueba en innecesaria.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivados del artículo 106.2 de la Constitución: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (art. 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
- b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa-efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexa causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del personal sanitario ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo jurídico). Por tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

Para el reclamante, su padre padeció una defectuosa asistencia sanitaria consistente en el retraso en diagnosticar la verdadera índole de las dolencias que sufría, lo que impidió

pautar un tratamiento adecuado a los intensos dolores asociados a aquéllas, al tiempo que sumía a los familiares en la angustia por la incertidumbre acerca de la naturaleza de los males que afectaban al enfermo.

Dicha imputación se objetiva como omisión de medios, bien por escatimar la Administración pruebas y recursos que hubieran revelado la naturaleza oncológica de las dolencias del paciente, bien por ser los doctores actuantes incapaces de alcanzar dicho diagnóstico en las primeras asistencias con las pruebas practicadas.

En esta imputación, la determinación de si se adoptaron las medidas necesarias para llegar al temprano diagnóstico de la enfermedad y si los facultativos valoraron adecuadamente los síntomas y resultados de las pruebas realizadas, se convierte en cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación de la Administración.

Y es que la obligación que incumbe a la Administración en la prestación sanitaria es, como ya se ha dicho, de medios, no de resultados, por lo que debe prestar la asistencia sanitaria con el despliegue de todos los medios a su alcance. De no hacerlo así, o de no acreditar su efectiva utilización, el daño devendrá en antijurídico.

Aplicado al supuesto objeto de consulta, la antijuridicidad del daño y el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño sufrido, derivarían de una valoración médica errónea de los datos aportados por el propio paciente y por las pruebas practicadas, cuestiones que aparecen íntimamente relacionadas con el criterio jurisprudencialmente configurado de la “*lex artis*”. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones (por todas, STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001).

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “*lex artis*”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “ad hoc”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la *lex artis* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica, o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico.

La valoración de la actuación diagnóstica y en qué medida en la asistencia facilitada al paciente entre los días 13 y 22 de marzo de 2004 podía ya haberse identificado la verdadera etiología de la dolencia que aquél presentaba, bien con las técnicas exploratorias utilizadas bien mediante la realización de cualesquiera otras, exige un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la medicina. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto —artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)—, resultaba trascendental la aportación de un informe pericial —el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de

lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999—. Ante la ausencia en el procedimiento de informes periciales que sustenten las alegaciones del reclamante, no existen suficientes elementos probatorios que demuestren o, al menos, permitan inferir que en atención a los signos y manifestaciones de enfermedad que mostraba el paciente, y con las pruebas realizadas, tanto el facultativo de urgencias como el cirujano que lo atendieron en sus primeras consultas en el Hospital, debían haber detectado la verdadera naturaleza de su mal en esas ocasiones. Del mismo modo, tampoco queda acreditado en el expediente que, atendidas las circunstancias, la *lex artis* impusiera la necesidad o la conveniencia de realizar nuevas pruebas diagnósticas, singularmente la ecografía abdominal a que alude el reclamante.

De hecho, la valoración técnica de la asistencia prestada por los facultativos intervinientes la constituye, además de su propio informe, el de la Inspección Médica. Este último, si bien no manifiesta de forma contundente que toda la actuación de los médicos del Hospital se ajusta a la ciencia médica, sí que cabe inferir dicha conclusión, toda vez que, al analizar la asistencia prestada al paciente, niega las concretas acusaciones de mala praxis formuladas por el reclamante. Así, dirá en sus conclusiones la Inspección Médica que no existe nexo de causalidad entre el diagnóstico inicial y la muerte del paciente; que éste no relató al médico, en la primera visita a urgencias, otros síntomas diferentes del dolor costal tales como vómitos, problemas de ingesta, delirios o incoherencias que hiciesen pensar en otras patologías; que sí recibió tratamiento para el dolor y que su remisión al domicilio sólo se produjo tras descartar un cuadro obstructivo que podía haber requerido tratamiento urgente.

El análisis de la historia clínica, por su parte, confirma dichos extremos. Así, en la primera consulta en urgencias, el 13 de marzo, la hoja de asistencia sólo refleja como motivo de consulta el dolor costal. La exploración física señala que el paciente se encuentra consciente y orientado, buena coloración de mucosas y piel, eunéxico y con un abdomen blando y depresible, sin megalias. Además, consta que se realiza radiografía de tórax que muestra osteoporosis vertebral. Así pues, en esta primera asistencia, no constan los síntomas (deterioro físico y mental, vómitos, problemas de ingesta, anorexia, delirios, incoherencias, etc.) que, según el reclamante, debían haber llevado al médico de urgencias a realizar un estudio más detenido para descartar otras patologías.

Tampoco constan todos esos síntomas cuando acude al Hospital los días 19 y 20 de marzo. El informe de urgencias relativo al primero de dichos días, sí recoge la existencia de vómitos desde hace 15 días y dolor abdominal. En la exploración física se hace constar que el paciente está algo desorientado, que respondía parcialmente al interrogatorio y tenía el sensorio algo deprimido. Se hace analítica. Se diagnostica como gastroenteritis aguda y se remite a domicilio con control por su médico de cabecera.

El día siguiente, 20 de marzo, el estado general (físico y mental) del paciente parece haber mejorado, pues se hace constar en el informe de urgencias que a la exploración física presenta BEG (buen estado general), CyO (consciente y orientado), normocoloreado. En esta ocasión, ha desaparecido el dolor abdominal, aunque no los vómitos ni la dorsalgia, que va en aumento. Se realizan nuevas radiografías de tórax y abdomen (esta última permite descartar una patología obstructiva) y se reitera el juicio clínico de GEA (gastroenteritis aguda). Es valorado por Cirugía y se pide colonoscopia. En la petición de esta prueba diagnóstica, el médico hace constar que el paciente presenta “*vómitos ocasionales y estreñimiento de larga evolución, pérdida de peso importante, (ilegible) y anorexia. No sangre en las deposiciones ni mucosidad*”.

El día 22, tras ser enviado al Hospital por el médico de cabecera, en el informe de urgencias, como novedad respecto a las anteriores consultas, consta un vómito con heces hemáticas, un deterioro del estado general y bajada importante de peso. Se realiza exploración física, nuevas analíticas y radiografías de abdomen y tórax, desvelando ésta un agrandamiento del hilio pulmonar derecho. Se decide ingreso en cirugía para estudio.

Ante la ausencia en el expediente de un informe médico que acredite que, con los síntomas que presentaba el paciente en las diversas ocasiones en que acudió al Hospital, los facultativos que le atendieron debieron haber descubierto de forma temprana la naturaleza oncológica de las dolencias que le afectaban o, cuando menos, realizar nuevas pruebas distintas de las efectuadas que permitieran alcanzar un diagnóstico más acertado, el Consejo Jurídico no puede llegar a dicha conclusión con el solo apoyo de las manifestaciones del actor, máxime cuando la Inspección Médica no ha consignado en su informe indicios de mala praxis en la atención dispensada al paciente.

Es importante destacar a estos efectos que no puede darse a la declaración del médico de cabecera el valor probatorio que le confiere el reclamante, pues aquélla no acredita que debieran efectuarse pruebas diagnósticas dirigidas a descartar el cáncer, sino únicamente que ante las manifestaciones de enfermedad que se indican en la pregunta formulada (vómitos, problemas de ingesta, anorexia, incoherencias, delirios), no todas las cuales estaban presentes en el paciente en las consultas de 13, 19 y 20 de marzo, los facultativos debían haberse representado otras posibles dolencias diferentes del “dolor de huesos” y realizar pruebas que descartaran esas otras patologías. De hecho, eso es precisamente lo que hicieron, pues frente a la imagen de absoluta pasividad en la realización de pruebas diagnósticas que el reclamante pretende dibujar, ya en la primera consulta se realiza una radiografía de tórax, en la de 19 de marzo consta la realización de analítica y, en la del día 20, se repiten las anteriores y, además, se realiza radiografía de abdomen y se pide colonoscopia.

Es cierto que tales pruebas fueron ineficaces para desvelar el cáncer que padecía el enfermo, pero el propio médico de cabecera afirma que no podía sospecharse de la existencia de metástasis, pues no se conocía causa tumoral en concreto. De donde cabe deducir que no eran exigibles pruebas que permitieran el diagnóstico diferencial del cáncer, al no existir indicios de su presencia en el enfermo.

Corolario de lo dicho es que no cabe considerar acreditado el alegado nexo de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño moral alegado, que tampoco cabe calificar de antijurídico. Procede, en consecuencia, informar favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, en la medida en que no se aprecian en el supuesto sometido a consulta la concurrencia de todos los elementos que el ordenamiento jurídico exige para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 174/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, Presidente de la Comunidad de Regantes y, como consecuencia de los daños sufridos por la rotura de una acequia.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 03/11/08**

**Extracto de Doctrina**

*Los presupuestos de la responsabilidad patrimonial son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, de 21 de abril y de 20 de mayo de 1998), los siguientes: que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor, a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o en el padecimiento del daño, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de mayo de 2004 x., en su calidad de Presidente de la Comunidad de Regantes “—” de Villanueva del Río Segura, presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños acaecidos en el cauce de la acequia del Heredamiento de Ojós-Villanueva del Río Segura, que suministra agua para los riegos de los comuneros. Según el reclamante los daños ocurrieron como consecuencia del arrastre de tierra y maleza provenientes de la carretera comarcal núm. 523, de titularidad de la Comunidad Autónoma, situada en un plano más elevado que la acequia. La tierra y maleza arrastradas taponaron el cauce de la acequia impidiendo que el agua discurriera por la misma y, por lo tanto, que llegara hasta a la balsa de recepción de “—”, donde está instalado el motor con su equipo de elevación que lleva el agua a cada una de las fincas de los regantes. Asimismo se produjo la rotura de parte de un muro de contención de la finca por donde discurre la citada acequia.

Adjunta el reclamante a su escrito acta notarial que se compone de 2 diligencias:

1ª. *Que “siendo las once horas del día 13 de marzo de 2004 me constituí en término de Villanueva del Río Segura en la acequia para riego citada en el requerimiento inicial, comprobando como por el arrastre de tierras, hierbas y piedras, procedentes de la carretera Mu-533, de Villanueva a Ulea (sita en un plano más elevado al de la acequia), se ha roto parte de un muro de contención de la finca por donde discurre la citada acequia, e impidiendo el paso de agua por la misma”.*

2ª. *Que siendo las trece horas del día 22 de marzo de 2004, comparece en la Notaría x., Ingeniero Técnico Agrícola, a fin de hacerle entrega de un informe técnico emitido por él, sobre los daños ocasionados en la acequia antes citada y al que se acompañan fotos.*

En el citado informe, que consta unido al acta notarial, se indica lo siguiente:

“a) Daños ocasionados.

*Los daños han sido producidos por el arrastre de tierra y malas hierbas procedentes del talud de la carretera MU-553 que une Villanueva con Ulea, tapando el cauce de la acequia, y haciendo que el agua que en esos momentos estaba pasando, remansase y saltase rompiendo parte de un muro de contención de la finca propiedad de x., por donde discurre dicha acequia.*

*El arrastre de tierra viene ocasionado por el agua pluvial que procede del pueblo de Villanueva, que por la carretera va en dirección al río, pero antes de llegar cae por la cuneta arrastrando tierras y malas hierbas al cauce de la acequia que se encuentra, aproximadamente, diez metros más debajo de la cota de la carretera.*

*Anteriormente esto no sucedía porque estas aguas procedentes del casco urbano, se recogían a través de una rejilla que tenía aproximadamente 1 metro cuadrado, en la actualidad, como consecuencia de la realización de las obras de circunvalación en la carretera MU-553, esta rejilla la han cambiado por otra cuya superficie para la recogida del agua es mucho más pequeña.*

*Esta rejilla recogía toda el agua y a través de un colector lo conduce directamente al río, como he dicho, actualmente, la mayor parte de él discurre por la carretera dando lugar a los daños ya descritos.*

*Las malezas que taponan el cauce hay que retirarlas desde la carretera, ya que no es posible acceder hasta la acequia con maquinaria ni vehículos que permitan agilizar los trabajos de recuperación de estas tierras que representan 126 metros cúbicos.*

*Como anteriormente he comentado, al salirse el agua de la acequia ha tirado el muro que formaba el talud de un margen, también ha arrastrado gran cantidad de tierra que sujetaba ese muro.*

*El muro que formaba el margen estaba formado por bloques prefabricados de hormigón de 40x20x20, cogidos por cemento. Para reponerlos, hay que introducir los materiales hasta la zona donde está el daño con una grúa debido a que no se puede acceder con ningún tipo de vehículo, lo que representa un mayor costo.*

b) Costos para la recuperación por los daños producidos.

*Sacar la tierra y las malas hierbas de la acequia tiene un coste de 1.698 euros.*

*Reponer 39,2 metros cuadrados de muro de contención del talud que forma el margen tiene un costo de 1.413 euros.*

*Siendo el importe total de los gastos ocasionados por la caída del agua de 3.111 euros”.*

Junto con el informe pericial se unen al acta notarial fotografías de la acequia donde se puede observar la tierra y maleza acumuladas, así como la rotura del muro de contención.

El reclamante imputa al funcionamiento de los servicios públicos que la acción de la tierra y de la maleza arrastradas por las aguas desde la carretera 523 (dice que tanto en el informe pericial como en el acta notarial se hacen constar erróneamente como números de la carretera el 533 y el 553), haya ocasionado los daños descritos, al haber sustituido la an-



tigua alcantarilla por otra más pequeña que no es capaz de recoger las aguas pluviales, con lo que éstas se desbordan por encima de la carretera vertiendo hacia el extremo opuesto.

Finalmente solicita una indemnización de 3.111 euros, importe que ha tenido que satisfacer la Comunidad de Regantes para reparar los daños antes expuestos.

**SEGUNDO.-** El instructor del expediente recabó del interesado que completara su solicitud con la aportación de la siguiente documentación:

1. Acreditación de la representación con la que afirma actuar.
2. Determinación de la fecha exacta en la que se produjeron los daños por los que reclama.
3. Fotocopia compulsada del DNI.
4. Declaración de no haber percibido indemnización alguna por los hechos descritos en la reclamación.
5. Indicación de si se siguen otras reclamaciones civiles, penales o administrativas.
6. Acreditación de la realidad del suceso mediante testigos de los hechos alegados, acta notarial o atestado de las fuerzas de seguridad intervinientes.
7. Código cuenta cliente.
8. Fotocopia compulsada de las Ordenanzas y Reglamento de la Comunidad de Regantes Riegos Ayala.
9. Acreditación de la titularidad del muro de contención.

El requerimiento es cumplimentado por el interesado en el sentido que a continuación se señala:

a) Se acredita la condición de Presidente de la Comunidad de Regantes de x., mediante la aportación de un certificado del Secretario de la citada Comunidad, en el que se hace constar su nombramiento como tal llevado a cabo por la Junta Directiva en reunión celebrada el día 15 de febrero de 2004.

b) Se indica que la fecha en la que se produjeron los hechos fue la del día 26 de febrero de 2004.

c) Se adjunta fotocopia compulsada del DNI del Sr. López Martínez; del acta notarial que ya se unió al escrito inicial de reclamación; y de las Ordenanzas y Reglamentos de la Comunidad de Regantes.

d) Se une declaración del reclamante por la que manifiesta no haber percibido indemnización alguna en relación con los daños por los que reclama, así como de que no se siguen otras reclamaciones civiles, penales o administrativas.

e) Se señalan como testigos de los hechos a x., Delineante del Ayuntamiento de Villanueva del Río Segura; a x., Concejal de Obras, Urbanismo, Agricultura, Agua y Medio Ambiente, Fomento e Industria del citado Ayuntamiento; a x., Policía Local de la Corporación Municipal antes citada, y a x., Guía y Guardia de Riego de la Comunidad de Regantes x.

f) Se indica que el muro de contención correspondiente a la parte superior del cauce es propiedad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en tanto que el que forma el cauce del canal lo es del Heredamiento de la Acequia Ojos-Villanueva, cuyo mantenimiento corre a cargo de la Comunidad de Regantes, con el consentimiento de las Alcaldías de los municipios de Ojos y de Villanueva del Segura.

**TERCERO.-** Solicitado por la instructora informe de la Dirección General de Carreteras, con fecha 25 de octubre de 2004 se emite por el Jefe de Sección de Conservación del Sector de Jumilla de dicho órgano directivo, con las siguientes conclusiones:

*“La carretera objeto de este informe pertenece a la red de carreteras administradas por la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Se identifica como B-14. (No se corresponde con las denominadas por el reclamante con la denominación de 523, 533 y 553).*

*A) En la Sección VI de Conservación de Carreteras no se ha tenido conocimiento por ningún medio a nuestro alcance de la imputabilidad a la Administración Regional de este hecho hasta recibir esta Comunicación Interior.*

*B) Informado adecuadamente en la actualidad del motivo de la reclamación, resulta que el corte de la acequia al que se alude en la reclamación patrimonial, corresponde con el desprendimiento de parte del material que forma el terraplén de la carretera B-14, motivado por las intensas lluvias caídas por toda la zona de Ojos, Villanueva del Río Segura, Blanca, Abarán, etc., durante varios días de los meses anteriores a esta fecha, e incluso en días anteriores a la misma, que no solamente provocaron esta caída de material, sino, de una gran cantidad de material de este terraplén, que terminó con la ruina de los muros que contenían a este tramo de carretera y que reconstruyó de manera inmediata la Dirección General de Carreteras. En el caso, de estar informados y considerar responsable a la Dirección General de Carreteras, se hubiesen tomado las medidas oportunas para resolverlo también de manera inmediata, por disponer de los medios necesarios para su solución, al igual que se hizo con el muro mencionado.*

*Estas lluvias provocaron en la misma zona el derrumbe de muros de contención en varias carreteras próximas, B-17 (Término de Blanca) y MU-514 (Término de Abarán), así como otros daños de consideración en el resto de carreteras de la zona debido a la gran cantidad de agua caída, como se ha dicho anteriormente.*

*C) La rejilla fue sustituida con motivo de las obras correspondientes a la Variante de Villanueva del Río Segura, por las que quedaron modificadas las características geométricas de la carretera en todo este tramo de la misma. No puedo precisar la dimensión de la rejilla que existía en la actualidad (sic), por haber situado la actual rejilla sobre ésta. La actual tiene las siguientes medidas; Exteriores 42 x 22 cm. Interiores o de rejilla sin marco 39,5 x 20 cms.*

*D) La acequia discurre paralela a la carretera de manera desigual en cuanto a la distancia del pie de terraplén en una longitud, con esta característica, próxima a los 100 metros. Parece que el tramo de acequia afectado fue de 7.50 metros y el desprendimiento de las tierras se produjo en una longitud de terraplén de 6 metros con un espesor de capa o manto de talud de 0,50 metros. (Se acompañan fotografías actuales en las que todavía se puede apreciar la capa del talud descrita). Esta información se deduce del estado actual de la acequia que se puede ahora comprobar, dado lo anteriormente manifestado de falta de información por la persona o entidad afectada en el momento de producirse el hecho.*

*E) La carretera con su estructura actual se remonta a tiempo inmemorial, más de 50 años de acuerdo con la información obtenida de habitantes de la zona. No se tiene conocimiento de hecho similar de caída de material sobre esta acequia en ningún otro momento hasta el descrito de los importantes aguaceros mencionados. La acequia, en el tramo objeto de este informe, se encuentra situada a una cota inferior a la de la rasante de la carretera comprendida entre seis y siete metros, discurriendo entre arbolado y cañaveral,*

*prácticamente imposible detectar el hecho desde la carretera, no afectando la pequeña capa o manto de tierra caído, ya mencionado, a la estabilidad de la misma o al tráfico de la carretera, por lo que no se pudieron tomar medidas por las brigadas de conservación relativas a limpieza de la acequia, así como tampoco se produjo ninguna comunicación por los responsables de la acequia a fin de haber actuado, y dada la escasa cantidad de tierra caída, hubiese supuesto pocas horas su limpieza.*

*F) El no poder detectar el hecho que motiva la reclamación dada la ubicación de la acequia, (debajo de la rasante de la carretera a seis metros de profundidad, oculta por los árboles y las cañas), la ausencia de comunicación de los regantes o persona alguna relacionada con los mismos, la situación de la misma junto a una carretera que no puedo precisar cual de las dos estaba antes, hacen que no aprecie motivos que puedan imputar a la Administración en este hecho. Las intensas lluvias caídas durante los días precedentes a la fecha que señala el reclamante se consideran las responsables del mismo.*

*G) Este apartado se encuentra descrito con anterioridad y la señalización de la carretera es adecuada.*

*H) De acuerdo con el estado y situación de la carretera, cuyas fotos se acompañan a este informe relacionadas con la reclamación, se comprueba que la cantidad de tierra caída sobre la acequia pudo ser de:  $6,00 \times 8,00 \times 0,50 = 24$  metros cúbicos de tierra, en el caso más desfavorable que toda ella hubiese caído sobre la acequia, a 10 euros metro cúbico por retirarla, supone un total de 240 euros. El muro de bloques de hormigón que se dice repuesto, no se puede valorar por no localizarlo en la visita al lugar de los hechos.*

*I) J) 1º.- No existe cuneta en este tramo de carretera, es claro, se encuentra en terraplén el lado de la misma próximo a la acequia.*

*2º.- Técnicamente, con total rotundidad, se puede afirmar, que las aguas que dice el reclamante recogía la anterior rejilla, incluso en el caso de disponer de medidas de 1 metro cuadrado de superficie, no es posible que las recogiera, pues tendría que estar dispuesta en el fondo de una depresión de la carretera a la que irían todas las aguas de la travesía del pueblo y de la propia carretera para poder recogerlas, hecho que por su descripción hace imposible esta situación, pues la rejilla está y estaba situada en el interior de la calzada, lo que supondría hacerla intransitable para el tráfico. Lo anterior expuesto, con lluvias, que el Centro Meteorológico puede certificar fueron de gran intensidad, lo hace más increíble. Por lo que tal y como se expone, no se puede responsabilizar a la modificación de las medidas de la rejilla en cuestión, los daños causados.*

*3º La Dirección General de Carreteras, dispone de un Servicio de Conservación, capaz de resolver esta situación en menos de 24 horas si se pone en su conocimiento, para lo cual existe un teléfono de aviso que funciona las 24 horas del día y que dispone la Guardia Civil de Tráfico y, en caso de no saber esta situación, el mismo Ayuntamiento de Villanueva, si se le hubiese comunicado esta circunstancia, nos lo hubiera hecho llegar y se habría resuelto, y no efectuar un gasto que no se pudo controlar, que de acuerdo con los datos que se tienen, es desmesurado, que a la Dirección General de Carreteras le hubiese supuesto un coste muy inferior al reclamado y que dada la climatología, importantes lluvias caídas días antes, es dudosa la necesidad de no poder esperar unas horas para efectuar los riegos. A este respecto se le informa, que pocos días después, ante un hecho de importancia muy superior, en el que se vio afectada la acequia por derrumbe de un gran tramo del terraplén por las copiosas lluvias descritas, esperaron varios días para regar de acuerdo con los regantes.*

4º *La situación de la acequia, al pie del terraplén de la carretera, estando construida ésta desde tiempo inmemorial, es otro motivo para dudar de la posible responsabilidad de la Administración ante estas circunstancias, pues no se sabe desde cuando es la ubicación de la acequia y su forma constructiva ante la proximidad del terraplén.*

5º *En todo caso, la climatología tan dura de los días precedentes, que dieron lugar a hechos como los descritos en los apartados anteriores, estimo, eximen a la Administración de esta responsabilidad por considerar ha existido causa de fuerza mayor”.*

**CUARTO.-** La instructora notificó al interesado la apertura del trámite de audiencia sin que hiciera uso del mismo, al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

Seguidamente fue formulada propuesta de resolución de estimación parcial de la solicitud, al apreciarse la concurrencia de los elementos constituyentes de la responsabilidad patrimonial, pero considerando que si se hubiesen comunicados los hechos de forma inmediata a la Dirección General de Carreteras la reparación se hubiese llevado a cabo inmediatamente y con menor coste.

La cuantía que se propone abonar en concepto de indemnización asciende a 1.653 euros (240 euros por la retirada de tierra de la acequia y 1.413 euros por la reconstrucción del muro de contención).

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito que tuvo entrada el día 19 de febrero de 2008.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico.

#### **SEGUNDA.-** Legitimación y plazo de reclamación.

El procedimiento se ha iniciado por reclamación de parte interesada, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LPAC).

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración autonómica, al ser la carretera que se señala como origen de los daños de titularidad regional, ya que así se desprende de la documentación incorporada al procedimiento. Siendo órgano competente para resolver el procedimiento el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Asimismo la acción indemnizatoria se ha ejercitado por la entidad reclamante dentro del plazo de un año desde que se produjeron los daños, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC.

El procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado se ha ajustado, en términos generales, a lo dispuesto en los artículos 6 y siguientes del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RRP). No obstante, se ha de señalar que el importe de los gastos ocasionados por la reparación de los daños sufridos sólo se ha acreditado por el reclamante mediante la valoración que efectúa en su informe el Ingeniero Técnico Agrícola x., habiéndose suscitado, además, controversia entre esta apreciación y la que lleva a cabo el técnico de la Dirección General de Carreteras, todo lo cual aconsejaba que la Instructora hubiese recabado la aportación al expediente de las facturas acreditativas del desembolso que el reclamante afirma haber llevado a cabo (folio 17 del expediente).

**TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

El artículo 139.1 LPAC establece, con carácter general, que los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Por tanto, los presupuestos de la responsabilidad patrimonial son, como reiteradamente ha expuesto la jurisprudencia (SSTS, Sala 3ª, de 21 de abril y de 20 de mayo de 1998), los siguientes: que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea antijurídica, en el sentido de que el perjudicado no tenga obligación de soportarla; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, y no sea ésta consecuencia de un caso de fuerza mayor, a los cuales importa añadir el comportamiento de la víctima en la producción o en el padecimiento del daño, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla en todo o en parte.

En el supuesto que nos ocupa se ha acreditado en el expediente la existencia de un daño efectivo, individualizado y económicamente evaluable que, *prima facie*, el interesado no tenía el deber jurídico de soportar.

Por otro lado, la parte reclamante imputa el daño a una mala conservación de la carretera B-14, en la que, con motivo de unas obras, se sustituyó una rejilla de drenaje que tenía una superficie de un metro cuadrado, por otra mucho más pequeña que se ha demostrado insuficiente para evacuar las aguas procedentes de la lluvia, de modo que cuando ésta es muy intensa desborda la calzada por sus laterales, arrastrando tierra y maleza, que vinieron a caer en la acequia de la Comunidad de Regantes, obstruyendo el paso del agua de riego y haciendo reventar el muro de contención.

En cuanto a la necesaria relación causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño causado, hemos de reiterar que tal extremo de la reclamación debe ser acreditado por el interesado, de acuerdo con el principio general sobre la carga de la prueba que rige en nuestro ordenamiento jurídico, por aplicación de los artículos 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 6 RRP.

En este supuesto, la verificación de este elemento nuclear de la responsabilidad patrimonial no plantea mayor problema, ya que, partiendo de la regla descrita, puede afirmarse que

la parte reclamante ha aportado elementos de prueba suficientes en orden a dejar acreditada tanto la existencia de los daños sufridos como la causa de los mismos, según se desprende del acta notarial y del informe técnico a ella incorporado que acompañó con su escrito de reclamación. En él se pone de relieve que *“el arrastre de tierra viene ocasionado por el agua pluvial que procede del pueblo de Villanueva, que por la carretera va en dirección al río, pero antes de llegar cae por la cuneta arrastrando tierras y malas hierbas al cauce de la acequia que se encuentra, aproximadamente, diez metros más debajo de la cota de la carretera”*.

Además, la propia Administración, en el informe técnico emitido por el Jefe de Sección de Conservación de la Dirección General de Carreteras, pone de relieve que las fuertes precipitaciones de esas fechas produjeron el desplome en varios puntos del terraplén de la carretera B-14, lo que provocó la ruina de los muros que contenían al correspondiente tramo de la calzada, lo que obligó a su reconstrucción inmediata. También añade el citado Centro Directivo que de haber tenido conocimiento de la existencia de tierra y maleza en la acequia propiedad de los reclamantes hubiesen procedido a su inmediata limpieza.

Finalmente, el informe técnico pretende fundamentar la exoneración de la responsabilidad patrimonial en la existencia de fuerza mayor que vendría motivada por la naturaleza torrencial de las lluvias. No obstante, los datos anteriores, por sí mismos, no pueden generar dicha exoneración por cuanto no se ha realizado por la Administración ningún tipo de actividad probatoria que permita saber con exactitud si las lluvias fueron efectivamente torrenciales, tales como un informe del organismo competente que acreditara el carácter de las precipitaciones producidas. De esta manera, la simple manifestación realizada al respecto por el técnico de la Dirección General, exenta de un respaldo probatorio no permite considerar dicho fenómeno atmosférico, en el caso examinado, como constitutivo de un supuesto de fuerza mayor, ni así ha sido considerado por la propia instructora en la propuesta de resolución.

#### **CUARTA.- El quantum indemnizatorio.**

Sentada la conclusión de que existe el indispensable nexo causal y no concurre fuerza mayor que pudiera eximir de responsabilidad, sólo resta que este Consejo Jurídico se pronuncie sobre la valoración del daño causado, cuantía y modo de indemnización que corresponde percibir al perjudicado.

La reclamante ha concretado la cuantía indemnizatoria de los daños producidos en la cantidad de 3.111 euros, que afirma haber abonado en concepto de limpieza del cauce (1.698 euros) y de reposición del muro de contención (1.413 euros). Tales importes vienen avalados por el informe técnico aportado, pero las facturas acreditativas de haber efectuado el correspondiente desembolso no han sido incorporadas al expediente.

La Administración, con fundamento en el informe de la Dirección General de Carreteras, cuestiona el importe correspondiente a la retirada de maleza y tierra, al estimar que la cantidad de tierra que pudo caer sobre la acequia supondría unos 24 metros cúbicos y, asignado un gasto de 10 euros por metro cúbico, la cuantía total por este concepto ascendería a 240 euros.

A este respecto el Consejo Jurídico considera que debe indemnizarse por tal importe y ello no sólo porque así resulta exigible a tenor del principio general de indemnidad y de reparación integral del daño, sino también porque se estima que la cuantificación económica del daño que llevó a cabo el perito del interesado puede resultar más ajustada a la

realidad al haberse realizado tan sólo nueve días después de ocurrir los hechos y cuando aún la tierra y maleza se encontraban en el cauce de la acequia; en tanto que el técnico de la Administración efectúa su valoración ocho meses después del siniestro y una vez que el cauce se encontraba ya limpio.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- Se informa favorablemente la propuesta de resolución estimatoria, al haberse acreditado la concurrencia de los requisitos previstos en los artículos 139.1 y 141.1 LPAC, aunque la cuantía indemnizatoria debe fijarse en 3.111 euros, actualizada conforme determina el artículo 141.3 LPAC.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 175/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 03/11/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 32/2008.*

**DICTAMEN 176/08.- Proyecto de Orden sobre Señalización Adicional e Identificación de las Oficinas de Farmacia de la Región de Murcia.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 03/11/08**

### **Extracto de Doctrina**

*La entrada en vigor de la Ley 6/2004 supone un cambio en el escenario normativo pre-existente, al derogar la Ley 1/1988, de 7 de enero, del Presidente, del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Murcia y establecer una nueva regulación de la potestad reglamentaria, tanto en lo relativo a su titularidad y posibilidades de ejercicio, como en cuanto al procedimiento de elaboración de reglamentos. En lo que aquí interesa, los artículos 38 y 52.1 de la Ley de 2004 reconocen a los Consejeros una*

*potestad reglamentaria propia en las materias de ámbito interno de su departamento y otra derivada por atribución expresa de esa potestad, o expresado en las palabras de la misma Ley, “los Consejeros podrán hacer uso de esa potestad cuando les esté específicamente atribuida por disposición de rango legal” (artículo 52.1) o, según el artículo 38, “cuando, por disposición de rango legal les esté expresamente atribuida”.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 11 de julio de 2007, el Director General de Planificación, Financiación Sanitaria y Política Farmacéutica formula a la Consejera de Sanidad propuesta de Orden de dicho Departamento sobre señalización adicional e identificación de las oficinas de farmacia de la Región de Murcia. El objetivo de la futura Orden es desarrollar los artículos 36 y siguientes del Decreto 44/1998, de 16 de julio, por el que se regula el régimen de atención al público y la publicidad de las oficinas de farmacia, fijando los criterios para la concesión de la autorización de señalización adicional de las oficinas de farmacia, siempre que tengan especiales dificultades de localización o visibilidad, con la finalidad de facilitar a los ciudadanos el acceso a la atención farmacéutica, y sin que ello suponga una promoción de las oficinas de farmacia.

Se acompaña la propuesta de la siguiente documentación:

a) Informe del Servicio de Desarrollo Normativo, de fecha 28 de marzo de 2007, que menciona la existencia de una petición formulada el 25 de octubre de 2006 por el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia, para que se regule la señalización de las oficinas de farmacia en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 36.3 del Decreto 44/1998. El informe concluye afirmando la adecuación a Derecho del Proyecto.

b) Memoria económica, de 5 de junio de 2007, según la cual la aprobación de la futura Orden no supondrá gasto adicional alguno, pues los costes estimados de su puesta en funcionamiento, que ascienden a un total de 12.300 euros, serán atendidos con los medios económicos y personales ya existentes.

c) Un primer borrador de Orden de la Consejería de Sanidad por la que se establecen criterios sobre señalización adicional e identificación de las oficinas de farmacia de la Región de Murcia.

**SEGUNDO.-** Con fecha 1 de agosto de 2007, el Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad informa el Proyecto. En él alude a la preceptividad del presente Dictamen, al considerar que el Proyecto se dicta en desarrollo de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, de Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia (LF).

**TERCERO.-** Sometido el Proyecto a la consideración del Consejo Asesor Regional de Consumo y del Consejo de Salud de la Región de Murcia, obtiene sendos informes favorables tanto de la Comisión de Trabajo de Códigos de Autorregulación y Proyectos Normativos constituida en el seno del primero, como del segundo de los órganos consultivos citados.

**CUARTO.-** Conferido trámite de audiencia a la Federación de Municipios de la Región de Murcia y al Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia, únicamente presenta alegaciones este último, adjuntando asimismo la formulada por una colegiada.



**QUINTO.-** Las alegaciones son objeto de informe valorativo por el Servicio de Ordenación y Atención Farmacéutica, a consecuencia del cual se asumen un elevado número de aquéllas, rechazándose el resto. Únicamente se motiva el rechazo de las observaciones y sugerencias, no su aceptación.

La incorporación de las alegaciones al texto da como resultado un nuevo borrador de Orden, el segundo.

Sometido a nuevo informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad, el 18 de marzo de 2008 se emite en sentido favorable, excepto en relación con una modificación de la Disposición transitoria, por la que se pretendía atribuir facultades exorbitantes al Colegio Oficial de Farmacéuticos. Este reparo determina la elaboración de un nuevo borrador, el tercero.

**SEXTO.-** Con fecha 6 de mayo de 2008, se incorpora al expediente el preceptivo informe de la Vicesecretaría, que es favorable al Proyecto.

Tras unir los preceptivos extracto de secretaría, índice de documentos y copia autorizada del texto definitivo del Proyecto de Orden, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 30 de mayo de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

Este Dictamen se solicita con carácter preceptivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), al estimar que el Proyecto sometido a consulta es una disposición de carácter general dictada en desarrollo o ejecución de una Ley de la Asamblea Regional.

#### **SEGUNDA.-** Habilitación normativa y alcance de la potestad reglamentaria de la Consejera de Sanidad y Consumo.

I. De conformidad con el artículo 11.1 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de ordenación farmacéutica, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 16 del artículo 149.1 de la Constitución, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos.

En desarrollo de dicha competencia autonómica se promulga la LF, cuyo artículo 16.2 remite al reglamento la determinación de las características, requisitos y condiciones de autorización para carteles indicadores u otros tipos de señalizaciones de ubicación y localización de las farmacias.

Dicha habilitación reglamentaria dio como fruto el Decreto 44/1998, cuyos artículos 36 y 37 regulan la señalización e identificación, respectivamente, de las oficinas de farmacia.

El artículo 36 establece los rótulos que señalizan las oficinas de farmacia, con carácter ordinario, previendo no obstante la posibilidad de instalar carteles indicadores en lugares

y en número diferentes a los determinados, por razón de las especiales dificultades de localización o visibilidad de la oficina de farmacia, en atención a los criterios que establezca la Consejería de Sanidad y Política Social. Dicha instalación habrá de ser autorizada por la Dirección General de Salud.

El artículo 37, por su parte, regula la identificación, en el exterior de la farmacia, de su titular y de la propia oficina de farmacia, mediante la consignación del número de registro de centros, servicios y establecimientos sanitarios que le corresponde. El apartado 2 habilita a la Consejería de Sanidad y Política Social, previo informe del Colegio Oficial de Farmacéuticos, para establecer los criterios precisos que permitan que los elementos identificadores de las oficinas de farmacia tengan la mayor uniformidad posible, sin perjuicio de las normas urbanísticas y de protección del patrimonio histórico-artístico que pudieran ser de aplicación.

Con fundamento en esta habilitación de finalidad eminentemente homogeneizadora de los elementos identificativos de las oficinas de farmacia, se dicta Orden de la Consejería de Sanidad, de 22 de diciembre de 2005, por la que se regulan las placas identificativas de las oficinas de farmacia de la Región de Murcia. Esta disposición no fue sometida a consulta del Consejo Jurídico.

II. En este escenario se inserta la iniciativa normativa objeto de este Dictamen, el cual, con carácter previo a cualquier otra consideración, ha de determinar si la habilitación reglamentaria contenida en el Decreto 44/1998 a favor de la Consejera de Sanidad puede entenderse todavía vigente tras la entrada en vigor de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia.

La entrada en vigor de la Ley 6/2004 supone un cambio en el escenario normativo preexistente, al derogar la Ley 1/1988, de 7 de enero, del Presidente, del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Murcia y establecer una nueva regulación de la potestad reglamentaria, tanto en lo relativo a su titularidad y posibilidades de ejercicio, como en cuanto al procedimiento de elaboración de reglamentos. En lo que aquí interesa, los artículos 38 y 52.1 de la Ley de 2004 reconocen a los Consejeros una potestad reglamentaria propia en las materias de ámbito interno de su departamento y otra derivada por atribución expresa de esa potestad, o expresado en las palabras de la misma Ley, “los Consejeros podrán hacer uso de esa potestad cuando les esté específicamente atribuida por disposición de rango legal” (artículo 52.1) o, según el artículo 38, “cuando, por disposición de rango legal les esté expresamente atribuida”.

La exigencia de atribución específica, que veta la posibilidad de un apoderamiento reglamentario general, sigue, pues, vigente. Ahora bien, ya no puede el Consejo de Gobierno efectuar, como hasta ahora, una habilitación reglamentaria a los titulares de los Departamentos, pues por prescripción de la Ley 6/2004, aquélla sólo podrá efectuarla una Ley o norma de rango legal, no un Decreto.

A la luz de lo expuesto, las habilitaciones conferidas por los artículos 36.3 y 37.2 del Decreto 44/1998 a la Consejería de Sanidad ya no pueden ser interpretadas como remisiones a la actividad reglamentaria de su titular, pues, en tal caso, y en la medida en que constituirían llamadas al ejercicio de la actividad normativa de un Consejero efectuadas en un reglamento y no en una disposición de rango legal, entrarían en contradicción con la Ley 6/2004, determinando su ilegalidad sobrevenida.

III. Cuestión distinta es que la fijación de criterios que se encomienda en el Decreto a la Consejera pudiera interpretarse como ejercicio de la potestad reglamentaria que le es propia en materias de ámbito interno de su Departamento, en las cuales no precisa de habilitación ninguna, pues la tiene reconocida *ex lege*.

La incógnita a despejar aquí será delimitar qué son “materias de ámbito interno del Departamento”, pues lejos de constituir un concepto unívoco y de perfiles precisos, su acotación ha sido tradicionalmente polémica. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en interpretación del artículo 14.3 de la derogada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957, primero, y del artículo 4.1 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (LG), después, que reconocían al Ministro potestad reglamentaria “*en materias propias de su Departamento*”, puede sintetizarse en los siguientes tres puntos (STS de 17 de julio de 1999): “*a) La Constitución no derogó el artículo 14.3 de la citada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, por cierto exacto al hoy art. 4.1 b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre (RCL 1997\2817), del Gobierno. b) La potestad para dictar Reglamentos ejecutivos corresponde, de modo exclusivo, al Gobierno, no a los Ministros. c) Estos pueden dictar Reglamentos independientes «ad intra», esto es, con fines puramente organizativos o respecto de relaciones de sujeción especial, entendiéndose que entran dentro de esta categoría las que sólo alcanzan a regular las relaciones con los administrados en la medida en que ello es instrumentalmente necesario para integrarlos en la organización administrativa por existir entre aquélla y éstos específicas relaciones de superioridad, pero sin que estos reglamentos puedan afectar a derechos y obligaciones de los citados administrados en aspectos básicos o de carácter general*”.

El mismo Tribunal, en Sentencia de 17 de febrero de 1998, dirá: “*desde la perspectiva de la Administración General del Estado, la potestad reglamentaria que desarrolla y complementa a la norma jurídica (ley y reglamento), es encomendada por la Constitución al Gobierno (art. 97 CE citado). Los Ministros también ejercen la potestad reglamentaria, pero sólo en materias propias de su departamento, es decir -como puntualiza la doctrina científica, lo que aceptamos- en materia organizativa o doméstica. Por ello, se distingue así: reglamentos del Gobierno (del Consejo de Ministros), que son fruto de una potestad administrativa originaria o derivada de la Constitución; los reglamentos de los Ministros, que si la Ley les habilita específicamente para desarrollar una norma reglamentaria, son fruto de un poder derivado; sólo los reglamentos domésticos u organizativos pueden dictarse por los ministros sin la necesidad de una especial habilitación legal (puede verse el artículo 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 julio 1957). La doctrina consignada, es reiteración de la que ya estableció esta Sala en su Sentencia de fecha 22 diciembre 1997, en la que dijimos lo siguiente: «La potestad reglamentaria autónoma de éstos (de los Ministros, añadimos, como aclaración), sin embargo, se constriñe a aquellas materias relativas a su ámbito interno o, como dice el propio precepto (el artículo 14.3 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 julio 1957, añadimos) “a las materias propias de su Departamento”, entre las que se suelen incluir las referentes a su organización y a las relaciones de sujeción especial. Fuera de este campo puramente doméstico, no hay en manos de tales autoridades y órganos una potestad normativa propia “ad extra”, con facultad de afectar a las relaciones de sujeción general en que se encuentra el común de los ciudadanos respecto del Estado, ni a sus derechos y obligaciones*».

Por tanto, la potestad reglamentaria propia, no derivada, de los Ministros alcanza la regulación de las materias propias de su Departamento, lo que la jurisprudencia ha inter-

pretado como las cuestiones puramente organizativas, a las que se suma la regulación de las relaciones de especial sujeción. Dicha doctrina, calificada por la Exposición de Motivos de la Ley 6/2004 como consolidada, sería plenamente aplicable a la determinación de los límites de la potestad normativa de los Consejeros de la Comunidad Autónoma si la referida Ley regional se expresara en iguales o similares términos a la legislación estatal expuesta, lo que sin embargo no hace.

En efecto, el artículo 52.1 Ley 6/2004, refiere la potestad reglamentaria de los Consejeros a las materias de ámbito organizativo interno de la Consejería, mientras que el artículo 38 reitera dicho ámbito material aunque omitiendo el término “organizativo”. Ambos preceptos regulan una realidad única, el alcance de la potestad reglamentaria de los Consejeros, y, por tanto, deben ser interpretados conjuntamente. Y en los dos artículos, desde luego, cabe apreciar la misma restricción respecto de la atribución reglamentaria efectuada a favor de los Ministros, pues si a éstos se les faculta para regular las materias propias de su Departamento, la ley regional limita aún más dicha potestad, refiriéndola en exclusiva a la esfera organizativa interna. Por ello, la primera consecuencia será que las órdenes emanadas de los Consejeros no podrán tener efectos “*ad extra*”, para reglar las relaciones de los ciudadanos en general, regulando el ejercicio de sus derechos o imponiéndoles obligaciones. Respecto a los reglamentos domésticos, a su vez la jurisprudencia distingue dos ámbitos, el puramente organizativo y el de las relaciones de sujeción especial, distinción que parece evocar la terminología utilizada por la Ley 6/2004, aunque refiriéndose únicamente al primero, respecto del cual no hay duda en afirmar la potestad reglamentaria del Consejero.

Respecto de las relaciones de sujeción especial, y aunque la Exposición de Motivos de la Ley regional alude expresamente como modelo inspirador a la normativa estatal que aboga por una interpretación estricta del artículo 97 de la Constitución, la redacción del artículo 52.1 de la Ley 6/2004 únicamente podría amparar la regulación de aquéllas por los Consejeros si se acoge la acepción más estricta de relación de sujeción especial, es decir, la que, por su intensidad y duración, supone la efectiva integración de los sujetos afectados en la organización administrativa misma, constituyendo relaciones de superioridad y dependencia, que comportan un tratamiento especial de la libertad, de los derechos fundamentales así como de sus instituciones de garantía y que es necesario regular para garantizar la eficacia y el adecuado funcionamiento de la Administración. Sólo así es posible reconducir la regulación de las relaciones de sujeción especial al ámbito estrictamente organizativo interno de cada Consejería, al que la Ley 6/2004 limita la habilitación reglamentaria del titular de aquélla.

El contenido del Proyecto sometido a consulta impide considerarlo como un reglamento meramente organizativo o doméstico, en la medida en que incide sobre la prestación de un servicio público fundamental como el farmacéutico, imponiendo obligaciones a los particulares que están llamados a prestarlo. En este sentido, si bien las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios de interés público, integrados y coordinados en el sistema de atención primaria, su titularidad es privada, ostentándola de forma necesaria un farmacéutico (art. 8 LF). Esa conexión con lo público somete la prestación de este servicio a limitaciones importantes, toda vez que queda condicionada a autorización previa y de funcionamiento, a inspecciones, a la obligación de comunicar determinados datos, etc. (art. 6 LF), y determina que las oficinas de farmacia “*no puedan ser consideradas como meros establecimientos mercantiles*” (STS, 3ª, de 18 de noviembre de 1991). No obstante la publicación del servicio prestado no alcanza tal intensidad que permita calificar a los establecimientos que lo prestan como entes integrados en la organización jerárquica de la

Administración sanitaria —la integración en el sistema de atención primaria (artículo 8 LF) no comporta su incorporación a las estructuras de atención primaria, éstas sí de carácter público—, siendo las relaciones entre oficinas de farmacia y Administración regional las propias de la policía administrativa, a las que habría que sumar la potestad de planificación de la atención farmacéutica de que goza la Administración.

IV. Descartada la opción de considerar el Proyecto como reglamento organizativo, queda por resolver si esa intensa intervención administrativa configura una relación de sujeción o supremacía especial en los estrictos términos a que hacíamos referencia.

El Tribunal Supremo (STS, 3ª, de 20 de mayo de 1996) sostiene que, en términos generales, en las relaciones especiales de sujeción existe un acto, expresión de la voluntad del particular, en virtud del cual se somete a una reglamentación específica, en la cual se establecen unos poderes o más bien unas potestades concretas cuyo ejercicio debe soportar aquel sujeto. Se contraponen tales relaciones a una situación abstracta y genérica de poder y otra igualmente general de deber, que es en definitiva la propia de la relación general de sujeción que se da entre los poderes públicos y el común de los ciudadanos.

Partiendo de dicho concepto, el Alto Tribunal, expone, de forma ejemplificativa, los supuestos que pueden calificarse como relaciones especiales de sujeción, citando los siguientes: la adquisición de un status (de funcionario, de escolar sometido a la disciplina de un centro académico, o de recluso en un centro penitenciario); “*posiblemente*” la colegiación en una organización profesional, dándose entonces un acto de admisión en el colectivo profesional correspondiente, acto de la autoridad colegial en virtud del cual se atribuye el status al particular quedando éste obligado al cumplimiento de la normativa aplicable al colectivo; la inclusión en grupos de número reducido a los que se aplica una normativa específica, de lo que pueden encontrarse ejemplos en las inscripciones en Registros administrativos de carácter constitutivo; y la convivencia inmediata bajo una autoridad determinada en un centro específico (hogares de la tercera edad).

En estos supuestos, la intermediación entre quien ejerce las potestades y quien se encuentra sujeto a ellas de modo especial o específico no es la misma, variando en intensidad, siendo mayor en los casos en que se produce una convivencia inmediata de los sujetos bajo una autoridad común en un determinado centro (reclusos, internos en instituciones públicas sanitarias o sociales, etc.), y menor en los supuestos en que la especialidad de la relación consiste en la aplicación de un régimen jurídico específico, del cual no se deriva la efectiva integración en la organización administrativa, sino tan sólo una especial vinculación a la Administración, traducida en derechos, deberes y obligaciones exorbitantes respecto de los del general de la ciudadanía, pero sin afectar al tratamiento de la libertad, los derechos fundamentales y de sus instituciones de garantía, aplicables a los sujetos pasivos de la relación.

Pues bien, de conformidad con lo dicho *ut supra*, la regulación que de la potestad reglamentaria del Consejero incorpora la Ley 6/2004, referida de forma originaria sólo al ámbito organizativo de su Departamento, determina que únicamente pueda extenderse a la regulación de las relaciones especiales de sujeción más intensas, es decir, aquellas en que se da el máximo grado posible de intermediación entre los sujetos, pues sólo en ellas se produce una verdadera integración del particular en la organización administrativa.

V. Desde esta perspectiva, la relación existente entre los profesionales farmacéuticos y la Administración sanitaria, si bien reúne las características de una relación de sujeción

especial, no es de un grado tal que permita considerar que aquéllos quedan inmersos en la organización de ésta. No debemos olvidar que las oficinas de farmacia son de titularidad privada y que, aun sometidas a un fuerte intervencionismo administrativo y corporativo (Colegio Oficial), constituyen empresas (dice el Tribunal Constitucional en Sentencia 109/2003, de 5 de junio, que “*libertad de empresa y propiedad privada, de un lado, e interés público y planificación pública, de otro, son los ejes sobre los que ha de estructurarse, por tanto, el sector farmacéutico*”). De hecho, una de las finalidades perseguidas con la norma proyectada, aun no reconocida de forma expresa en el expediente ni en la exposición de motivos del Proyecto, es evitar prácticas publicitarias, prohibidas por el artículo 16 LF, consistentes en la reiteración de anuncios de localización del establecimiento farmacéutico. También recoge la necesidad de autorización para poder anunciarse dentro de una cierta distancia respecto de otra farmacia, así como otras medidas en orden a la homogeneización de los rótulos o carteles indicadores. Normas éstas que, al tiempo que persiguen facilitar a los ciudadanos el acceso a la atención farmacéutica, pretenden regular la competencia leal en el marco del ejercicio de la libertad de empresa por profesionales colegiados, y cuya determinación en otras Comunidades Autónomas ha sido objeto de acuerdos colegiales, sancionados, en lo tocante a la capacidad de las Corporaciones que los adoptaron, por los tribunales del orden contencioso (TSJ Andalucía, Málaga, sentencia de 13 marzo 1998, con cita de la STS, 3ª, de 12 de marzo de 1996).

Corolario de lo expuesto es que, si bien nos encontramos ante una relación de supremacía o sujeción especial, ésta no es de tal intensidad que permita considerar que las oficinas de farmacia se integran en la organización administrativa, permitiendo su regulación mediante Orden de la Consejería de Sanidad y Consumo.

A los anteriores argumentos ha de añadirse que el contenido del Proyecto excede los límites de la habilitación efectuada por el Decreto 44/1998 y se encuadra mejor en los términos de la remisión reglamentaria del artículo 16 LF. En efecto, el artículo 36.3 del Decreto deja a la Consejería la fijación de criterios que permitan determinar cuándo se dan esas especiales dificultades de localización o visibilidad de las oficinas de farmacia que justifican la señalización adicional, mientras que la habilitación contenida en el artículo 37.2 de la misma disposición se contrae a la fijación de criterios uniformadores de los elementos identificadores de los indicados establecimientos, remisión reglamentaria esta última que posibilitó el dictado de la Orden de 22 de diciembre de 2005, por la que se regulan las características de las placas identificativas de las oficinas de farmacia.

El Proyecto, sin embargo, lejos de limitar su objeto a la fijación de los citados criterios, a los que únicamente dedica sus artículos 3, 4 y 5, establece normas procedimentales y requisitos formales (arts. 6, 7 y 8), nuevas obligaciones no contenidas en el Decreto 44/1998 (art. 9 y Disposición transitoria) y una disposición de régimen sancionador (art. 10). Tales previsiones concuerdan mejor con las que, con carácter más genérico, el artículo 16.2 LF remite al reglamento, a saber la determinación de “*características, requisitos y condiciones de autorización para carteles indicadores u otros tipos de señalizaciones de ubicación y localización de las farmacias*”.

Consecuencia de lo expuesto es que la Consejera de Sanidad y Consumo carece de potestad normativa suficiente para aprobar el Proyecto como Orden, siendo su rango reglamentario más adecuado el Decreto de Consejo de Gobierno.

**TERCERA.- Procedimiento.**

La conclusión alcanzada en la Consideración precedente tiene una consecuencia inmediata en la tramitación del Proyecto, cual es la necesidad de someterlo a Dictamen de la Dirección de los Servicios Jurídicos con carácter previo a remitirlo, ya como Proyecto de Decreto, a este Consejo Jurídico para dictaminar sobre el contenido.

Así lo exige el artículo 7.1, letra f), de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Región de Murcia, que preceptúa el informe de la indicada Dirección en relación con los proyectos de disposiciones generales competencia del Consejo de Gobierno.

Comoquiera que el artículo 2.4 LCJ establece que los asuntos sobre los que haya dictaminado el Consejo Jurídico no podrán ser sometidos a dictamen de ningún otro órgano o institución de la Región de Murcia, no puede este órgano consultivo dictaminar sobre el contenido del Proyecto sin que previamente lo haya hecho la Dirección de los Servicios Jurídicos, pues, de lo contrario, nuestro Dictamen impediría el de aquélla.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Consejera de Sanidad y Consumo carece de potestad reglamentaria suficiente para aprobar el Proyecto, cuyo rango normativo más adecuado es el Decreto de Consejo de Gobierno, de acuerdo con lo señalado en la Consideración Segunda de este Dictamen.

**SEGUNDA.**- Procede que, con carácter previo a la emisión de Dictamen sobre el contenido del Proyecto, éste se configure como Proyecto de Decreto y se complete su tramitación con el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, tras lo cual habrá de ser remitido de nuevo al Consejo Jurídico para Dictamen sobre el contenido, conforme a lo indicado en la Consideración Tercera del presente.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 177/08.- Anteproyecto de Ley de Medidas Tributarias en materia de tributos cedidos y tributos propios para el año 2009.**

**Consultante: Consejera de Hacienda y Administración Pública (2007)**

**Fecha: 05/11/08**

### **Extracto de Doctrina**

*III. En el Dictamen 150/2007 este Consejo Jurídico, sintetizando la doctrina y jurisprudencia sobre el asunto, manifestó que “el uso de las denominadas leyes de “acompañamiento” ha experimentado en los últimos años un decrecimiento constante atendiendo a la idea de que su expansión se había convertido en una agresión al principio de seguridad*

*jurídica. Ello se ha traducido en que su ámbito objetivo ha ido constriñéndose a las determinaciones necesarias para el correcto y eficaz cumplimiento de la ley principal, de Presupuestos, a la que, esta vez con pleno sentido, “acompañaría” (Dictamen 72/99). La doctrina del Tribunal Supremo, recogiendo la del TC, también ha manifestado que estas leyes deben limitarse, por su finalidad, a un objeto específico, consistente en aquellas disposiciones que sean necesarias para complementar la Ley de Presupuestos y que, por consiguiente, guarden una relación al menos indirecta con la previsión de ingresos y gastos que constituye el objeto específico de ésta. De no cumplirse esta limitación, se produciría una infracción del principio de seguridad jurídica”.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 7 de julio de 2008, la Dirección General de Tributos remitió a la Secretaría General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública el Anteproyecto de Ley de Medidas Tributarias para el año 2009, acompañado de una memoria justificativa, otra económica, y de un informe del Servicio Jurídico Tributario de dicha Dirección General, que incluye una valoración sobre el impacto por razón de género de las medidas propuestas.

**SEGUNDO.-** Agregando a dicho Anteproyecto las propuestas formuladas por la Dirección General de Patrimonio (que incluye valoración de impacto por razón de género), por la Dirección General de Presupuestos y Finanzas, y por la Intervención General (salvo la relativa a la integración excepcional durante 2009 de funcionarios del Cuerpo Superior de Administradores en el de Interventores y Auditores), se elaboró un nuevo texto al que se unió una nueva memoria, fechada el 23 de julio de 2008 (que no explica la omisión de la propuesta formulada por la Intervención General sobre la integración en el Cuerpo de Interventores y Auditores), y los informes del Servicio Jurídico de la Consejería y el de la Vicesecretaría; el nuevo texto fue conocido por la Comisión de Secretarios Generales y elevado por ésta al Consejo de Gobierno, que acordó someterlo a los informes del Consejo Regional de Cooperación Local, del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, y de la Comisión Mixta de Coordinación de la Gestión Tributaria, además del Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

**TERCERO.-** En sesión de 22 de septiembre de 2008, el Consejo Regional de Cooperación Local informó favorablemente el Anteproyecto, en cuanto a la modificación urgente de la Ley 3/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma.

**CUARTO.-** El Consejo Económico y Social emitió su Dictamen el 23 de septiembre de 2008; tras analizar el contenido del Anteproyecto concluye, en síntesis, lo siguiente:

— Recoge contenidos no tributarios, lo cual es una práctica criticable y contraria a la seguridad jurídica.

— La memoria económica es mejorable, y falta información sobre la gestión de los tributos cedidos.

— Valora negativamente el artículo 1, que rebaja los tipos autonómicos del IRPF, por ser una reducción escasa e incapaz de incidir en la reactivación económica, lo que no compensa la notable pérdida de recaudación que supone para la Hacienda Regional.

— Valora positivamente la deflactación de las bases liquidables en la tarifa del impuesto sobre casinos.



— Considera justificadas las modificaciones que afectan a las tasas y también las relativas a los impuestos medio ambientales, si bien en cuanto a éstos no comparte que su recaudación pueda destinarse a la mejora y dotación de medios materiales, personales, e infraestructuras de la Consejería de Medio Ambiente.

— Valora positivamente las denominadas medidas administrativas, si bien considera que el Anteproyecto no es el instrumento adecuado para incluirlas.

La Dirección General de Tributos, en informe de 23 de septiembre de 2008, no consideró adecuadas las modificaciones propuestas.

Tras ello, elaborados el índice de documentos y el extracto de secretaría, fue solicitado el Dictamen al Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el 26 de septiembre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 12.2 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

#### **SEGUNDA.- Procedimiento de elaboración y contenido.**

I. En cuanto al procedimiento seguido, aunque se han instruido los trámites procedimentales básicos establecidos por la Ley 6/2004 para el ejercicio de la iniciativa legislativa, no consta que se haya dado cumplimiento a la prescripción del artículo 2.2, inciso final, de la Ley 23/2002, de 1 de julio, del Régimen de Cesión de Tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión, según la cual la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia debe remitir a la Comisión General de las Comunidades Autónomas del Senado los proyectos de normas elaborados como consecuencia de las facultades normativas ejercitadas dentro del régimen de financiación de las Comunidades Autónomas, antes de la aprobación de las mismas. Asimismo, carecen de valoración de impacto por razón de género las modificaciones normativas propuestas por la Intervención General y por la Dirección General de Presupuestos y Finanzas.

II. El Anteproyecto se compone de 3 Títulos, 1 Disposición transitoria, 1 derogatoria y 1 final. El Título I, dedicado a los Tributos Cedidos, está integrado por 3 Capítulos, dedicado el primero a normas referentes a la escala autonómica del IRPF (art.1), el segundo a la tasa fiscal sobre juegos de suerte, envite o azar (art. 2), y el tercero a normas de gestión (arts. 3 y 4). El Título II, relativo a los Tributos propios, se compone de un Capítulo I, Impuestos medioambientales, compuesto de un solo precepto, el artículo 5, por el que se modifican diversas normas referentes a tales tributos; y un Capítulo II, relativo a las tasas regionales, que introduce hasta 7 modificaciones al Decreto Legislativo 1/2004, de 9 de julio. El Título III se denomina “medidas administrativas” y se compone de 3 artículos dedicados a modificar la Ley 7/2005, de 18 de noviembre, de subvenciones (art. 7), la Ley 3/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma, y la Ley 3/1998, de 1 de julio, de Cajas de Ahorros de la Región de Murcia. La Disposición transitoria se refiere a los tributos

ambientales; la Disposición derogatoria produce dicho efecto respecto al artículo 12 de la Ley 11/1998, de 28 de diciembre; y la final se refiere a la entrada en vigor, que será el 1 de enero de 2009.

III. En el Dictamen 150/2007 este Consejo Jurídico, sintetizando la doctrina y jurisprudencia sobre el asunto, manifestó que *“el uso de las denominadas leyes de “acompañamiento” ha experimentado en los últimos años un decrecimiento constante atendiendo a la idea de que su expansión se había convertido en una agresión al principio de seguridad jurídica. Ello se ha traducido en que su ámbito objetivo ha ido constriñéndose a las determinaciones necesarias para el correcto y eficaz cumplimiento de la ley principal, de Presupuestos, a la que, esta vez con pleno sentido, “acompañaría” (Dictamen 72/99). La doctrina del Tribunal Supremo, recogiendo la del TC, también ha manifestado que estas leyes deben limitarse, por su finalidad, a un objeto específico, consistente en aquellas disposiciones que sean necesarias para complementar la Ley de Presupuestos y que, por consiguiente, guarden una relación al menos indirecta con la previsión de ingresos y gastos que constituye el objeto específico de ésta. De no cumplirse esta limitación, se produciría una infracción del principio de seguridad jurídica”*.

El contenido que se propone para el Anteproyecto sometido a consulta resulta acorde con las determinaciones expuestas, excepto en lo que se refiere a la modificación de la Ley 3/1998, de 1 de julio, de Cajas de Ahorros de la Región de Murcia, norma cuyo contenido no guarda relación, ni tan siquiera indirecta, con el régimen de los derechos y obligaciones de la hacienda regional.

Esta última afirmación se basa en el carácter de la norma que se quiere modificar y en la doctrina constitucional recaída al respecto. La intervención pública autonómica sobre la composición de los órganos de estas singulares instituciones financieras se realiza a través de la Ley 3/1998, de 1 de julio, de Cajas de Ahorros de la Región de Murcia, complementaria de la estatal Ley 31/1985, de 2 agosto, de Órganos Rectores de Cajas de Ahorros, que han de ser interpretadas desde la doctrina constitucional, en particular la recogida en las sentencias números 48 y 49/88, de 22 de marzo. Según todo ello, puede afirmarse que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en la medida en que ha asumido competencias sobre “cajas de ahorros” (artículo 10.Uno, 32 del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, EA) puede regular el régimen jurídico de las cajas y sus aspectos organizativos. Incluso, las normas autonómicas pueden determinar supuestos de cese de los miembros del Consejo de administración, “siempre que éstos resultaren justificados teniendo en cuenta el interés de las Cajas y no afecten a los principios de representatividad e independencia de los órganos y de sus miembros” (sentencia 48/88). Por tanto, esta competencia material tiende a propiciar una actividad de vigilancia e inspección en torno a la composición de los órganos de gobierno de unas entidades de carácter privado que se encuentran, en este aspecto, bajo la sujeción de la Comunidad Autónoma, y en nada se relaciona con la actividad hacendística regional ni con la actividad financiera en general, ya que la composición de los órganos rectores no influye en la actividad crediticia de estas entidades y, por tanto, los preceptos que se modifican no influyen en la economía regional. En consecuencia, resulta ser un contenido impropio de la Ley de acompañamiento del presupuesto, y que ni siquiera encaja en el Título III del Anteproyecto, denominado “Medidas administrativas”.

De acuerdo con lo expuesto, ese contenido del Anteproyecto debiera ser escindido para ser tramitado como una propuesta normativa diferente, dando audiencia a las entidades interesadas.

**TERCERA.- Cobertura competencial de las normas proyectadas.**

I. Las normas relativas a los tributos cedidos por el Estado se amparan en el artículo 43.1.b) EA y en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, que introdujo las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas en régimen común, estableciendo el alcance y condiciones de la cesión de tributos, conclusión general que, sin embargo, es extensible con matizaciones al artículo 4, porque tiende a difuminar uno de los medios de comprobación de valores a que se refiere la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) y, además, por establecer los requisitos de suficiencia de la motivación, finalidad que también intenta el artículo 3. Uno, párrafo final.

II. El artículo 4 del Proyecto establece que las comprobaciones de valor a través del dictamen de peritos de la Administración *“podrán tomar como referencia, a los efectos de la motivación suficiente, los valores contenidos en los registros oficiales de carácter fiscal o los precios medios de mercado (...)”*. Aunque según la memoria el precepto desarrolla el artículo 134 LGT (práctica de la comprobación de valores), su análisis ha de partir del artículo 57 LGT, el cual enuncia los distintos medios de los que puede valerse la Administración tributaria para comprobar el valor de las bases imposibles declaradas, entre los que se encuentran la *estimación por referencia a los valores que figuren en registros de carácter fiscal* (apartado 1, b), *los precios medios en el mercado* (apartado 1, c) y el *dictamen de peritos de la Administración* (apartado 1, e). La norma proyectada es, en este aspecto, innecesaria, ya que reproduce lo que establece la LGT, pero, además, parece propiciar una determinada forma de aplicación del precepto estatal que revela una confusión de distintos medios de valoración, y puede permitir la desaparición material del dictamen de peritos de la Administración, aunque formalmente se siga manteniendo. La cuestión a considerar es si una alteración de la LGT que eliminara alguno de los medios de comprobación de valores sería constitucionalmente posible, interrogante que ha de tener una respuesta negativa, dadas la posición en el ordenamiento de la LGT y las facultades normativas que en esta materia tiene la Comunidad Autónoma.

Según la Ley 21/2001, ya citada, las competencias normativas sobre los tributos cedidos (ITP y AJD, e ISD) corresponden al Estado (art.19), ciñéndose la competencia de la Comunidad Autónoma a aspectos de gestión y liquidación (arts. 40.2 y 41.2). Aunque, como se ha advertido, el Anteproyecto considera que actúa en desarrollo del artículo 134 LGT, relativo al procedimiento de la comprobación de valores, su contenido, sin embargo, no es procedimental, ya que carece de la alteridad y dinámica propia de las normas procedimentales, en el sentido clásico de cauce formal de la actuación administrativa. Su contenido, más bien, incide directamente en la conformación del acto de comprobación de valor, afectando, pues, al artículo 57 LGT. Éste no forma parte de la regulación del procedimiento, sino que es una norma reguladora de la institución del tributo, de ahí que su ubicación sistemática en la LGT sea el Título II (Los tributos), Capítulo III (Elementos de cuantificación de la obligación tributaria).

El artículo 1.1 LGT, relativo a su objeto y ámbito de aplicación, señala que *“esta Ley establece los principios y las normas jurídicas generales del sistema tributario español y será de aplicación a todas las Administraciones tributarias en virtud y con el alcance que se deriva del artículo 149.1.1ª, 8ª, 14ª y 18ª de la Constitución”*.

El precepto aborda, pues, el trascendente tema de la aplicación de la LGT a las Administraciones autonómicas, sentando el principio general de aplicación a todas las Administraciones territoriales, consecuencia lógica de su vocación de código tributario. Como dice

el Consejo de Estado, en el caso de los tributos cedidos el artículo 19 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, establece expresamente la aplicación de la normativa estatal (Dictamen 1403/2003, de 23 de mayo).

Así pues, los preceptos de la Ley General Tributaria, en la medida en que recogen los principios y las normas generales del sistema tributario español, así como la adaptación del procedimiento administrativo común al ámbito tributario, son de aplicación a todas las Administraciones tributarias. Algunos son de aplicación directa para todas las Comunidades Autónomas y ni siquiera admiten un desarrollo normativo complementario por parte de éstas, y los que lo admiten será dentro del campo que permitan los títulos competenciales antes reseñados, con distinto alcance cada uno de ellos. Así, hay cuestiones que claramente han de ser aplicables por igual a todas las Administraciones territoriales, siendo una de ellas los medios de valoración, conclusión congruente, además, con el último párrafo del artículo 19.1 de la Ley 21/2001, según el cual *“la terminología y conceptos de las normas que dicten las Comunidades Autónomas se adecuarán a la Ley General Tributaria”*

Así pues, el precepto no cumple función alguna en el ordenamiento, dada su falta de carácter innovativo y su posible sentido contrario al reparto de competencias.

III. El artículo 3 y el 4 coinciden en querer establecer normativamente los requisitos de suficiencia de la motivación que los funcionarios competentes incluyan en el acto de comprobación de valores, introduciéndose el Proyecto en uno de los campos de la aplicación de los impuestos inmobiliarios que más conflictividad administrativa y judicial genera.

La motivación es un requisito de los actos administrativos en general (art. 54 LPAC) y de los tributarios en particular, disponiendo al respecto el artículo 103.3 LGT lo siguiente: *“Los actos (...) de comprobación de valor (...) serán motivados con referencia sucinta a los hechos y fundamentos de derecho”*.

Desde la perspectiva doctrinal es un requisito de fondo de los actos que tiene alcance constitucional, como expresa, entre otras, la STS de 25 de julio de 2006, Sala Tercera:

*“La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante de nuestro ordenamiento jurídico y así lo proclama el art. 54 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (antes, art. 43 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958), teniendo por finalidad la de que el interesado conozca los motivos que conducen a la resolución de la Administración, con el fin, en su caso, de poder rebatirlos en la forma procedimental regulada al efecto. Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados por el apartado 3 del art. 9 de la Constitución (CE) y que también, desde otra perspectiva, puede considerarse como una exigencia constitucional impuesta no sólo por el art. 24.2 CE sino también por el art. 103 (principio de legalidad en la actuación administrativa). Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo Europeo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000 incluye dentro de su artículo 41, dedicado al “Derecho a una buena Administración”, entre otros particulares, “la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones”.*

En el ámbito de la comprobación de valores es abundante la jurisprudencia recaída al respecto, coincidiendo en estimar, respecto al dictamen de peritos de la Administración, que no son válidos los informes genéricos o indeterminados; que la ambigüedad o imprecisión hacen ineficaz la comprobación de valores; y que la valoración ha de contener los criterios

y elementos concretos que la justifican. No es motivación suficiente la referencia genérica a los valores de mercado, ni siquiera en el caso de las empresas inmobiliarias. Además, las valoraciones practicadas han de ser razonadas, expresando los criterios tenidos en cuenta para realizarlas y cuantas circunstancias concurren que tengan influencia actual o futura en la valoración del bien. No basta, por tanto, para cumplir el mandato legal la mera enunciación o exposición de los criterios o coeficientes aplicables, pues tal actuación tan sólo ha de tener el valor de una mera opinión.

Los preceptos proyectados, pues, no admitirían una interpretación tendente a la disminución de garantías de los contribuyentes, por lo que sólo podrían estimarse como una ampliación de los elementos conforme a los cuales el perito de la Administración y los funcionarios pueden motivar la comprobación de valor de los inmuebles (habilitación innecesaria, por otra parte), circunstancia que, de mantenerse el precepto, debiera constar en su redacción mediante la oportuna salvaguarda (introduciendo, por ejemplo el siguiente inciso en el artículo 4: ... podrán tomar como referencia a efectos de motivación suficiente, *además de cuantos otros criterios resulten procedentes,...*; igual inciso como final del último párrafo del artículo 3, Uno).

**CUARTA.- Observaciones particulares.**

**I. Artículo 5, Cinco. Exención del impuesto de vertidos.**

En el Dictamen 150/2007, ya citado, expresó el Consejo Jurídico, y ahora reitera, que constituye una anomalía que las instituciones públicas hagan uso de sus más relevantes potestades para, inmediatamente, dejarlas sin efecto, permitiendo dudar, por ello, de la necesidad de un tributo cuya aplicación a las desaladoras se elimina prácticamente desde su creación y durante cuatro años consecutivos. Ya se dejó de aplicar el impuesto mediante la Disposición transitoria cuarta de la Ley 9/2005, la adicional primera de la Ley 12/2006, de 27 de diciembre, y la también adicional primera de la Ley 11/2007, de 27 de diciembre.

**II. Artículo 8. Modificación de la Ley 3/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma.**

El precepto introduce en la legislación patrimonial autonómica la figura de la mutación demanial externa o subjetiva. En doctrina se admite que las relaciones intersubjetivas entre entidades administrativas den lugar a una mutación demanial externa, la cual no entra en pugna con la regla de inalienabilidad, que sólo sustrae aquellos bienes del tráfico jurídico privado, pero no excluye las transmisiones en la esfera del Derecho Público si hay un interés jurídico prevalente o más intenso a tutelar. Es necesario, sin embargo, que tal mutación tenga respaldo en una norma legal de rango suficiente, y que se garantice la aplicabilidad del régimen de dominio público. En definitiva, se altera el destino que originó la primitiva afectación, pero el bien conserva el carácter demanial que antes tenía, es decir, el carácter servicial a una función pública.

La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, recoge la figura en el artículo 71.4, sin carácter básico, admitiendo que el Estado la practique con las comunidades autónomas siempre que la normativa de éstas lo permita. Ello, unido a que la competencia se recoge en el artículo 41.2 del EA, hace posible afirmar que la propuesta es viable. Ahora bien, una mayor congruencia con el conjunto de la Ley 3/1992 exigiría tener en cuenta que, sin perjuicio de la competencia de la Comunidad Autónoma para regular aspectos sobre el patrimonio de los entes locales (derivada del artículo 11.9 EA), el objeto de la Ley que se modifica es regular el patrimonio de la Comunidad Autóno-

ma, y no el de otras administraciones públicas, por lo que, tal vez, la regulación que afecta exclusivamente a las corporaciones locales resultaría mejor ubicada en el seno de la Ley de Régimen Local. Se completaría el precepto con más rigor si se delimitase claramente la competencia para resolver sobre la mutación demanial, tanto en sentido activo como pasivo, competencia que debe residenciarse en el Consejo de Gobierno, en congruencia con lo dispuesto por los artículos 26.1,b) y 29.2 de la citada Ley 3/1992.

III. Finalmente, el texto debiera someterse a un repaso de la ubicación en los textos reformados de las modificaciones que se pretende introducir. Así por ejemplo, en el artículo 2, Uno, que debe decir: “*Se modifica el artículo 4, Uno, apartado 2...* “

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- El Anteproyecto sometido a consulta responde a los contenidos propios de su carácter, excepto en lo que se refiere a la modificación de la Ley 3/1998, de 1 de julio, de Cajas de Ahorros de la Región de Murcia.

**SEGUNDA.**- La Comunidad Autónoma tiene competencia para aprobar un Anteproyecto como el presente, aunque la redacción de los artículos 3 y 4 debe reconsiderarse en el sentido indicado en la Consideración Tercera.

**TERCERA.**- Las restantes observaciones, de ser tenidas en cuenta, mejorarían la norma proyectada.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 178/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 11/11/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Nota: concluye en la necesidad de completar instrucción.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.**- El 6 de octubre de 2005 tuvo entrada en el Registro General del Servicio Murciano de Salud (SMS) un escrito de x., en el que expresa que el 16 de noviembre de 2004 fue intervenido por la Doctora x. en el Hospital Comarcal del Noroeste (en concreto, le fue practicada una mastectomía subcutánea, por ginecomastia derecha). Afirma que, en

un momento concreto de la intervención, la citada doctora dejó la placa del bisturí eléctrico sobre su pantorrilla izquierda, causándole quemaduras que le produjeron úlceras, a consecuencia de las cuales ha tenido que permanecer de baja y en tratamiento médico hasta el 31 de enero de 2005. Estas úlceras le han dejado secuelas estéticas de importancia.

Por ello, solicita una indemnización de 12.909'89 euros, calculada conforme con el sistema indemnizatorio aplicable en materia de accidentes de circulación, por los conceptos de días de incapacidad improductiva (77), secuelas (10 puntos) y gastos farmacéuticos, más los intereses legales y las costas y gastos del procedimiento. Adjunta a su escrito los siguientes documentos:

a) Copia de hoja de interconsulta, de 28 de diciembre de 2004, en la que el Servicio de Cirugía del citado Hospital señala que el paciente “fue intervenido en nov.-04 y se colocó la placa del bisturí eléctrico en la pantorrilla izquierda”, estimando el Servicio de Dermatología consultado que las lesiones en cuestión obedecen a un pioderma gangrenoso, tratándose de una vasculitis localizada que no tiene origen inmunológico (colitis ulcerosa, enfermedad de Crohn, etc.), con buen pronóstico.

b) Parte de consulta y hospitalización del citado Servicio de Dermatología, de fecha 3-2-05, en el que ratifica el anterior diagnóstico, indicando que “*clínicamente son tres lesiones típicas en 1/3 medio ant. de pierna izq.*”, con buena evolución, y el tratamiento a seguir.

c) Parte médico de baja laboral por incapacidad temporal, de 16 de noviembre de 2004.

d) Parte de alta médica, de fecha 31 de enero de 2005, por curación de “*quiste de mama masculino*”.

e) Dos fotografías de la pierna izquierda del reclamante, en las que se aprecian tres lesiones en la piel.

f) Factura expedida por una farmacia el 4 de febrero de 2005, por importe de 117'88 euros.

Además de la prueba documental aportada, propone la práctica de prueba testifical, para el momento oportuno.

**SEGUNDO.-** Con fecha 25 de octubre de 2005, el Director Gerente del SMS dictó Resolución de admisión a trámite, que se comunicó a las partes interesadas.

Asimismo, se solicitó copia de la historia clínica e informes al Hospital Comarcal del Noroeste.

**TERCERO.-** Desde éste se remitió copia de la historia clínica e informe de la Supervisora de Quirófanos, de fecha 28 de noviembre de 2005, en el que expresa lo siguiente:

*“Aunque la intervención fue hace un año, y la memoria de los casos se pierde si no tenemos algo importante que nos haga recordar, yo no he tenido noticia ni comentario alguno, por parte de los profesionales que se encontraban ese día en el quirófano, de nada extraño o fuera de la normalidad con respecto a la colocación de la placa del bisturí en el momento de la intervención. Por lo tanto, la placa se colocó como siempre según nuestras normas antes de comenzar la intervención en la zona de la nalga o el glúteo, estando bien colocada, ya que, de lo contrario, el mismo electrobisturí no deja que se trabaje con él, inutilizando las funciones y sonando una alarma hasta que se soluciona el problema. Este*

*mismo proceso ocurre siempre que, por alguna razón, la placa no hace buen contacto y no garantiza la seguridad de su función”.*

Entre los documentos remitidos por el Hospital obrantes en el expediente aparece un escrito de fecha 14 de abril de 2005, del Responsable de Admisión, dirigido al reclamante, en el que expresa lo siguiente:

*“En relación con la reclamación que formuló con fecha 23/12/04 en la que nos hacía mención a su disconformidad con la atención recibida en el área quirúrgica de este centro y más concretamente a raíz de recibir una serie de sesiones (sic, quiere decir lesiones) derivadas de la utilización del bisturí eléctrico.*

*Le rogamos en primer lugar que disculpe las molestias ocasionadas, pues entendemos que sucesos como éste reportan en el paciente cierto grado de insatisfacción justificada.*

*De otro lado le informamos que hechos como el ocurrido no son nada frecuentes y es por ello por lo que nos hemos dirigido tanto al servicio de mantenimiento como a la responsable supervisora del área quirúrgica para que nos haga llegar un informe por escrito sobre lo sucedido y que de cuyo contenido se extraigan las conclusiones oportunas para evitar que hechos como el ocurrido no vuelvan a plantearse.”*

Y finalmente consta (Fº 37) la hoja de observaciones de enfermería, referida al día 16 de noviembre de 2004, fecha de la intervención quirúrgica, en una de cuyas anotaciones se dice: *“Comenta que al venir de Qx. tiene escozor en pantorrilla. Tiene como 3 erupciones amarillentas sólo en esa zona. Comentar a cirujano”.*

**CUARTO.-** Interpuesto por el reclamante recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de su reclamación, desde el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 1 de Murcia se solicitó copia del expediente para incorporarlo al Procedimiento Abreviado nº 572/06, así como el emplazamiento de las partes, lo que se practicó.

**QUINTO.-** Solicitado informe a la Inspección Médica del SMS, fue emitido el 12 de enero de 2007, en el que se concluye lo siguiente:

*“1. No hay evidencia que la placa a tierra se colocara en pantorrilla izquierda incorrectamente, dado que, si no, hubiese saltado el sistema de alarma que no permite trabajar con el bisturí.*

*2. No aparecen descritas incidencias por parte de los profesionales que se encontraron ese día en el quirófano, el paciente fue intervenido bajo anestesia general, por lo que no pudo ser testigo de anomalía o descuido por parte del equipo médico durante dicha intervención quirúrgica.*

*3. Las lesiones que aparecen en la región pretibial izquierda fueron diagnosticadas por el especialista como vasculitis, adoptando la forma de pioderma gangrenoso, no como quemadura eléctrica.*

*4. Una vez diagnosticada dicha lesión dermatológica se prescribió tratamiento inmediato”.*

**SEXTO.-** Mediante oficio de 26 de febrero de 2007, se requirió al reclamante para que propusiese los testigos de los que se pretendía valer, según su reclamación inicial, e indicase, en su caso, el tipo de relación que pudiera tener con los mismos, así como las circunstancias que se querían acreditar con la práctica de dicha prueba. Notificado el co-



rrespondiente oficio, no consta que el reclamante hiciera uso de dicho trámite (f. 95 y 95 bis del expediente).

**SÉPTIMO.-** Obra en éste un Dictamen Médico, de fecha 22 de marzo de 2007, aportado, según la instrucción, por x. (aseguradora del SMS), y realizado colegiadamente por cuatro cirujanos que formulan las siguientes conclusiones:

*“1. El paciente presentaba una ginecomastia derecha dolorosa, motivo por el cual estaba recomendada la cirugía.*

*2. La intervención se realiza en tiempo y forma correctos, sin que en la hoja de protocolo de cirugía se refleje la existencia de complicación alguna.*

*3. Tras la cirugía el paciente se queja a la enfermera del turno de tarde, de la presencia de 3 nódulos amarillentos en el MII.*

*4. Tras la consulta con Dermatología, es diagnosticado de Pioderma Gangrenoso. Estas lesiones son muy diferentes a las quemaduras eléctricas, producidas por un mal contacto de la placa del bisturí con el paciente.*

*5. La supervisora de quirófano afirma que el lugar de la lesión no es el sitio habitual en donde colocan las placas del bisturí en el quirófano.*

*6. De acuerdo con la documentación examinada se puede concluir en que todos los profesionales que trataron al paciente en el HCN, lo hicieron de acuerdo con la “lex artis”.*

**OCTAVO.-** Trasladado el anterior dictamen al reclamante, el 25 de abril siguiente presentó alegaciones, impugnándolo “por no corresponder a la realidad”, añadiendo que en el procedimiento se había sobrepasado el plazo máximo de su resolución y notificación, por lo que había interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta (procedimiento abreviado nº 572/06, ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Murcia).

**NOVENO.-** Otorgado al interesado el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, el 16 de mayo de 2007 el reclamante presentó escrito en el que alega que, como en su día transcurrió el plazo de seis meses establecido para la resolución del procedimiento, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio de su reclamación, por lo que carece de sentido continuar la tramitación del procedimiento. Añade que en el mismo se han producido una serie de irregularidades, como la de no darle posibilidad de practicar la prueba que propuso, lo que, dice, será subsanado en el proceso judicial.

**DÉCIMO.-** El 29 de mayo de 2007 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar, conforme con los informes emitidos en el procedimiento y la ausencia de prueba en contrario por parte del reclamante, que no se ha acreditado la existencia de una mala praxis médica o infracción a la “lex artis ad hoc”, habiéndole otorgado en su día al interesado la posibilidad de practicar las pruebas pertinentes. Dicha propuesta fue remitida a este Consejo Jurídico, junto al expediente tramitado y su extracto e índice reglamentarios, en solicitud del preceptivo Dictamen.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de marzo, reguladora de este Consejo Jurídico.

### **SEGUNDA.- Legitimación, procedimiento y plazo.**

I. La legitimación activa corresponde al reclamante, al ser la persona que sufrió los daños por los que reclama indemnización. La legitimación pasiva corresponde, en principio, a la Administración regional, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria.

II. La reclamación se ha interpuesto en el plazo de un año desde la determinación de las secuelas derivadas del hecho que motiva la reclamación, conforme con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. En cuanto al procedimiento tramitado, y por lo que atañe a la instrucción realizada, ésta resulta incompleta e insuficiente a la vista de los datos obrantes en el expediente remitido. Así, se advierte una patente contradicción entre lo manifestado en el escrito de 14 de abril de 2005, del Responsable de Admisión del Hospital (Antecedente Tercero), emitido a raíz de una primera reclamación o queja deducida ante el Hospital (que no consta, como debiera, entre los antecedentes remitidos por el Hospital, lo que deberá subsanarse, como tampoco consta el informe al que se refiere dicho Responsable, si llegó a emitirse), en el que éste reconoce los hechos en cuestión, y el informe emitido por la Responsable de Quirófano el 28 de noviembre de 2005, una vez interpuesta contra el SMS la reclamación de responsabilidad objeto del presente procedimiento; informe este último en el que no se recuerda el hecho y que se remite al correcto funcionamiento de las placas de esta clase de bisturíes, que impide que se produzcan daños como los alegados.

Por otra parte, el informe de la Inspección Médica del SMS no resulta todo lo completo que requieren las circunstancias del caso, pues parte sin más del diagnóstico emitido por el Servicio de Dermatología del Hospital (pioderma gangrenoso), para luego explicar someramente sus características, esto es, que no se pronuncia de modo propio sobre la etiología del daño (así, por ejemplo, no hace un estudio al efecto y no determina, entre otros aspectos, si las características de la patología y diagnóstico alegados por el Hospital se corresponden con las lesiones que aparecen en las fotografías aportadas por el reclamante).

Por ello, la tramitación realizada resulta incompleta en extremos fácticos, algunos de carácter técnico, que resultan esenciales para la adecuada instrucción del procedimiento, conforme con lo exigido por el artículo 78.1 LPAC. Ello implica la necesidad de requerir al Responsable de Admisión del Hospital para que explique la razón del escrito antes reseñado, que se complete el expediente con las actuaciones y documentos a que se refiere en el mismo y, posteriormente, que se solicite de la Inspección Médica del SMS un informe complementario a la vista de lo actuado y, en todo caso, sobre las cuestiones a que anteriormente se hizo referencia. Todo ello sin perjuicio de la final audiencia de los interesados, previa a la formulación de una nueva propuesta de resolución, que deberá ser remitida a este Consejo Jurídico para la emisión de su preceptivo Dictamen sobre el fondo del asunto.

Las actuaciones indicadas constituyen una obligación del instructor en cuanto que, como señaló este Consejo Jurídico en su Memoria del año 1999, *“debe procurar que el expediente de cada procedimiento plasme sus contenidos legales, es decir, que se desarrolle mediante los actos que permitan determinar, conocer y comprobar todos los datos en virtud de los cuales haya de dictarse resolución, tal como la LPAC prescribe en su artículo 78, actos que deben ser realizados de oficio. La labor del instructor consiste, pues, en traer al expediente toda la información que, en hipótesis, pueda ser necesaria para decidir el contenido de la resolución, sin perjuicio de que, con posterioridad, fundamente su propuesta en los hechos y razonamientos jurídicos que juzgue convenientes. Y se trata de una potestad fiduciaria, que no ejerce para sí en función de la propuesta de resolución que decida elevar a la autoridad competente para resolver, sino que la ejerce, precisamente, para que dicha autoridad pueda adoptar la resolución final, siguiendo la propuesta o separándose de ella, pero contemplando la totalidad de hechos, elementos, circunstancias y alegaciones que influyen o puedan influir en la bondad de su acuerdo”*.

Ello no significa que la labor del instructor sea la de subsanar eventuales deficiencias u omisiones probatorias de los interesados, sobre los que recaerá el *“onus probandi”* que en cada caso corresponda; pero si del expediente se desprenden circunstancias como las descritas anteriormente, con contradicciones entre documentos obrantes en el mismo, ausencia de otros, aludidos en éste, de eventual relevancia para el caso, o si el específico y cualificado informe de la Inspección Médica no cumple suficientemente la esencial función instructora que tiene jurídicamente encomendada, el instructor, según lo dicho, ha de adoptar una posición activa, y su actuación debe dirigirse a integrar el procedimiento con la práctica de las diligencias necesarias a estos efectos, sin perjuicio de la propuesta de resolución que en su momento decida elevar al órgano competente para resolver, que valorará las actuaciones practicadas y extraerá las consecuencias que proceda en lo atinente a la carga de la prueba sobre los hechos relevantes para decidir la pretensión de que se trate.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Procede retrotraer el procedimiento para la práctica de las actuaciones indicadas en la Consideración Segunda del presente Dictamen, por las razones allí expresadas. Por ello, la propuesta de resolución se informa desfavorablemente, sin perjuicio de lo que proceda dictaminar cuando, tras los trámites pertinentes, se remita a este Consejo Jurídico el expediente y la nueva propuesta de resolución que se formule, a la vista de lo actuado.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 179/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de y, como consecuencia de los daños sufridos por apertura de oficina de farmacia.****Consultante: Consejera de Sanidad (2004)****Fecha: 11/11/08****Extracto de Doctrina**

*(...) en el trance de hacer aplicación de la doctrina jurisprudencial antes expuesta acerca de la razonabilidad de una actuación administrativa posteriormente anulada, debemos destacar lo que expresa la STSJ de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de enero de 2007, en el sentido de que “para determinar que la actuación administrativa ha sido razonable no podemos centrarnos en la motivación de las sentencias que anulan la decisión administrativa, en concreto, en los razonamientos de esta Sala que llega a calificar la actuación impugnada de contraria a Derecho. Y estimamos que no es la motivación de la sentencia la que ha de valorarse, porque ello supondría una tautología, en cuanto, porque constituye esa irregularidad, es por lo que la decisión se anuló. Muy al contrario, estimamos que lo decisivo a la hora de examinar esas exigencias de la razonabilidad de la decisión ha de buscarse en la misma motivación de la decisión ya anulada y los antecedentes en que se basó, porque es precisamente en esa motivación donde el ordenamiento fija la justificación de la actuación de la Administración, que es la finalidad de la motivación de los actos, que precisamente impone de manera especial para los actos discrecionales el artículo 54 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común.”*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 15 de febrero de 2006 tuvo entrada en la Consejería de Sanidad un escrito de x., en nombre y representación de x., en el que formula reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración regional y solicita indemnización de los daños y perjuicios causados por la apertura indebida de una farmacia, autorizada en su día a x. en el núcleo de población de El Secano o Barrio de San Blas, entre Torrealgüera y Beniaján.

Alega, en síntesis, que con fecha 15 de febrero de 2005 la Sala Tercera del Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por él contra la STSJ de Murcia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 25 de enero de 2002 y, en consecuencia, quedó anulada la autorización para instalación de farmacia que fue otorgada al señor x., en el paraje antes mencionado, el 15 de abril de 1996 mediante resolución del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Murcia, confirmada por Orden de 4 de abril de 1997 del Consejero de Sanidad. Reproduce a tal efecto los fundamentos jurídicos tercero a quinto de la citada STS, en los que el Tribunal Supremo considera, en contra de lo sostenido en su día por el citado Colegio Profesional, la Consejería y el TSJ de Murcia, que en el caso de autos no concurría el requisito de una población mínima de 2000 habitantes en el núcleo de población delimitado al efecto para instalar la farmacia que se había solicitado al amparo del supuesto excepcional previsto en el entonces vigente artículo 3.1,b) del Real Decreto 909/78, de 14 de abril.

Considera el reclamante que durante el periodo en que estuvo abierta la farmacia del señor x., disminuyeron los ingresos en la suya (la más cercana a la de aquél, según informe de medición que aporta), en la cantidad de 559.408,22 euros, conforme con un informe pericial de economista que aporta, si bien señala que tal cantidad deberá actualizarse cuando la farmacia del señor x. quede definitivamente cerrada, y sin perjuicio de lo que resulte de la prueba documental que adicionalmente propone; prueba que se detallará en un posterior Antecedente.

Asimismo, alega que los citados perjuicios fueron reconocidos por el Auto del TSJ de Murcia de fecha 29 de septiembre de 1997 que, al denegar su petición de suspensión del acto impugnado (la autorización de apertura), señaló que cualquier perjuicio para el recurrente podría ser satisfecho por la Administración, dada su solvencia económica.

Por otra parte, y como antecedentes de la litigiosidad sobre el asunto en cuestión, señala que en enero de 1989 la Consejería de Sanidad le concedió al señor x. una primera autorización de instalación de farmacia en un paraje similar, que fue anulada por STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Murcia, de 17 de octubre de 1991, por lo cual formuló en su día una pretensión indemnizatoria análoga a la presente, que fue desestimada por STSJ de 14 de julio de 1998, por haber prescrito la acción de reclamación.

A su escrito de reclamación acompaña copia de los siguientes documentos:

- Poder notarial conferido al representante del interesado.
- Testimonio de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2005.
- Testimonio del Auto del TSJ de Murcia de 29 de septiembre de 1997.
- Escrito instando al TSJ la ejecución de la citada Sentencia, presentado el 16 de diciembre de 2005.
- Providencia de la citada Sala del TSJ, de 5 de octubre de 2005, ordenando el cumplimiento de la Sentencia.
- Informe de medición de la distancia existente entre las farmacias de los Sres. x, y, z., situadas entre Torreagüera y Beniaján.
- Informe realizado por “-, S.L.”, relativo al análisis de la evolución del negocio de farmacia de x. en los ejercicios 1997 a 2005.
- Certificado del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Murcia, de 11 de enero de 2006, sobre número de recetas dispensadas y volumen de ventas para los ejercicios 1997 a 2004 correspondientes a la farmacia del reclamante.
- Certificado del Instituto Nacional de Estadística, de 16 de enero de 2006, sobre evolución del padrón municipal de habitantes en el núcleo de El Secano desde mayo de 1996 a enero de 2005.
- Extracto de las memorias del citado Colegio Profesional de los años 1997 a 2004, relativo a la evolución de recetas y volumen de gestión en dichos ejercicios, en el ámbito de dicho Colegio.
- Informe realizado por “-, S.L” sobre análisis del incremento de ventas de farmacia de x. para los ejercicios 1994-1995.

Respecto de los antecedentes expuestos en su reclamación relativos a la anulación de una anterior autorización de farmacia otorgada al señor x., al posterior cierre de la misma y a la desestimación, por prescripción, de una reclamación indemnizatoria formulada en su día por el reclamante con base en la citada anulación, aporta lo siguiente:

— Fotocopia de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Murcia de 17 de octubre de 1991.

— Fotocopia de la Sentencia del TS de 22 de marzo de 1994, confirmatoria de la anterior.

— Fotocopia del certificado de la Consejería de Sanidad, de 4 de octubre de 1994, relativa al cierre de la farmacia en cumplimiento de la STSJ de 17 de octubre de 1991.

— Fotocopia de la Orden de la Consejería de Sanidad y Política Social, de 12 de febrero de 1996, desestimatoria de la reclamación de daños y perjuicios, por prescripción de la acción resarcitoria.

— Fotocopia de la Sentencia del TSJ de 14 de julio de 1998, confirmatoria de la anterior Orden.

—Fotocopia del Auto del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 2000 declarando la inadmisión del recurso de casación interpuesto contra la anterior sentencia.

**SEGUNDO.-** El Director General de Planificación, Financiación Sanitaria y Política Farmacéutica, mediante Resolución de 27 de septiembre de 2006, acordó la iniciación del expediente de Responsabilidad Patrimonial, nombrando instructora del procedimiento, lo que se notificó al interesado.

**TERCERO.-** El 13 de octubre de 2006 la instructora dictó providencia por la que requería al reclamante la subsanación de diversos extremos de la solicitud inicial, en virtud de lo establecido en los artículos 32 y 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y el artículo 6.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RRP).

**CUARTO.-** El representante del interesado presentó el día 2 de noviembre de 2006 un escrito contestando al requerimiento de subsanación, acompañando la siguiente documentación:

—Fotocopia del DNI del interesado, que firma el escrito junto con el representante.

—Fotocopia de escritura de poder notarial de 24 de mayo de 2001.

Además, en dicho escrito señala que, como la farmacia en cuestión fue clausurada efectivamente el 3 de octubre de 2006, en breve plazo presentaría un informe económico actualizado, evaluando los perjuicios causados por el funcionamiento de dicha farmacia en los años 2005 y 2006, hasta dicho cierre. Asimismo, vuelve a solicitar la práctica de las pruebas interesadas en su escrito inicial de reclamación.

**QUINTO.-** El 16 de noviembre de 2006, se acuerda la apertura del periodo probatorio, lo que se notifica al interesado el 22 de noviembre de 2006.

I. En la providencia instructora dictada al efecto se admiten determinadas pruebas propuestas por el interesado, incorporando al expediente copia compulsada de los documentos relativos a la autorización y cierre de la farmacia de x. que motiva la presente reclamación indemnizatoria.

De dicha documentación se desprende, entre otros extremos, y según las oportunas certificaciones que, en virtud de la autorización de referencia, la farmacia del señor x. fue abierta con fecha 21 de mayo de 1997 y fue clausurada, en cumplimiento de la STS de 2005 antes citada, el 3 de octubre de 2006.

II. Se rechaza la práctica de otras pruebas, por considerarlas manifiestamente improcedentes o innecesarias, en estos términos:

A) Se rechaza la práctica de la prueba solicitada consistente en que se oficie al Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia, para que certifique el número e importe de las facturas presentadas y abonadas al Sr. x. por el SOE (seguro obligatorio de enfermedad) durante el tiempo que ha permanecido abierta su oficina de farmacia, desde el año 1996, en El Secano o Barrio de San Blas, entre Torreagüera y Beniaján, por las siguientes razones:

a) La facturación al SOE por parte de las Oficinas de Farmacia se realiza a través del Colegio Oficial de Farmacéuticos, que actúa como entidad colaboradora del Servicio Murciano de Salud en virtud del Concierto por el que se fijan las condiciones para la ejecución de la prestación farmacéutica a través de las Oficinas de farmacia de la Región, suscrito entre el Servicio Murciano de Salud y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región el día 26 de marzo de 2003, con una vigencia de cinco años (cláusula undécima). El concierto tiene naturaleza administrativa y así se recoge en la cláusula segunda. En consecuencia, los Colegios farmacéuticos actúan en éste ámbito como Administración Pública, estando sometidos a las normas de derecho público.

En la cláusula séptima del concierto se contempla la confidencialidad de los datos, que sólo podrán ser utilizados para la facturación y, en su caso, para los usos permitidos por la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal, a la que queda plenamente sometida.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter Personal (LOPD), establece en su artículo 21.1 que los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las Administraciones públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán comunicados a otras Administraciones públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos.

Por tal motivo, se considera que la Consejería vulneraría la citada Ley Orgánica si solicitase al Colegio Oficial de Farmacéuticos la prueba propuesta que, por lo demás, estaría en la obligación de denegarla, ya que a quien tiene obligación de comunicar estos datos es a la administración tributaria, según el artículo 93 de la Ley General Tributaria.

b) Por otra parte, al margen de la imposibilidad legal de solicitar dicha prueba, la misma hay que considerarla también improcedente, en tanto que en este supuesto de responsabilidad se está dilucidando un lucro cesante, por lo que, en su caso, los datos económicos a tener en cuenta serían los del propio reclamante.

B) Se rechaza la práctica de la prueba solicitada consistente en que se requiera al Ilustre Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia para que, en relación al tiempo transcurrido desde la fecha de apertura hasta la de cierre de la oficina de farmacia del Sr. x., certifique acerca de los siguientes extremos:

a) Proporción o media estimativa de ventas de medicamentos en régimen libre y otros productos de parafarmacia, en relación con los del Seguro Obligatorio, según media regional y conforme a los datos que se posean.

b) Márgenes comerciales de los farmacéuticos en la venta de medicamentos, dietética y parafarmacia desde el año 1996.

Dicha prueba se considera improcedente en tanto que en este supuesto de responsabilidad se está dilucidando un lucro cesante, por lo que, en su caso, los datos económicos a tener en cuenta serían los del propio reclamante, que debe probar las presuntas ganancias dejadas de percibir de forma rigurosa, objetiva y desprovista de todo matiz subjetivista o presuntivo, de modo que las pruebas contribuyan a que los perjuicios supuestamente producidos queden individualizados con rigor. Y, siendo la prueba una carga del reclamante en virtud del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, le corresponde la acreditación de los daños que se alegan derivados de la anulación del acto.

**SEXTO.-** El 1 de diciembre de 2006 se solicita informe al Servicio de Régimen Jurídico de la Consejería, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10.2 RRP.

**SÉPTIMO.-** El día 13 de diciembre de 2006 tiene entrada en la Consejería de Sanidad un escrito del interesado al que adjunta un informe económico de 4 diciembre de 2006, en el que se realiza el análisis de la evolución de su negocio de farmacia desde 1997 a 2006, solicitando el reclamante que se admita en cuanto a los datos referidos a la evaluación del periodo comprendido entre el 1 de enero y 3 de octubre de 2006.

Con los mismos criterios utilizados en el previo informe de 6 de febrero de 2006 (resumidos por el reclamante en el escrito reseñado en el Antecedente Décimo), se concluye que los perjuicios totales causados al mismo por la indebida apertura de farmacia ascienden a 798.587,66 €,

**OCTAVO.-** El día 14 de diciembre de 2006 se emite el informe jurídico interesado que, en síntesis, expresa lo siguiente:

1. No se ha acreditado que, tras la apertura de la oficina de farmacia del Sr. x., la del reclamante Sr. x. haya tenido un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado, cuya determinación y cálculo corresponde al reclamante que, al tratar de probar la concurrencia de un supuesto lucro cesante, debería llevar a cabo la práctica rigurosa de pruebas al efecto, no consistente en una mera especulación o expectativa, al tratarse de lucro cesante o ganancias dejadas de percibir, circunstancia que no ha quedado probada con los documentos aportados junto con la reclamación.

2. En cuanto al nexo causal entre la autorización de la apertura de la oficina de farmacia de x. y el lucro cesante de la oficina de farmacia del reclamante, no resultando acreditada la existencia de daño alguno, difícilmente puede establecerse relación causa-efecto entre el actuar de la Administración y algo que no existe.

3. El reclamante no ha realizado labor probatoria alguna en orden a establecer el mencionado nexo causal, limitándose a señalar que *“la relación de causalidad viene determinada por*



*el funcionamiento del servicio público, al autorizar, sin concurrir los requisitos legales, una oficina de farmacia”, transcribiendo parte del fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2005, así como parte de sus fundamentos tercero, cuarto y quinto.*

4. No existe lesión antijurídica, al estar ante un ámbito normativo en el que la Administración resuelve aplicando conceptos jurídicos indeterminados que son determinantes de la resolución, reconociendo la jurisprudencia en estos casos un margen de apreciación a la Administración en tanto sea ejercitado dentro de márgenes razonables, según criterios que, siendo opinables, dentro de la relatividad que a toda decisión jurídica imprime la estructura problemática de la ciencia del Derecho, considere ser los más adecuados a la legalidad vigente, aun cuando tales criterios no prosperen en la revisión jurisdiccional. No estamos en supuestos de aplicación pura y simple del derecho, sino que se requiere una apreciación subjetiva del conjunto de pruebas aportadas en el expediente.

5. No cabe deducir, de la final discrepancia con el criterio seguido por la Administración autonómica en el otorgamiento de la apertura de farmacia en cuestión, la procedencia de obtener con ello una indemnización por los eventuales perjuicios sufridos por dicha apertura.

Considera por todo ello que procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial.

**NOVENO.-** El 10 de enero de 2007 se concede el preceptivo trámite de audiencia al interesado, que el 16 siguiente comparece y, tras examinar el expediente, obtiene copia del informe jurídico citado. El 18 siguiente se persona nuevamente y obtiene copia de la Resolución del Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia de 15 de abril de 1996, favorable a la autorización de apertura de oficina de farmacia instada por x., y de la Orden de la Consejería de Sanidad y Política Social, de 4 de abril de 1997, que confirma la Resolución de 15 de abril de 1996, del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Murcia.

**DÉCIMO.-** El 24 de enero de 2007 el interesado presenta escrito de alegaciones en el que, en síntesis, expone lo siguiente.

Por lo que se refiere al daño efectivo e individualizado en el patrimonio del reclamante, en forma de lucro cesante, alega que en el informe económico no se dice que este lucro cesante coincida con el importe de las ventas obtenido por la farmacia cuestionada, sino que la cantidad reclamada es la mitad del importe obtenido después de calcular el coste farmacéutico por habitante en la Región, aplicando dicho importe a la población empadronada en El Secano y sumando un 20% en concepto de ventas libres, aplicando un margen del 29,9% de beneficio comercial sobre ventas y dividiendo el resultado por dos, al existir otra farmacia cercana. Precisa que el dato del 29,9% lo obtiene de un informe sobre la economía de la distribución de especialidades farmacéuticas en España, elaborado por autorizados expertos y publicado en 1995, por lo que, por tanto, el gasto relativo a la compra de los medicamentos y demás productos es del 70,1%. Añade que la razón por la que en el informe no se recojan otra clase de gastos es porque, como se dice en el mismo, la estructura de costes de su farmacia no se hubiera visto modificada por el incremento de las ventas que hubiera podido haber realizado en los años en que estuvo abierta la del señor x., porque la suya disponía tanto de medios como de personal suficiente para haber hecho frente a tal incremento, por lo que no sería lógico contemplar los gastos de la farmacia de éste para determinar el lucro cesante reclamado.

Por lo que se refiere a la relación de causalidad entre el funcionamiento (anormal) del servicio público, en forma de anulación de una autorización de apertura de farmacia, y el daño por el que se reclama, alega que dicha relación es innegable, pues cuando se abre una nueva farmacia, la más próxima existente experimenta un descenso de sus ingresos, especialmente al tratarse de productos farmacéuticos iguales y la mayoría con el mismo precio oficial y a los que se acude habitualmente por necesidad.

En lo que atañe a la antijuridicidad de la lesión y a la inexistencia de deber jurídico del reclamante de soportar el daño que dice causado, alega que, aun partiendo de la jurisprudencia existente, no está de acuerdo en que la infracción cometida, al autorizar indebidamente la farmacia en cuestión, se encuentre dentro de los límites normales de interpretación de los hechos y de la norma aplicable. Y ello porque los documentos considerados para determinar el número de vecinos exigido por la norma no reúnen los requisitos establecidos por reiterada jurisprudencia (que transcribe) relativa a la fecha de los hechos determinantes de la autorización, que deben referirse a la fecha de la solicitud de apertura, y al contenido y alcance de tales documentos, como señala la STS que anula la autorización de la farmacia de que se trata.

Finalmente, vuelve a solicitar la práctica de las pruebas que le fueron denegadas en su momento, sin rebatir lo razonado al respecto por el órgano instructor.

**UNDÉCIMO.-** El 3 abril de 2007 la instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, por las mismas razones aducidas en el informe reseñado en el Antecedente Octavo. Propuesta que, remitida a este Consejo Jurídico en unión del expediente tramitado y de su extracto e índice reglamentarios, constituye el objeto del presente Dictamen.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.-** Procedimiento.

Sin observaciones relevantes que formular a la propuesta de resolución dictaminada sobre la legitimación, el plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial y la competencia para resolver el presente procedimiento, debemos realizar algunas consideraciones sobre la denegación de la práctica de las pruebas propuestas por el reclamante a las que nos referimos en el Antecedente Quinto de este Dictamen.

I. Por lo que se refiere a la petición al Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia para que certificase el número e importe de las facturas abonadas al señor x. por cuenta del sistema sanitario público, durante el periodo en que estuvo abierta su farmacia, la instructora justificó tal denegación en que ello era obligado a la vista de lo establecido en el artículo 21.1 LOPD, que no permite la cesión de datos de una Administración Pública a otra para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias

que versen sobre materias distintas. Más allá de los problemas interpretativos que sobre este precepto ha destacado la doctrina, ha de decirse que el mismo no es aplicable al caso que nos ocupa, pues si, como señaló la instrucción, la obtención de los datos interesados es realizada por el citado Colegio en calidad de entidad colaboradora del SMS en virtud de un concierto suscrito con la Administración regional, mediante el que ésta le encomienda o delega (en un sentido amplio) la realización de dicha función, es claro que dicho Colegio no obtiene tales datos al amparo de competencias propias, sino de las que corresponden a la Administración regional en materia de sanidad y de ordenación farmacéutica, ejercidas en el marco de la colaboración establecida con la Administración estatal en materia de Seguridad Social para la financiación pública de las prestaciones farmacéuticas. Por ello, y en el supuesto de que el citado Colegio pudiera considerarse, en este caso y a los efectos de la LOPD, como una Administración Pública, debe aplicarse lo establecido en su artículo 21.2, que establece que *“podrán, en todo caso, ser objeto de comunicación los datos de carácter personal que una Administración pública obtenga o elabore con destino a otra”*. A este respecto debe añadirse que, aun cuando la finalidad última de la obtención de los datos en cuestión sea la de instrumentar la financiación de las prestaciones farmacéuticas por parte del sistema de Seguridad Social, en modo alguno el uso de tales datos en el presente procedimiento hubiera respondido a una finalidad *“incompatible”* con aquélla pues, de haber sido así, el artículo 4.2 LOPD hubiera impedido tal utilización.

II. Por otra parte, para denegar la práctica de la prueba anteriormente expresada, así como las demás reseñadas en el Antecedente Quinto (solicitud al citado Colegio de datos de carácter general sobre ventas de medicamentos en régimen libre y de productos de parafarmacia y sobre márgenes comerciales de los farmacéuticos), se alegó también por la instrucción que la petición versaba sobre datos no referidos de modo concreto a la farmacia del reclamante, considerando la instructora que sólo estos últimos son los aptos para acreditar un daño efectivo e individualizado en el patrimonio del reclamante, en forma de lucro cesante.

Sin embargo, conforme con lo establecido en el artículo 80.3 LPAC, sólo puede denegarse la práctica de pruebas *“manifiestamente improcedentes o innecesarias”*, siendo así que no concurre tal supuesto en el caso que nos ocupa, pues las pruebas solicitadas iban razonablemente dirigidas a la acreditación de extremos que, en principio, guardaban suficiente relación con la pretensión indemnizatoria deducida, único requisito exigible en dicha fase probatoria, sin perjuicio, claro está, de la valoración de tales pruebas en el momento de formular la propuesta de resolución. Así, los argumentos aducidos para la denegación de su práctica pueden ser utilizados en la propuesta de resolución para valorar su alcance en orden al éxito de la pretensión indemnizatoria de referencia, pero no puede prejuzgarse dicha cuestión en la fase instructora objeto de análisis.

No obstante la irregularidad cometida en su momento, no resulta ahora procedente retrotraer las actuaciones para la práctica de dichas pruebas, sino analizar la valoración que en este punto realiza la propuesta de resolución, en los términos que se expondrán seguidamente.

### **TERCERA.- El daño por el que se reclama indemnización.**

Uno de los presupuestos determinantes de toda reclamación de responsabilidad patrimonial es que se acredite que el funcionamiento del servicio público en cuestión ha ocasionado en el reclamante un daño (que debe ser antijurídico y no estar obligado a soportarlo, lo que

se analizará posteriormente) “efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas” (art. 139.2 LPAC).

En supuestos como el que nos ocupa, de reclamación de daños por el lucro cesante causado a un farmacéutico por el funcionamiento de una farmacia, cercana a la de éste, posteriormente clausurada por haberse anulado la autorización administrativa que la habilitaba, es necesario traer a colación lo expresado al respecto por la STS, Sala 3ª, de 7 de marzo de 2000, en un caso análogo al que nos ocupa, pues se trataba de determinar la existencia de un lucro cesante causado a una farmacia por la reapertura provisional de una farmacia cercana cuya autorización (es decir, cuyo funcionamiento) acabó declarándose improcedente:

*“Tercero. En cuanto a la concurrencia de los presupuestos necesarios para concretar la responsabilidad de la demandada, es preciso convenir que el daño producido (...) resulta imposible de soslayar tan pronto se tenga presente, como ya declaró esta Sala en Sentencia de 4 de diciembre de 1999 (RJ 199, 9612), que deriva del propio régimen de funcionamiento de las farmacias, sujeto a fuertes restricciones limitativas de la competencia en el sector, puesto que, siempre que haya de repartirse entre un mayor número de ofertantes, conforme ya quedó dicho, el servicio dispensador de medicamentos, se originará un lucro cesante para quienes en menor número, o en solitario conforme en el caso de autos sucedía, lo detentaran con anterioridad.*

*Sin embargo, afirmado el posible daño (...) no puede llegarse a la conclusión pretendida por la parte actora de que su cuantificación, simplemente, haya de ser producto de la aplicación del beneficio legalmente autorizado a la suma de las ventas con receta de la Seguridad Social, MUFACE e Isfas durante el periodo de funcionamiento de la oficina al principio concretado, más un tanto por ciento prudencial —el 10%— por la venta libre y la de productos parafarmacéuticos. Tampoco puede circunscribirse de forma necesaria e ineluctable, como pretende la demandada, al importe de la fianza cautelarmente señalada para acordar la suspensión, al ser éste un cálculo de mera probabilidad que puede o no ser rebasado, o incluso ser menor, en función de las circunstancias concurrentes y, sobre todo y en cuanto aquí interesa, en función del resultado probatorio producido en el proceso.*

*Cuarto (...). Por otra parte, la Sala no puede aceptar que este importe de facturación (se refiere la sentencia a la facturación de la farmacia luego clausurada), sin más, haya de coincidir con una correlativa facturación dejada de ingresar por el señor x. (el reclamante), habida cuenta que puede obedecer a otras circunstancias, muchas veces conectadas a la propia y personal labor desarrollada por los interesados, de difícil, por no decir imposible, mensurabilidad. Parece lógico, ya que se trata de determinar lo dejado de percibir por este último como consecuencia, según se ha dicho repetidamente, de la reapertura provisional (del funcionamiento, en general) de la farmacia primeramente mencionada, atender a la facturación, por los mismos conceptos antes expresados, efectuada por la farmacia del referido señor x. tanto en el periodo coincidente con el de funcionamiento de la farmacia oponente por consecuencia de la suspensión de la ejecución de la sentencia que decretó su cierre, como en el periodo inmediatamente anterior, a fin de determinar la, en su caso, merma de ingresos que pudiera razonablemente imputarse a los percibidos por la farmacia oponente a la del señor x. durante el meritado período de suspensión (...). La posible diferencia en menos que en el periodo subsiguiente de coexistencia pudiera detectarse respecto de ese periodo anterior, ha de constituir elemento de considerable importancia para la determinación de las ganancias dejadas de obtener por el mencionado, siempre, lógicamente, desde la perspectiva que arrojen cálculos promediados.*

*Por otra parte, al no poderse apreciar ningún principio de prueba del que la Sala pueda inducir la existencia de perjuicios por razón de una hipotética menor venta libre de medicamentos y productos parafarmacéuticos, es necesario concluir que el derecho de resarcimiento que a la parte aquí demandante se reconoce habrá de entenderse exclusivamente limitado al que arrojen las diferencias que quepa concretar por razón de las facturaciones y periodo de tiempo antes señalados. Es claro que la fijación apriorística de cualquier porcentaje —el 10% de lo facturado en concepto de recetas oficiales que se propone en la demanda— que no esté mínimamente soportado por algún principio de prueba, no puede ser acogido.”*

Asimismo, el Dictamen del Consejo de Estado de 2 de noviembre de 2000, relativo a un supuesto también similar al que nos ocupa, señala lo siguiente;

*“En cuanto al fondo del asunto, la reclamante establece, erróneamente, una correspondencia entre los beneficios que, a su juicio, ha dejado de percibir y los obtenidos por la sra.... Esta es una afirmación carente de fundamento, pues la interesada no acredita, en modo alguno, un descenso efectivo de sus ventas a consecuencia de la instalación de la farmacia de la sra.... Es más, ni siquiera intentó su prueba, pues la documental pública por ella solicitada no se dirige a demostrar el descenso de sus ventas, sino las ganancias obtenidas por la otra farmacéutica, y como ya se ha dicho, no puede establecerse una correspondencia entre ambos conceptos”.*

De lo anterior han de extraerse las siguientes conclusiones:

a) El importe de facturación de la farmacia indebidamente abierta no puede hacerse coincidir con una correlativa facturación dejada de ingresar por los titulares de las farmacias más cercanas a aquélla. Por tanto, los beneficios obtenidos por la primera no son necesariamente coincidentes con los que pudieran haber obtenido, en su caso, los titulares de las segundas. Ello implica que las pruebas solicitadas por el reclamante dirigidas a averiguar la facturación y beneficios de la farmacia del Sr. x. no son determinantes para acreditar el lucro cesante por el que reclama.

b) Ha de atenderse, según la transcrita STS, a la concreta facturación realizada por la farmacia del reclamante, tanto en el período coincidente con el funcionamiento de la farmacia indebidamente abierta como en el período “*inmediatamente anterior*”, para determinar así la influencia que ésta pudo tener en las ventas de la farmacia del reclamante. También podría considerarse como parámetro el período inmediatamente posterior a la clausura de la farmacia en cuestión.

c) En lo que atañe al porcentaje de venta libre de medicamentos y productos de parafarmacia, ha de estarse igualmente a los datos obtenidos a la vista de las concretas ventas de la farmacia del reclamante en los referidos periodos anterior, coetáneo y posterior al funcionamiento de la farmacia clausurada, y extraer de tales datos del reclamante el porcentaje a considerar en este punto.

Sin embargo, si se examina el sistema de determinación del lucro cesante empleado en los informes económicos aportados por el reclamante, resumido por éste en su escrito final de alegaciones (Antecedente Décimo), se advierte que en ellos no se hace ninguna referencia ni estudio a partir de datos concretamente referidos a la evolución del negocio en la farmacia de éste; por el contrario, se han utilizado criterios de cálculo que la STS antes reseñada no considera adecuados a los efectos pretendidos, al haberse empleado magnitudes

de carácter general que no sirven para individualizar con la necesaria concreción la existencia del daño por el que se reclama.

Lo anterior implica que, en la hipótesis de aceptarse la existencia de un daño en los intereses económicos del reclamante, en forma de lucro cesante por la minoración de ganancias causada por la coexistencia de su farmacia, durante un determinado periodo de tiempo, con la del Sr. x., ello no sería suficiente para estimar una pretensión indemnizatoria como la que es del caso, pues su viabilidad depende de que se acredite, por los medios adecuados y disponibles para el reclamante, la existencia de un daño económico que ha de ser individualizado en atención a sus concretos datos; daños que, en su caso, debían haber sido determinados con arreglo a los criterios antes expresados, lo que no ocurre en el caso.

**CUARTA.- Sobre el deber jurídico del reclamante de soportar el hipotético daño causado por el funcionamiento de la farmacia luego clausurada. Inexistencia de daño antijurídico indemnizable por la Administración.**

I. La propuesta de resolución objeto de Dictamen trae a colación la doctrina del Tribunal Supremo sobre el alcance de la responsabilidad patrimonial administrativa cuando el daño por el que se reclama (en la hipótesis de que exista y se individualice de forma adecuada, según lo expuesto anteriormente) dimane de la anulación judicial de un acto administrativo.

En este sentido, puede resumirse dicha doctrina en los términos empleados por la STS, Sala 3ª, de 11 de marzo de 1999, en el concreto extremo relativo a la eventual existencia de un deber jurídico del particular de soportar el daño derivado de la anulación de un acto administrativo:

*“El deber jurídico de soportar el daño en principio parece que únicamente podría derivarse de la concurrencia de un título que determine o imponga jurídicamente el perjuicio contemplado, tal sería la existencia de un contrato previo, el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria siempre que de ésta se derivasen cargas generales, o la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme de tal naturaleza; esto, que desde la perspectiva del funcionamiento de los servicios públicos aparece relativamente claro en su interpretación, se complica a la hora de trasladarlo a los supuestos de anulación de resoluciones administrativas.*

*En los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en arbitrariedad al estar ésta rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución. En estos supuestos parece que no existiría duda de que, siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables, debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que éste se llevase a cabo en los términos antedichos; estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo.*

*El caso que contemplamos, sin embargo, no se agota en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales dentro de los parámetros que exige el artículo 9.3 de la Constitución, sino que ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a estos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica al caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del*

*administrado, sino que la norma antes de ser aplicada ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución. En tales supuestos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto faltaría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones”.*

Como señala la propuesta de resolución, en materia de apertura de farmacias y, más específicamente, en el supuesto contemplado en el artículo 3.1,b) del RD 909/78, ya citado, la jurisprudencia pone de manifiesto la dificultad existente a la hora de precisar el alcance de los extremos relativos a la determinación del núcleo de población a considerar a estos efectos y al cómputo del número mínimo de 2.000 habitantes existentes en el mismo, como requisitos exigibles para permitir la autorización de una nueva oficina de farmacia.

En lo que se refiere al referido número de habitantes, resultó ser el requisito que, finalmente, la STS, Sala 3ª, de 15 de febrero de 2005 consideró que no concurría en el supuesto de autos, frente al criterio de los actos administrativos impugnados y el de la STSJ de Murcia de 15 de febrero de 2002 que los confirmó. A este respecto, se reconoce pacíficamente que el criterio a emplear para determinar la existencia de dicho número de habitantes no es el previsto para el supuesto regulado en el artículo 3.1, a) del citado Real Decreto (el censo municipal de población, que proporciona un dato formal y objetivo), sino que ha de estarse a la población real que, en dicho núcleo de población, habría de utilizar y beneficiarse de los servicios de la nueva farmacia que se pretende instalar.

En este punto, y según revela la jurisprudencia, los criterios utilizados han variado en el tiempo, conforme, esencialmente, al entendimiento y alcance que en cada momento se ha tenido del principio “*pro apertura*” que, según es sabido, rige en esta materia. Ello hace especialmente difícil asegurar la corrección de los pronunciamientos administrativos e incluso de los judiciales (como en el caso que nos ocupa), pues a lo anterior se une el inevitable casuismo propio de estos supuestos.

En el mismo sentido, resulta útil transcribir lo sostenido por el Consejo de Navarra en su Dictamen de 9 de octubre de 2000, sobre una pretensión indemnizatoria análoga a la del caso:

*“— El cómputo de los habitantes referido a la población real, como resulta de reiterada jurisprudencia, exige una apreciación por parte de la Administración, de acuerdo con los elementos de juicio disponibles y los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación, siendo un factor de frecuente y elevada conflictividad, cuya valoración última se determina por los órganos jurisdiccionales.*

— *Las sentencias que anulan el acto autorizatorio de la apertura en modo alguno aluden a que la administración actuase de forma arbitraria. Incluso la sentencia del Tribunal Supremo se refiere al principio pro apertura como elemento auxiliar en caso de duda razonable que, a la vista de los elementos de juicio disponibles, no aprecia la Sala en el caso.*

— *La flexibilización introducida en la regulación limitativa del establecimiento de oficinas de farmacia en virtud del principio pro apertura supuso al tiempo incorporar una dosis de complejidad e incertidumbre, de la que es muestra elocuente la elevada litigiosidad en la materia, con soluciones a la postre particulares en razón de las peculiares circunstancias de cada caso, sin desconocer también la existencia de varias líneas jurisprudenciales no siempre coincidentes o uniformes”.*

Precisamente por lo anterior, a la hora de analizar reclamaciones indemnizatorias como la que nos ocupa, y en el trance de hacer aplicación de la doctrina jurisprudencial antes expuesta acerca de la razonabilidad de una actuación administrativa posteriormente anulada, debemos destacar lo que expresa la STSJ de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 31 de enero de 2007, en el sentido de que *“para determinar que la actuación administrativa ha sido razonable no podemos centrarnos en la motivación de las sentencias que anulan la decisión administrativa, en concreto, en los razonamientos de esta Sala que llega a calificar la actuación impugnada de contraria a Derecho. Y estimamos que no es la motivación de la sentencia la que ha de valorarse, porque ello supondría una tautología, en cuanto, porque constituye esa irregularidad, es por lo que la decisión se anuló. Muy al contrario, estimamos que lo decisivo a la hora de examinar esas exigencias de la racionalidad de la decisión ha de buscarse en la misma motivación de la decisión ya anulada y los antecedentes en que se basó, porque es precisamente en esa motivación donde el ordenamiento fija la justificación de la actuación de la Administración, que es la finalidad de la motivación de los actos, que precisamente impone de manera especial para los actos discrecionales el artículo 54 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común.”*

II. Partiendo de lo anterior, y considerando que los únicos actos administrativos a analizar son la resolución del Colegio de Farmacéuticos de Murcia de 15 de abril de 1996 y la Orden de la Consejería de Sanidad de 4 de abril de 1997, confirmatoria de la anterior, por ser los que autorizaron la farmacia luego clausurada y a los que se imputa el daño por el que se reclama (debiendo descartar, por ello, toda referencia a otros actos administrativos previos, referidos a una anterior y diferente solicitud de farmacia por parte del señor x.), el análisis debe centrarse esencialmente en los hechos y alegaciones considerados en el procedimiento administrativo tramitado previamente al dictado de los citados actos, así como a la motivación contenida en los mismos, y no en los argumentos contenidos en la STS que los anuló y revocó la STSJ de Murcia que los confirmó en la instancia.

A este respecto, en el escrito final de alegaciones presentado en el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, el reclamante afirma que los citados actos no incurrieron en infracciones jurídicas que puedan considerarse dentro de los límites normales de interpretación de los hechos concurrentes y de las normas aplicables, por las razones que se expresan y analizan a continuación.

1. En lo que se refiere al valor y alcance del certificado de la Junta Vecinal de Torreagüera tomado en su día en consideración por el Colegio y la Consejería competentes, afirma en dicho escrito que *“dicho informe, al que se le da una importancia trascendental, conforme en su momento puso de manifiesto mi representado, contiene innumerables duplicidades de*



*vecinos, fallecidos, no residentes, calles como la x., más cercanas a la oficina de farmacia de mi representado y, a pesar de todo, quedaba lejos de los 2.000 habitantes y, lo que es más importante, estaba elaborado transcurridos más de cinco meses desde que se llevó a cabo la solicitud de autorización de apertura de oficina de farmacia”.*

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las deficiencias que ahora expresa no fueron alegadas durante la tramitación del procedimiento ante el reseñado Colegio Oficial. Si se examina el relato de antecedentes de hecho contenido en la resolución del Colegio de 15 de abril de 1996, se advierte que el interesado no hizo referencia alguna a dicho certificado; y, por lo que se refiere a la necesidad de excluir del cómputo a los habitantes de la calle x., que sí fue alegado en el procedimiento, la citada resolución contestó dicha alegación señalando que ello no era procedente porque tal calle se encontraba dentro del núcleo de población delimitado por el solicitante (fundamento jurídico quinto, último párrafo); delimitación de núcleo que fue confirmada por la STSJ de Murcia y no fue cuestionada por el reclamante ante el Tribunal Supremo, que en su recurso de casación limitó su impugnación al requisito legal sobre el número mínimo de habitantes.

2. Además, no pueden aceptarse las alegaciones referentes a la inclusión en dicho certificado de datos duplicados, personas fallecidas o no residentes, pues ni se han acreditado ni la STS anulatoria de los actos recoge tales extremos. Ciertamente ha de admitirse, pues así lo señala dicha sentencia, que en el certificado no consta el método de recogida de los datos y de elaboración del recuento, pero también debe señalarse que las razones aducidas en su día por la Administración para aceptar la validez de tal certificación son plausibles y no irrazonables, aunque no fueran, en última instancia, compartidas por el Tribunal Supremo.

Así, en el fundamento de derecho segundo de la Orden del Consejero de Sanidad de 4 de abril de 1997 se expresa lo siguiente:

*“Que existen en la zona los 2.000 habitantes preceptivos. Por una parte hay un informe de la Presidenta de la Junta Vecinal, que indica que en El Secano hay muchos habitantes no censados y a tal efecto relaciona un listado con 2.100 personas, especificando nombre, calle y número en que viven. Ciertamente es que en algunas Sentencias el Tribunal Supremo no admite informes de Alcaldes pedáneos cuando no se sustentan en parámetros concretos y contienen vagas manifestaciones, pero ello no sucede en el presente caso, porque se trata de una relación exhaustiva con datos suficientes. Indudablemente, esto no es óbice para que, dada su minuciosidad, pueda existir un pequeño porcentaje de error o algunas variaciones posteriores. Del referido listado se deben excluir 165 habitantes pertenecientes a “—“ y “—“ por ubicarse fuera del núcleo propuesto, pero no los habitantes de la C/”—“, como propugna el recurrente Sr. x., porque aunque hipotéticamente existiese algo menos de distancia respecto de la oficina instalada, dicha calle se integra dentro del núcleo delimitado, estando separado por la rambla del Garruchal. Por tanto, en atención a lo expuesto, la cifra resultante ascendería a 1.935 personas, muy próxima a los 2.000 y ello sin contabilizar siquiera los trabajadores y docentes de la zona que no viven en El Secano, según certificados aportados por el peticionario”.*

3. Por otra parte, el que el certificado en cuestión fuera de fecha cinco meses posterior a la de la presentación de la inicial solicitud de autorización, no excluía que pudiera ser válidamente tenido en cuenta para resolver, pues aún siendo cierto que los hechos a considerar a este respecto han de referirse al momento de la petición, el alcance de tal requisito no es entendido por los Tribunales de un modo tan riguroso que impida valorar datos o documentos que, aun posteriores, no están muy lejanos en el tiempo a esa fecha inicial.

Así, la misma STS anulatoria de los actos en cuestión señala que “*descartados los datos que resultan de documentos muy posteriores en el tiempo a la solicitud de autorización, como son las certificaciones antes indicadas sobre suministros y viviendas de 1998, cabe valorar las certificaciones y documentos que corresponden a fechas más próximas a la solicitud*” (f.j.4º), admitiendo, por ejemplo, los informes y certificados de 10 de enero y 19 de diciembre de 1995, y de 12 de enero, 27 de febrero y 29 de marzo de 1996.

A esta circunstancia no debe ser ajeno el hecho de que, aunque el primer escrito del señor x. solicitando la farmacia fuera presentado el 8 de octubre de 1994, en fechas posteriores, en concreto el 22 mayo de 1995 y 8 de marzo de 1996, presentó sendos escritos en los que insistía en la viabilidad de la farmacia solicitada, aportando nuevos documentos (entre ellos la comentada certificación de la Junta Vecinal de Torreagüera), pudiendo considerarse que tales escritos constituían una mejora y/o actualización de su inicial solicitud, lo que resulta plenamente admisible siempre que los oponentes a la misma, como el reclamante, tengan la posibilidad de conocer tales documentos en vía administrativa, formular alegaciones y presentar las pruebas que consideren oportunas, como consta que sucedió en el procedimiento de referencia. Todo ello, obviamente, sin perjuicio de los efectos que tal actuación pueda tener en relación con otros eventuales peticionarios de farmacia, lo que constituye una cuestión distinta de la que aquí se trata.

Por todo ello, no puede aceptarse que la toma en consideración de los datos incluidos en el tan repetido certificado, o en los documentos de 1995 y 1996 antes reseñados, haya de reputarse contraria a Derecho a los efectos de resolver la petición de autorización de la farmacia en cuestión. Y es claro que los documentos de fecha posterior a la de aquéllos que la citada STS consideró inadmisibles para decidir la cuestión planteada, no pudieron ser tomados en consideración en vía administrativa porque en tales fechas ésta ya había concluido; y el que fueran aceptados a estos efectos en el proceso contencioso-administrativo que culminó con la STSJ de 25 de enero de 2002 fue un criterio que no puede imputarse a la Administración regional, sino a la referida sentencia (utilizado, por cierto, para abundar en los extremos de hecho que, a su juicio, ya mostraban los datos obrantes en los documentos presentados en la vía administrativa).

4. Asimismo, el reclamante aduce en su escrito final de alegaciones que los documentos aportados en su día por el peticionario no expresaban que los datos que contenían, relativos al número de viviendas y a contratos de suministro de electricidad y de agua en el núcleo de población delimitado al efecto, se referían a viviendas terminadas y habitadas, como exige la jurisprudencia. A este respecto debe decirse primeramente que la inmensa mayoría de las sentencias que cita como representativas de tal jurisprudencia son de fecha posterior a la Orden de abril de 1997 confirmatoria de la resolución autorizatoria del Colegio de Farmacéuticos de Murcia, por lo que no deben ser consideradas como parámetro para evaluar la razonabilidad de los actos administrativos en cuestión.

Por otra parte, y en todo caso, tales actos contienen una motivación que ha de considerarse plausible y adecuada, en principio, para llevar a la convicción de que en el referido núcleo existía una población estable de 2000 habitantes que debían beneficiarse con la implantación de una nueva farmacia.

Así, en el fundamento de derecho segundo, letras ll) y m) de la mencionada Orden de la Consejería, se expone lo siguiente:

*“En esta misma línea, además del mencionado listado, se ha aportado un informe técnico que indica la existencia de 598 viviendas, al margen de las 775 proyectadas. Asimismo, en atención al plano con el núcleo propuesto, se ha aportado un certificado de x. que refleja la existencia de 580 contratos en la zona y otro de x. que indica que el número de contratos asciende a 473 con 8 colectores que abastecen a 75 viviendas. Posteriormente, se presentan nuevos certificados de fecha más reciente que reflejan un cierto aumento de estos suministros.*

*De estos certificados se desprende que en la zona existe una cifra aproximada de unas 560 a 580 viviendas. En tal sentido, teniendo en consideración la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo que aplica un promedio de 4 habitantes por vivienda, nos daría un volumen poblacional que rondaría los 2.240 o 2.320 habitantes. En consecuencia, cabe concluir que se alcanzan los 2.000 habitantes preceptivos, debiendo, en todo caso, aplicar el principio pro-apertura y de mejora del servicio, máxime si se tiene en consideración las características propias y diferenciadas del núcleo propuesto.”*

III. Quiere decirse, en fin, que la Administración realizó una valoración razonada y razonable de los elementos de juicio de que disponía en el procedimiento administrativo, para llevarle a la convicción de que en el núcleo de población delimitado al efecto existía una población real y estable que alcanzaba la cifra de los 2.000 habitantes exigida por la norma. Ello sin perjuicio de que, en última instancia, dicha apreciación no fuera corroborada por la STS tan citada, que se enmarca en una línea jurisprudencial correctora de una corriente de interpretación expansiva del principio “pro apertura” que venía siendo dominante en las fechas en que se produjeron los actos administrativos anulados, que fueron dictados entre ocho y nueve años antes de la misma, lo que también debe ser tenido en cuenta para enjuiciar la pretensión indemnizatoria que ahora se analiza.

Por todo lo expuesto, hemos de concluir que no pueden aceptarse las alegaciones del reclamante sobre la irrazonabilidad de la decisión adoptada en su día por la Administración regional. Por tanto, los daños que, en hipótesis, pudieran ser individualizados y cuantificados adecuadamente en el patrimonio del reclamante, derivados de la coexistencia de su farmacia con la del señor x. durante un periodo de tiempo, no pueden ser calificados de antijurídicos a los efectos de declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, conforme con lo establecido en los artículos 139 y siguientes LPAC y la doctrina jurisprudencial que debe ser aplicada en supuestos como el que nos ocupa, por lo que procede la desestimación de la reclamación objeto de Dictamen.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No resulta debidamente acreditado e individualizado el daño por el que se reclama la indemnización a que se refiere el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial, por no emplearse los criterios adecuados al efecto en esta clase de reclamaciones, según lo razonado en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- Sin perjuicio de lo anterior, los daños que pudieran considerarse al respecto no pueden calificarse de antijurídicos a los efectos de su resarcimiento por la Administración regional, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta de este Dictamen.

**TERCERA.-** Por todo lo anterior, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, desestimatoria de la reclamación de referencia, se informa favorablemente en su parte dispositiva, si bien su motivación debería completarse, incluyendo, siquiera en síntesis, lo expresado al respecto en el presente Dictamen.

No obstante, V. E. resolverá.

**DICTAMEN 180/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 11/11/08**

**Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 32/2008.*

**DICTAMEN 181/08.- Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.**

**Consultante: Consejera de Hacienda y Administración Pública (2007)**

**Fecha: 11/11/08**

**Extracto de Doctrina**

*(...) aun cuando los contenidos de los capítulos citados integrantes del Proyecto, se sustentan en el título competencial en materia de casinos, juego y apuestas (artículo 12. Uno, 22 EAMU), determinados aspectos de la regulación inciden en otras competencias autonómicas, que no pueden desconocerse y que no se residencian en la Consejería proponente, como los relativos a la defensa del consumidor y usuario (artículo 11.7 EAMU), cuyo ejercicio se encuentra hoy atribuido a la Consejería competente en materia sanitaria (Decreto 26/2008, de 25 de septiembre, de Reorganización de la Administración regional). Tampoco es ajeno a la regulación de estos establecimientos las competencias regionales en materia de espectáculos públicos (artículo 12. Uno, 24), pues basta para deducirlo examinar el artículo 3 del texto sobre los servicios ofertados por estos establecimientos (servicio de restaurante, salas de espectáculos o fiestas), o el 18.1 sobre la necesidad de contar con su informe para modificar el horario máximo de apertura.*

## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 27 de julio de 2007, el Director General de Tributos remite para su tramitación al titular de la Secretaría General un primer borrador del Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, acompañando la siguiente documentación:

a) La Memoria Justificativa suscrita por el titular del centro directivo en la misma fecha (folios 40 a 54), en la que se destaca que la elaboración de este texto, cuya aprobación implicará la derogación del reglamento vigente, incorpora las experiencias proporcionadas por la gestión realizada en la ordenación de este juego, la aplicación de las nuevas tecnologías, tanto en el desarrollo del juego como en las medidas de control de accesos, y los juegos que se introducirán en el Catálogo de Juegos tramitado paralelamente. Destaca el alto grado de consenso finalmente alcanzado con la asociación representativa del sector y detalla la motivación técnica y jurídica de las modificaciones introducidas al texto vigente. En relación con la tramitación, se indica que se ha prescindido del trámite de audiencia, al amparo de lo previsto en el artículo 53.3,d) de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, por cuanto las asociaciones que agrupan o representan a los ciudadanos en materia de juego y apuestas, y consumidores, se integran y participan en la Comisión de Juegos y Apuestas de la Región de Murcia, que informó el Proyecto el 31 de enero de 2006. Dicha Memoria contiene también un apartado relativo a la repercusión económica de la disposición, indicando que no va a suponer un mayor coste económico, y respecto al impacto por razón de género, especifica que no contiene dición o referencia discriminatoria.

b) El escrito de la audiencia otorgada a la Asociación Española de Casinos de Juego y la contestación de dicha Asociación (folios 55 y 56) que agradece, en primer lugar, a la Administración regional la favorable acogida que han tenido las propuestas presentadas por el sector para actualizar el Reglamento de Casinos. Posteriormente, dicha Asociación presentaría un nuevo escrito (folio 59), en el que expone su conformidad con el texto y su intención de no presentar alegaciones.

c) Las formuladas por la Asociación Independiente de Máquinas Recreativas y de Azar de la Región de Murcia (ASIMARE), concretamente, a la regulación proyectada de las salas desconcentradas previstas en el artículo 33 del Proyecto, solicitando que se fijen en el texto el número de este tipo de salas que podrán concederse a cada Casino de Juego, así como que se incorporen criterios objetivos que sirvan de análisis a la Administración para la concesión de dichas autorizaciones. Finalmente, considera dicha Asociación que las salas desconcentradas pueden responder a necesidades puntuales de zonas eminentemente turísticas, que demanden más servicios de ocio, lo que no ocurre con otras zonas de nuestra Región con población estable y mantenida en el tiempo (folios 57 a 58).

d) La certificación del acuerdo adoptado por la Comisión de Juego y Apuestas de la Región de Murcia el 31 de enero de 2006, informando favorablemente del Proyecto (folio 60).

**SEGUNDO.-** El 19 de noviembre de 2007, el Servicio Jurídico de la Consejería consultante emite informe al Proyecto de Decreto, realizando observaciones a la documentación que integra el procedimiento de elaboración, manifestando la necesidad de que un estudio valore económicamente el coste de la disposición reglamentaria, de acuerdo con la doctrina del Consejo Jurídico. También se realizan observaciones de técnica normativa y al alcance

de la habilitación al titular de la Consejería para el desarrollo del Proyecto del Decreto, así como al articulado del Reglamento, concretamente, a los artículos 2, 3, 4, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 18, 20, 22, 23, 25, 26, 28, 29, 33, y al Capítulo VIII (potestad sancionadora).

**TERCERO.-** Al segundo borrador del Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Casinos se incorporan las modificaciones resultantes de la estimación, en su mayor parte, de las observaciones del informe citado en el Antecedente anterior, según señala el Director General de Tributos (folios 78 a 113), incorporándose al procedimiento el informe favorable del Jefe de Servicio, en sustitución del correspondiente a la Vicesecretaría, al encontrarse vacante este último puesto, conforme a la Resolución del Secretario General de la Consejería consultante por la que se establece la suplencia del titular de la Vicesecretaría para la emisión de los informes a que se refieren los artículos 46 y 53 de la Ley 6/2004.

**CUARTO.-** El Consejo Económico y Social de la Región de Murcia (CESRM) emite su parecer el 14 de febrero de 2008, alcanzado las siguientes conclusiones:

*“1.- El Consejo Económico y Social valora positivamente el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia porque el mismo supone la incorporación al ordenamiento regional de los juegos y apuestas en los Casinos de Juego de las experiencias derivadas de la gestión realizada durante la vigencia del anterior reglamento, la aplicación de las nuevas tecnologías tanto en el desarrollo de los juegos como en los medios de control de acceso, y la adaptación del régimen de las garantías de carácter económico y patrimonial que requiere el desenvolvimiento de esta actividad.*

*2.- El CESRM quiere reiterar la sugerencia realizada en el Dictamen 13/2007 sobre el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en el sentido de que en la Comisión del Juego y Apuestas de la Región de Murcia se incorpore como miembro de pleno derecho un representante de las asociaciones de ayuda a las personas afectadas por trastornos adictivos relativos a la práctica de juegos de azar. En el mismo sentido reitera su petición de que la administración regional asuma la realización de un estudio sobre la incidencia de las ludopatías en la Región de Murcia.*

*3.- Este Organismo mantiene la opinión de que los trastornos adictivos relativos a la práctica de juegos de azar deben tener una consideración análoga, desde el punto de vista de las medidas de prevención articuladas por el ordenamiento jurídico, a los trastornos adictivos derivados del consumo de drogas, legales e ilegales. Por ello el Consejo Económico y Social considera que la regulación de la publicidad de los juegos de azar y, en concreto de los Casinos de Juego, debe estar sujeta a las mismas condiciones que el tabaco y las bebidas alcohólicas y, por tanto sugiere que en el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia se incorpore una disposición en este sentido, sin perjuicio de delimitar un período transitorio razonable que permita que se mantengan, durante el tiempo imprescindible, los compromisos adquiridos por las diversas entidades públicas.*

*4.- El Consejo Económico y Social de la Región de Murcia considera que la regulación de la posibilidad de apertura de salas desconcentradas de los Casinos de Juego incurre en un importante déficit desde el punto de vista de la necesaria seguridad jurídica, por*

*lo que considera necesario que en dicha regulación se incluyan criterios objetivos que fundamenten la autorización de este tipo de salas, al igual que ha hecho la normativa de la Comunidad Valenciana que, según se afirma en la Memoria Justificativa que acompaña al Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, ha sido una de las causas para incluir la regulación de este tipo de salas desconcentradas”.*

**QUINTO.-** La valoración de las observaciones del CESRM es realizada por el titular del centro directivo competente, mediante escrito de 14 de marzo de 2008, indicando que se han incorporado las modificaciones motivadas por las observaciones de su Dictamen, con las siguientes excepciones (folio 148):

*“La regulación de la publicidad de los juegos de azar será objeto de tratamiento específico en la Ley del Juego cuya modificación se está tramitando actualmente.*

*La regulación de las nuevas tecnologías aplicadas a los juegos de azar (internet y telefonía móvil), de acuerdo con la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, se mandara al Gobierno para presentar un proyecto de ley que regule las actividades de juego y apuestas realizadas a través de sistemas interactivos basados en comunicaciones electrónicas.*

*También la nueva Ley del Juego, antes citada, regulará los efectos del silencio administrativo en el ámbito de los juegos de azar.*

*La alusión al tronco de propinas que se hacía en el proyecto inicial fue suprimida en atención al informe emitido sobre este Proyecto por el Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública.*

*Se excluyen las referencias a las personas jurídicas de naturaleza civil porque la titularidad de las empresas de casino que revistan forma societaria queda reservada a las de carácter mercantil”.*

**SEXTO.-** Resultado del anterior trámite es el tercer borrador del Proyecto de Decreto (folios 149 a 184), que es sometido a informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Administración regional, que lo emite el 30 de abril de 2008 con carácter favorable, a excepción de las siguientes observaciones:

1º) En cuanto al procedimiento de elaboración se incide en la carencia de un estudio económico sobre el coste de la aplicación de la norma, en la insuficiencia del informe de impacto por razón de género, al igual que se destaca que la certificación del acuerdo de la Comisión de Juego y Apuestas, a los efectos que se pretenden, ha de ser sustituida por una copia del acta que contenga los requisitos reseñados en el artículo 27 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Respecto al informe del Jefe de Servicio Jurídico, que suple al correspondiente a la vicesecretaría, se indica que, tras el Decreto 149/2007, de 6 de julio, corresponde a la titular de la Consejería designar al sustituto entre los restantes órganos directivos de la misma, no ostentando dicha condición el Servicio Jurídico. No obstante, en su defecto habría de acudir a lo dispuesto en el artículo 17.1 LPAC, debiendo consignarse esta circunstancia en la antefirma del informe.

2) Respecto al articulado del Reglamento se realizan observaciones a los artículos 6, 9, 11, 16, 17, 18, 19, 33, 28, 33 y 34.

3) Se recomienda que se incluya un régimen transitorio para determinar su incidencia en las autorizaciones otorgadas con anterioridad.

4) Por último, se aconseja una revisión gramatical del texto.

**SÉPTIMO.-** Tras la valoración de las observaciones precitadas y la incorporación de las mismas al texto, salvo la aplicación a estos procedimientos de la Ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, el titular del Centro Directivo remite a la Secretaría General el cuarto borrador del Proyecto de Decreto, que constituye la versión definitiva (folios 219 a 254), acompañado de la ampliación del estudio económico de la repercusión del Reglamento de Casinos de Juegos realizada por el Jefe de Servicio de Gestión y Tributación del Juego, y de una copia del acta íntegra de la sesión de la Comisión de Juego y Apuestas de la Región de Murcia en la se que informó el texto.

**OCTAVO.-** Con fecha 23 de mayo de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El expediente sometido a consulta versa sobre un Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en desarrollo de la Ley regional 2/1995, de 15 de marzo, Reguladora del Juego y Apuestas (en lo sucesivo Ley 2/1995), por lo que compete al Consejo Jurídico emitir el presente Dictamen con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

#### **SEGUNDA.-** Habilitación legal, competencia y naturaleza de la disposición.

Como ha tenido ocasión de reiterar el Consejo Jurídico en sus dictámenes sobre el desarrollo reglamentario de la Ley regional 2/1995 (por todos, el núm. 54/2008), la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (CARM en lo sucesivo) ostenta competencias exclusivas en materia de casinos, juegos y apuestas, conforme a su Estatuto de Autonomía (artículo 10.Uno, 22), cuya cita en la parte expositiva del Proyecto de Decreto enriquecería, indudablemente, los fundamentos del marco competencial en que se sustenta la materia reglamentada.

En desarrollo de las competencias estatutarias se aprobó la Ley 2/1995, ya citada, que ordena, con carácter general, las actividades relativas al juego y apuestas en sus distintas modalidades; en lo que afecta al objeto del Proyecto de Decreto, el artículo 12.2 de la Ley regional recoge, entre las modalidades de establecimientos y locales donde se pueden autorizar la práctica del juego, los Casinos de Juego, al tiempo que regula el otorgamiento de la autorización, que se llevará a cabo mediante concurso público, y los juegos que se pueden practicar en dichos establecimientos (artículo 13), así como las empresas que los organizan y explotan (artículos 19 y ss.) y el régimen sancionador.

Las previsiones legales fueron desarrolladas por el Decreto 26/1996, de 29 de mayo, por el que se aprueba el vigente Reglamento de Casinos de Juego, modificado puntualmente por el Decreto 13/2000, de 9 de marzo, cuya derogación ahora se propone (Disposición



derogatoria única del Proyecto de Decreto). Complementa la regulación de estos establecimientos, el Catálogo de Juegos y Apuestas, aprobado por Decreto 28/1996, de 29 de mayo, que contiene los juegos exclusivos de los Casinos de Juego y sus reglas de funcionamiento (Capítulo II), y el Decreto 8/2006, de 17 de febrero, que regula la inscripción en el Registro General del Juego de las prohibiciones de acceso a locales y salas de juego y apuestas.

El Consejo Jurídico considera acertada la opción de técnica normativa elegida, consistente en la sustitución completa del texto vigente, refundiendo las modificaciones añadidas, en lugar de limitar su contenido a las que se introducen al articulado, teniendo en cuenta su extensión y para garantizar un mejor conocimiento de la norma.

Por último, el Consejo de Gobierno se encuentra específicamente habilitado por la Ley 2/1995 para aprobar el presente reglamento, que ordena el juego en los Casinos (artículo 10.3), revistiendo la forma adecuada, conforme a las previsiones del artículo 25.2 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en lo sucesivo Ley 7/2004), sin perjuicio de las observaciones que se realicen sobre la ordenación temporal de las reformas en curso en este sector.

**TERCERA.- Sobre el alcance de las competencias regionales en materia de juego y otros títulos competenciales autonómicos que inciden transversalmente.**

Sobre el alcance de las competencias autonómicas en materia de juego, el Consejo Jurídico ha tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad, entre otros, en su Dictamen 54/2008. Es indicativo de su extensión los ámbitos a los que se extiende su regulación, según el artículo 3 de la Ley 2/1995: las actividades propias de juegos y apuestas, las características de fabricación y homologación de los materiales e instrumentos de juego en la medida en que ello sea necesario para garantizar las condiciones de regularidad y licitud en que han de desarrollarse aquellas actividades, los locales e instalaciones donde se lleven a cabo las actividades de juegos y apuestas, así como las personas naturales o jurídicas que, de alguna forma, intervengan en la gestión, explotación y práctica de los juegos y apuestas.

La ordenación de los Casinos de Juego en la Región de Murcia en los últimos años suministra unos datos dignos de ser tenidos en cuenta, como punto de partida para encuadrar algunas previsiones que contiene el Proyecto, como la creación de las salas desconcentradas de los Casinos de Juegos existentes (artículo 33 del Proyecto). Según el informe anual sobre el desarrollo del Juego y Apuestas en la Región de Murcia correspondiente al ejercicio 2006 (web de la CARM), existen en la actualidad dos Casinos en la Región de Murcia, que se ubican en los municipios de Murcia y Cartagena. La recaudación, en concepto de tasas fiscales correspondiente a dicho año, ascendió a 5.838.638 euros.

Con carácter general los aspectos que ordena el Reglamento se sustentan en el referido título competencial, en atención a los siguientes contenidos del Proyecto de Reglamento:

- Capítulo I. De los casinos de juego.
- Capítulo II. Autorización de instalación.
- Capítulo III. Autorizaciones de apertura y funcionamiento.
- Capítulo IV. Modificación de las autorizaciones.
- Capítulo V. Dirección y Personal de Casinos de juego.
- Capítulo VI. De las Salas de Juego y de su funcionamiento.
- Capítulo VII. De la documentación contable de los juegos.

Disposición transitoria única. Vigencia de las inscripciones y autorizaciones.

Sin embargo, aun cuando los contenidos de los capítulos citados integrantes del Proyecto, se sustentan en el título competencial en materia de casinos, juego y apuestas (artículo 12. Uno, 22 EAMU), determinados aspectos de la regulación inciden en otras competencias autonómicas, que no pueden desconocerse y que no se residencian en la Consejería proponente, como los relativos a la defensa del consumidor y usuario (artículo 11.7 EAMU), cuyo ejercicio se encuentra hoy atribuido a la Consejería competente en materia sanitaria (Decreto 26/2008, de 25 de septiembre, de Reorganización de la Administración regional). Tampoco es ajeno a la regulación de estos establecimientos las competencias regionales en materia de espectáculos públicos (artículo 12. Uno, 24), pues basta para deducirlo examinar el artículo 3 del texto sobre los servicios ofertados por estos establecimientos (servicio de restaurante, salas de espectáculos o fiestas), o el 18.1 sobre la necesidad de contar con su informe para modificar el horario máximo de apertura.

La intervención de la Administración en el sector del juego se ha considerado plenamente justificada en aplicación de principios y valores sustentados en títulos competenciales, como son los relativos a los protección de los consumidores y usuarios (artículo 51 CE), que se extiende a los intereses de las personas, con un amplio alcance que abarca desde su salud física y mental hasta la defensa de sus derechos económicos (por todas, STS, Sala 3ª, de 3 de junio de 1996).

La anterior consideración, reiterada por el Consejo Jurídico en anteriores dictámenes sobre la materia, tiene por finalidad que la Consejería consultante tenga en cuenta dicha incidencia en otros sectores durante el procedimiento de elaboración de las normas en esta materia, otorgando las correspondientes audiencias a los departamentos competentes, todo ello, con independencia, por ejemplo, de que tengan representación en la Comisión de Juego y Apuestas de la Región los consumidores y usuarios, por cuanto ello no excluye de la necesaria intervención del departamento que ejercita la competencia, en aras todo ello de la coordinación interadministrativa.

#### **CUARTA.- Procedimiento de elaboración y documentación integrante del expediente.**

I. En cuanto a la tramitación, se indica por parte del titular del centro directivo competente que se ha prescindido del trámite de audiencia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 53.3,d) de la Ley 6/2004, por cuanto las organizaciones o asociaciones que agrupan o representan a los ciudadanos en materia de juegos y apuestas, tales como la Unión de Consumidores de Murcia, Asociación Española de Casinos de Juego, Asociaciones Murcianas de Empresarios de Juegos (bingo) e Independiente de Empresarios de Máquinas Recreativas, y sindicatos, forman parte de la Comisión de Juego y Apuestas, que informó el Proyecto de Decreto en su sesión de 31 de enero de 2006.

No obstante, en coherencia con lo anteriormente indicado, el Consejo Jurídico reitera la falta de audiencia a otros departamentos de la Administración regional cuya acción administrativa incide en esta materia (Dictámenes 149/03 y 54/2008), por ejemplo, a los competentes en materia de sanidad y consumo. A lo anterior habría que añadir, derivado de una concreta propuesta del texto (artículo 3.4 del Proyecto de Reglamento), la necesidad de otorgar un trámite de audiencia a la Consejería competente en materia de Formación Profesional, en tanto se establece que los Casinos de Juego podrán disponer de escuelas de crupieres para la formación del personal, añadiendo el Proyecto que dichas escuelas se integrarán en el Sistema de Cualificaciones y Formación Profesional de la Región de Murcia, lo

que, en apariencia, se considera un exceso reglamentario, al no sustentarse exclusivamente dicha regulación en la competencia en materia de juego, sino también educativa, sin que conste el parecer favorable del departamento competente. Adviértase que a la regulación actualmente vigente (Disposición adicional primera), en la que no figura el inciso expuesto, el Consejo de Estado ya señaló en su Dictamen núm. 1479/1996 que “*se coincide con el parecer del Consejo Económico y Social sobre la conveniencia de exigir un informe a la Consejería de Educación y Cultura en relación con el establecimiento de Escuelas cuya finalidad sea el adiestramiento de personas en orden a una futura prestación de servicios en los casinos*”.

II. Se ha completado el procedimiento de elaboración de la disposición reglamentaria con una ampliación del estudio económico de su repercusión, advertida por los órganos pre-informantes, y se ha aportado la copia íntegra del acta de la Comisión de Juego y Apuestas correspondiente a la sesión de 31 de enero de 2006, que permite conocer los asistentes y los puntos principales de las deliberaciones, recogiendo así nuestras sugerencias anteriores en este sentido.

De otra parte, nada a objetar el Consejo Jurídico a que se recojan en el texto propuestas legítimas de los representantes de los Casinos de Juego, con la finalidad de dinamizar el juego en dichos establecimientos, si bien, como acertadamente sugiere el Servicio Jurídico de la Consejería consultante, deberían haberse incorporado al expediente las propuestas formuladas con su pertinente justificación y no, únicamente, el escrito en el que expresan su agradecimiento a la Administración regional por haberlas incorporado al texto.

III. Del examen de la documentación integrante del expediente, se desprende que se encuentran en trámite determinadas reformas legislativas y reglamentarias, que podrían condicionar los desarrollos reglamentarios de determinados juegos.

Así, está en fase de elaboración (se desconoce exactamente en qué trámite), según los informes evacuados por el centro directivo competente, una norma reguladora en materia de juego, en sustitución de la vigente, y una modificación al Catálogo de Juegos y Apuestas.

Ahora bien parece conveniente una inversión de los términos, de manera que esta reforma legislativa y la modificación del Catálogo de Juegos y Apuestas hubiera precedido a los nuevos reglamentos sustitutivos de los distintos juegos. Ello hubiera permitido, por un lado, la habilitación normativa a determinadas restricciones reglamentarias que más adelante serán objeto de consideración, y que las previsiones legales puedan ser completadas por los reglamentos de los distintos juegos, evitando modificaciones ulteriores de estos últimos, con fundamento en el principio de jerarquía normativa.

**QUINTA.- La regulación del juego como potestad de policía administrativa. Limitaciones reglamentarias a la libertad de empresa de juegos.**

La ordenación pública de los juegos de azar cabe encuadrarla dentro de las potestades de policía administrativa, en su doble dimensión de policía de orden público y de actividad administrativa de limitación de derechos, por cuanto, desde esta última vertiente, se configura un régimen limitativo a su explotación (requisitos, limitaciones al número de autorizaciones, etc.), además de establecerse un completo sistema de inspección y control administrativo.

Por tanto, las actividades relativas al juego y al sector casinos de juego, si bien tienen predominantemente carácter privado, no pueden ser consideradas como actividades empre-

sariales normales, toda vez que sus condiciones de ejercicio vienen rigurosamente reguladas como consecuencia de su interés general (protección de los derechos de los consumidores y usuarios), el cual ha de prevalecer sobre el principio de libertad de empresa (SSTS, de la Sala 3ª, de 14 de abril de 1992 y 3 de junio de 1996). El mismo Tribunal y Sala, en la sentencia de 28 de marzo de 2000, siguiendo la doctrina del TC expresa: *“el propio artículo 38 de la Constitución condiciona el ejercicio de esa libertad a las exigencias de la economía general y de la planificación, de manera que la libertad de empresa, junto a su dimensión económica subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por reglas que ordenan la economía de mercado, entre ellas las que tutelan los derechos de los consumidores u ordena un sector como el de los juegos de azar, en el que las potestades administrativas de intervención y control están sobradamente justificadas por los intereses que en el mismo subyacen, ya que la libertad de empresa, no ampara entre sus contenidos un derecho incondicionado a la libre instalación de cualesquiera establecimientos comerciales en cualquier espacio (...) en conclusión, la intervención de la Administración en la instalación de los Casinos de Juego no es sino una técnica administrativa, impuesta por razones de policía, que se corresponde con el carácter de las autorizaciones llamadas operativas, por contraposición a las simples, y que presentan como rasgo peculiar que el acto administrativo no se agota con su emisión, sino que se proyecta en una función de vigilancia respecto a la actividad autorizada a lo largo del tiempo”*.

Entre las limitaciones a las empresas titulares de los Casinos de Juego, el Proyecto contiene en su artículo 4 una serie de requisitos procedentes del reglamento vigente, como tener la nacionalidad correspondiente a algún país miembro de la Unión Europea y estar domiciliada en España; en el caso de sociedades, el tener la administración colegiada y que los administradores han de ser personas físicas, sin que el número de consejeros no comunitarios pueda exceder del proporcional a la parte del capital extranjero; contar con un patrimonio neto mínimo, etc.

La mayoría de estas limitaciones recogidas reglamentariamente tienen acomodo en normas habilitantes, sin embargo, otras advierte el Consejo Jurídico que no, suscitándose el problema de las limitaciones del reglamento para regular tales restricciones que atañen al régimen societario de las empresas, siendo insuficiente la habilitación en blanco para establecer sus condiciones por la ley 2/1995, como ha advertido el Dictamen núm. 2028/2001 del Consejo de Estado, al considerar que se trata de una materia reservada a la ley.

Además de la habilitación legal, ha de tenerse en cuenta si se invaden competencias reservadas al Estado sobre legislación mercantil y civil (por todas, STC núm. 62/1991, de 22 de marzo). Para el enjuiciamiento de tales aspectos, así como si entran de lleno en la competencia autonómica, “ha de tenerse en cuenta la garantía de uniformidad de las condiciones básicas en el ejercicio de derechos, la unidad de mercado y si afectan a intereses que exceden del ámbito autonómico, así como si tales aspectos, son normas de derecho privado, de índole civil o mercantil, o si, por el contrario, son normas orientadas a la protección de los intereses económicos de los consumidores y usuarios, sustentada plenamente en la competencia regional en dicha materia” (Dictamen del Consejo Jurídico 85/2005).

En el texto sometido a Dictamen, ciertas modificaciones que ahora se proponen introducir en el artículo 4 responden a ulteriores cambios legislativos, como la sustitución de la cita de la disposición que regula las inversiones exteriores en España, o la inclusión en el apartado b) de la naturaleza mercantil para las personas jurídicas, que se infiere de otros

preceptos de la Ley regional; por ejemplo, cuando se tipifica como infracción proceder a la transferencia no autorizada de acciones o participaciones (artículo 25,b).

Otro requisito que persiste en la regulación, como el ostentar la nacionalidad correspondiente a algún país miembro de la Unión Europea (apartado a), debería ampliarse a los países firmantes del acuerdo del espacio económico europeo.

Sin embargo, persisten en el texto restricciones cuyo mantenimiento suscita las siguientes observaciones, sin que tampoco haya sido objeto de mayor motivación por el centro directivo competente en el procedimiento de elaboración.

a) Particularmente, el Consejo Jurídico llama la atención sobre la recogida en el apartado c) del artículo 4, no prevista en la Ley regional:

*“sin que el número de consejeros no comunitarios pueda exceder del proporcional a la parte del capital extracomunitario. Si alguno de los administradores fuera extracomunitario, sus facultades deberán ser mancomunadas, al menos con un administrador comunitario, y no solidarias. En todo caso el Presidente del Consejo de Administración, el Vicepresidente del mismo y el Consejero Delegado, o cargo asimilado de dirección, habrán de ser nacionales o de un estado miembro de la Unión Europea”.*

Una limitación similar (aunque circunscrita entonces a los nacionales) venía recogida en la Orden del Ministerio del Interior de 9 de enero de 1979, por la que se aprobaba el Reglamento estatal de Casinos, hoy desplazado en la Región de Murcia por la normativa autonómica. Sin embargo, el Consejo Jurídico considera que debería suprimirse tal inciso, que no dispone de la correspondiente habilitación legal y que nos suscita los límites de la competencia autonómica en materia mercantil, siendo suficiente la remisión al RD 664/1999, de 23 de abril, sobre inversiones exteriores, que se cita en el apartado g) del mismo artículo, como se ha previsto en otros reglamentos de Casinos de Juego de reciente aprobación (Decreto 1/2008, de 10 de enero, de la Comunidad de Castilla y León, o Decreto 116/2006, de 28 de julio, de la Comunidad Valenciana). Esta observación se considera de carácter esencial a los efectos previstos en el artículo 61.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril (en lo sucesivo ROFCJ).

b) Igualmente se sigue manteniendo en el texto la limitación heredada de la Orden anteriormente citada acerca de que ninguna persona natural o jurídica podrá ostentar participaciones o acciones en más de tres sociedades explotadoras de Casinos de Juego en el territorio de la CARM (sólo existen dos actualmente), cuando la Ley regional 2/1995 no limita dicha participación, a diferencia de otras disposiciones reglamentarias, por ejemplo, el Decreto 116/2006, de 28 de junio, ya citado, de la Comunidad Valenciana, que se encuentra específicamente habilitado para ello por su ley reguladora del juego (en este caso la reducen a una participación). Por tanto, tampoco se dispone de la correspondiente habilitación, considerándose también esencial esta observación a los efectos previstos en el art. 61.3 ROFCJ.

c) En cuanto al establecimiento de un capital mínimo para las empresas titulares de casinos (apartado g), el Consejo Jurídico tuvo ocasión de pronunciarse extensa y motivadamente al respecto en el Dictamen 72/99, sobre el Proyecto de Decreto que modificaba el Reglamento de Casinos para añadir tal requisito, a cuyas consideraciones, por tanto, se remite, si bien se ha de poner de manifiesto la diversidad de las regulaciones autonómicas, de manera que el capital mínimo exigido a estas empresas en la Comunidad Valenciana

es de 6.000.000 de euros, frente al exigido en las Comunidades Autónomas de La Rioja (2.100.000 euros) o de Castilla y León (3.005.060,52 euros).

En otra línea cabe destacar el Decreto 204/2001, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que recomienda el Consejo Jurídico seguir, por remitirse a la normativa mercantil societaria y quedar aseguradas las responsabilidades administrativas por las fianzas exigidas (Dictamen 58/2008).

Por último, se advierte en el artículo 4, f) una remisión incorrecta al artículo 11.2,e), en lugar del artículo 11.2,d), relativo a la constitución de la fianza.

#### **SEXTA.- Observaciones al contenido del Reglamento.**

Centrados en los aspectos más significativos de la reforma, agrupados sistemáticamente, se realizan las siguientes consideraciones:

##### **I. Requisitos objetivos que han de cumplir los Casinos de Juego.**

1) El artículo 13.3 de la Ley 2/1995 establece que el aforo, superficie, funcionamiento y los servicios mínimos a prestar al público por los casinos de juego serán determinados reglamentariamente.

En contraste con ello, el Proyecto de Reglamento si bien determina los servicios mínimos a prestar al público y el funcionamiento de los Casinos de Juego, omite la regulación del aforo y su superficie, en manifiesta contradicción con el precepto citado de la Ley regional, que reclama el complemento indispensable del reglamento para el desarrollo de tales requisitos, y no su establecimiento en la convocatoria del correspondiente concurso público, como propone el artículo 5 del texto, contradiciendo, por tanto, lo dispuesto en la Ley 2/1995. Esta última observación se considera de carácter esencial a los efectos previstos en el art. 61.3 ROFCA.

2) Entre los servicios ofertados por los Casinos de Juego con carácter facultativo (salvo si se recogieran en la solicitud y fueran incluidos en la autorización) se encuentran las salas de espectáculos o fiestas, señalándose en el art. 3.1, segundo párrafo, del Proyecto de Reglamento que su régimen de funcionamiento será el establecido libremente por la Dirección de la Empresa. Dicha regulación no tiene en cuenta que el régimen de funcionamiento de estas actividades se encuentra sujeto a otras normas sectoriales, como las relativas a espectáculos públicos, medio ambiente, y ordenanzas municipales. En consecuencia, debería dejarse expresa constancia en el precepto que habrá de cumplirse la normativa sectorial citada.

##### **II. Planificación de los casinos de la Región de Murcia: antesalas y salas desconcentradas.**

Es en la regulación de las salas de juego donde el Proyecto de Reglamento ha introducido notables diferencias, que han suscitado alguna alegación durante el procedimiento de elaboración (ASIMARE) y ciertas observaciones al texto por parte de los órganos preinformantes, habiéndose completado, no obstante, la redacción inicial durante la tramitación.

El Reglamento sometido a Dictamen incluye dos novedades (antesalas y salas desconcentradas), que suponen, con distinto alcance como se verá, la ampliación de la actividad para las empresas titulares de los Casinos de Juego existentes en la Región:

1) Con respecto a las salas de juego, el reglamento vigente establece que deben encontrarse en el mismo edificio del Casino, salvo que excepcionalmente se autorice otra

ubicación. En el Proyecto se posibilita (artículo 33.1) la autorización para los Casinos existentes, además de las salas principales de juego, las denominadas antesalas (no se limita su número), donde se permitirá la instalación de máquinas recreativas y de azar, los juegos de Bola y la Rueda de la Fortuna, Apuestas y mesas de demostración de otros juegos de contrapartida autorizados, si bien condicionado a que se encuentren en el mismo recinto del casino y después del control de accesos, salvo que excepcionalmente se autorice otra ubicación.

La posibilidad de autorizar estas antesalas a los casinos existentes, situados en el mismo establecimiento junto a las salas principales de juego, no conculcaría *a priori* la regulación de la Ley 2/1995, partiendo de la consideración legal de casinos de juego (artículo 13), caracterizada por los que hayan sido autorizados para la práctica de los juegos, que se relacionan en el apartado 4 del mismo artículo, además de las máquinas de azar (artículos 31 y 32 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar de la CARM, aprobado por Decreto 72/2008). No obstante, algunas previsiones del Proyecto sobre las antesalas contienen ciertas dosis de indeterminación, como la prevista en el apartado 3 del artículo 33 que señala, en cuanto a los visitantes de las distintas salas de juego, que el centro directivo competente podrá autorizar accesos o entradas independientes para las salas que se encuentren separadas de las salas principales de juego (con anterioridad sólo se establecía para los servicios complementarios del Casino), y que puedan tener requisitos de admisión diferenciados, según su respectivo reglamento, suscitándose la siguiente cuestión: ¿A qué requisitos de admisión diferenciados se está refiriendo la nueva regulación? Téngase en cuenta que los requisitos de admisión, con carácter general, se encuentran previstos en el artículo 26 y ss. del Proyecto de Reglamento.

Además, la autorización de nuevas salas de juego (antesalas) en los Casinos existentes (sin concretar límites) podría implicar una alteración sustancial de la autorización inicial para la instalación de un Casino de Juego, que se otorgó a través de un concurso público, según exigencias del artículo 5 de la Ley 2/1995, por lo que debería acotarse la creación de estas antesalas de juego en el texto.

2) La otra medida prevista en el Proyecto es la creación de salas desconcentradas (artículo 33.4 del Reglamento) para cada Casino de Juego, a petición de sus titulares (hasta un máximo de dos para cada uno), situadas fuera del recinto o complejo donde está ubicado el establecimiento. Con esta medida, según la Memoria Justificativa “*se pretende diversificar los espacios para la práctica de juegos del casino y especialmente que puedan permitir que se puedan abrir otras salas en una ubicación diferente a la del casino a la que pertenecen, como ya se ha establecido en la Comunidad Valenciana. La autorización de salas desconcentradas, asociadas a los casinos existentes, resulta procedente en una Comunidad Autónoma en la que, por una parte, se espera un importante auge del sector turístico y, por otra, se atenuará el efecto frontera que se produce con la instalación de salas similares como la que se ha autorizado en la vecina localidad de Torreveija*”.

Los órganos preinformantes han cuestionado su legalidad, bien por no ajustarse a las previsiones de la ley regional (Servicio Jurídico de la Consejería de Hacienda y Administración Pública), bien por excluir la concurrencia en este sector (Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma). También el CESRM considera que estas autorizaciones de salas desconcentradas deben incardinarse en la planificación regional, correspondiendo al Consejo de Gobierno, y no al Consejero como recoge la regulación, con carácter previo.

A este respecto, el Consejo Jurídico considera que esta previsión contradice frontalmente la Ley regional (artículo 13.2), que exige que el otorgamiento de la autorización de la instalación de un Casino se haga mediante concurso público, en cumplimiento de los principios de publicidad, libre concurrencia e igualdad de oportunidades, que no pueden ser desconocidos por los poderes públicos.

Basta examinar las características de las salas de juego desconcentradas para alcanzar la conclusión de que encubren la instalación de nuevos casinos (o mini casinos si se quiere), que se adjudican directamente a los titulares de los dos existentes en la Región, excluyendo la libre concurrencia y limitando la competencia:

a) Las salas desconcentradas tendrán un aforo mínimo de 250 personas y deberán estar situadas a una distancia no inferior a un radio de 10 Km. del Casino principal y de cualquier otra sala desconcentrada existente.

b) Dichas salas deberán estar dotadas de los servicios de admisión y control que establece el presente Reglamento para la sala principal de los Casinos y prestar los servicios complementarios obligatorios.

c) Estas salas funcionarán como desconectadas de la principal y tendrán un periodo de funcionamiento que no podrá exceder de 9 meses al año. Pueden alcanzar hasta el 80% de las mesas de juego que la sala principal tenga autorizadas.

d) Las salas desconcentradas podrán disponer de antesala de la principal.

En consecuencia, el Consejo Jurídico considera que debe suprimirse del texto las salas desconcentradas, al no haberse previsto en la ley regional y contradecir el principio de publicidad, concurrencia e igualdad, que sustenta la adjudicación de estos establecimientos en aquella, teniendo un carácter esencial esta observación a los efectos previstos en el art. 61.3 ROFCJ. A mayor abundamiento, puesto que se alega como justificación la competencia de un municipio de una Comunidad Autónoma limítrofe, argumento *per se* harto insuficiente, según los criterios de planificación recogidos en la ley regional, ha de destacarse que, aun haciendo abstracción de las diferencias entre ambas Comunidades Autónomas (número de provincias, población, etc.), que la Ley 4/1988, de 3 de junio, reguladora de juegos y apuestas de la Comunidad Valenciana, en la modificación operada por la Ley 14/2005, de 23 de diciembre, sí contempló sus salas apéndices como se denominan en aquella Comunidad (artículo 6.5). Por lo tanto, existiría habilitación legal para su creación, lo que no concurre en el presente supuesto.

En definitiva, si por las razones turísticas esgrimidas, conjuntamente con los restantes criterios de planificación, entre ellos, su incidencia social, el Consejo de Gobierno de la CARM, al que le compete el ejercicio de las facultades planificadoras (art. 10, 2 de la Ley 2/1995), considerara que debiera ampliarse el número de establecimientos, aun con carácter temporal en zonas turísticas, ello exigiría una reforma legal que contemplara estas salas desconcentradas, cuya adjudicación debería realizarse, en todo caso, a través de la convocatoria de los correspondientes concursos, que permitieran la concurrencia y la competencia en el sector. La importancia del ejercicio de esta actividad empresarial en condiciones de igualdad ha sido puesta de manifiesto por la STS, Sala 3ª, de 28 de marzo de 2000 (Fundamento de Derecho Noveno).

A este respecto resulta muy ilustrativa la comparación entre Comunidades Autónomas del número de Casinos de Juego existentes y su distribución territorial, de acuerdo con los



datos del informe anual del juego en España correspondiente al año 2007 del Ministerio del Interior; por ejemplo, entre las Comunidades Autónomas uniprovinciales se constatan los siguientes datos sobre Casinos de Juego autorizados: Madrid (2), Cantabria (1) y La Rioja (1); entre las Comunidades Autónomas pluriprovinciales, cabe citar Aragón (3), Castilla y León (3), Cataluña (3) y Galicia (2). Dentro de este último grupo, la Comunidad Valenciana, singularizada en el presente expediente como precedente de la modificación, dispone en total de 2 casinos autorizados y de dos salas apéndices para las tres provincias.

### III. Autorización de instalación.

Para la instalación y explotación de Casinos de Juego en la Región de Murcia es necesaria la obtención de dos autorizaciones: en primer lugar, la de instalación, previa convocatoria de concurso público y, seguidamente, la de apertura y funcionamiento, que ha de solicitarse dentro del plazo señalado en la primera y, como mínimo, 20 días antes de la fecha para la apertura del Casino.

En cuanto a la regulación propuesta (artículo 5 y ss.), conviene destacar, con carácter general, que no se ha aprovechado la misma para completar la regulación del procedimiento de concurso para la obtención de la autorización de instalación (plazo para la presentación de las solicitudes de instalación, la posibilidad de que se declare desierto el concurso, etc.), como sí se ha hecho en otras disposiciones de Comunidades Autónomas (por ejemplo, el Decreto 1/2008, ya citado, por el que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego de Castilla y León, o el Decreto 58/2006, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Casinos de Juego de la Comunidad de Madrid). A este respecto, si bien se cita el concurso para la autorización de la instalación en el artículo 5, en los siguientes artículos se omite la referencia al mismo, y se regulan las solicitudes de autorización de instalación a petición de las empresas interesadas, como si se trataran de procedimientos desconectados de la convocatoria del concurso.

Además de lo expuesto, se realizan las siguientes observaciones:

1) En cuanto a los requisitos documentales, se recomienda que se modifique la redacción del siguiente párrafo recogido en el artículo 7, c): *“El certificado que expida el Registro Central de Penados y Rebeldes deberá cumplir el requisito establecido en el artículo 21.1 de la Ley 2/1995, de 15 de marzo, para cada una de las personas indicadas”*, puesto que la redacción parece sugerir que la expedición del certificado ha de ajustarse a lo previsto en la ley regional, en lugar de expresar que el certificado ha de ser negativo de antecedentes penales para las personas indicadas, que es en realidad lo que se intenta expresar.

2) En relación con la tramitación, al igual que en la regulación vigente, se ha previsto que el Ayuntamiento afectado informe sobre sus competencias (sobre todo urbanísticas), y que someta la solicitud a información pública de los vecinos que vivan a menos de cien metros del perímetro exterior de las fincas, durante un plazo de quince días. Dicho informe habrá de remitirse en el plazo máximo de un mes, y transcurrido el mismo se considerará favorable. Sin embargo, de la misma forma que el mismo artículo 8 recoge que el informe no es vinculante, debería sustituirse el carácter favorable por la consecuencia prevista para el mismo por el artículo 83.4 LPAC, consistente en la prosecución de actuaciones:

*“Si el informe debiera ser emitido por una Administración Pública distinta de la que tramita el procedimiento en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus respectivas competencias respectivas, y transcurriera el plazo sin que aquél se hubiera evacuado, se podrán proseguir las actuaciones.”*

Respecto al informe de la Comisión de Juego y Apuestas parece inconsecuente que no lo emita en plazo y, más aún, que la falta de pronunciamiento se entienda favorable, teniendo en cuenta que es un órgano de naturaleza consultiva de la Consejería que ostenta la competencia y su inactividad siempre sería atribuible a la misma.

3) En cuanto a la resolución que resuelve la solicitud, el artículo 9 del Proyecto (apartado 2) establece que la Orden se notificará al interesado, y si fuera favorable, se dará traslado a la Delegación de Gobierno, al Ministerio de Economía y Hacienda, al Ayuntamiento que corresponda y deberá publicarse en el BORM. Se añade que transcurridos tres meses se entenderá desestimada la solicitud, si no se hubiera notificado la resolución que ponga fin al procedimiento.

Se advierte en este artículo que se omite toda referencia a la resolución del concurso, o a la existencia de otros interesados que pudieran haberse presentado al mismo, o incluso a la posibilidad de que la Administración considere que el concurso debe quedar desierto; en todo caso la resolución por la que se resuelve el concurso debería publicarse en el BORM, sea o no favorable para un interesado. Respecto al plazo establecido para la resolución (tres meses), su cómputo aparece referido a la fecha de solicitud del interesado, cuando debería ir referido, y a lo mejor ampliado, al plazo para la resolución del concurso, en cuyo caso, al tratarse de procedimientos iniciados de oficio, el transcurso del plazo sin resolver y notificar la resolución se puede entender desestimatorio (artículo 44.1 LPAC), como recoge el Proyecto, a diferencia de los procedimientos iniciados a instancia de parte, en lo que el transcurso del plazo se entiende estimatorio. La observación realizada sobre este precepto se considera, en relación con la omisión de la resolución del concurso, de carácter esencial a los efectos previstos en el art. 61.3 ROFCJ.

4) El artículo 10.3 del Proyecto de Reglamento establece que la autorización de instalación podrá ser revocada o extinguida en los supuestos indicados: incumplimiento del plazo para solicitar la autorización de apertura y funcionamiento, incumplimiento por el interesado del plazo de apertura fijado en la autorización, etc. En realidad, se tratan de supuestos de caducidad en lugar de revocación, puesto que hace referencia a una falta de ejercicio de determinados condicionantes durante un plazo temporal prefijado, imputable al interesado, en coherencia, por otra parte, con lo dispuesto en los artículos 12 y 14, que lo contemplan como un supuesto de caducidad. Esta observación también tiene un carácter esencial a los efectos previstos en el art. 61.3 ROFCJ.

5) Respecto a la autorización de apertura y funcionamiento, el artículo 16 establece que podrá denegarse la renovación por no encontrarse el titular al corriente del pago de sus obligaciones fiscales, si bien, en lugar de acoger una redacción tan genérica, convendría concretarla en los impagos específicos sobre el juego. De otra parte no se recogen en el texto las causas que dan lugar a la revocación o suspensión de esta autorización, citadas en el apartado 2,a) del mismo artículo, al igual que debería completarse la causa prevista en el apartado 2, c), añadiendo el requisito de la firmeza administrativa a la sanción.

Asimismo conviene destacar que si bien se establece un plazo límite para solicitar la autorización de apertura y funcionamiento (art. 11.1), y para subsanar las deficiencias (art. 14.1), no se establece un plazo para la resolución de dicha autorización, ni los efectos del silencio administrativo, que al tratarse de un procedimiento que se inicia a instancia de interesado, serían de carácter estimatorio (art. 43.2 LPAC). Por tanto, convendría completar la regulación con el establecimiento de un plazo para la resolución de la autorización de

apertura y funcionamiento, el *dies a quo* a tener en cuenta para su cómputo, y los efectos del silencio administrativo.

#### IV. Personal directivo, comité de dirección y personal de sala.

Se han introducido puntuales modificaciones para mejorar sistemáticamente su regulación o completar determinados extremos de la regulación vigente. No obstante se advierten ciertas deficiencias:

1) En el artículo 19.2 del Proyecto se ha completado la redacción, respecto al Comité de Dirección, añadiendo que tendrá las funciones que se determinen en el artículo 21, si bien en este último artículo no se concretan, pues únicamente se establece en su apartado 1 que el Director de Juegos, los Subdirectores y los demás miembros del Comité de Dirección son responsables de la ordenación y correcta explotación de los juegos ante la Consejería competente. En otro orden de ideas, parece excesivo que se imponga en el Reglamento que el Director de Juegos ostentará la presidencia del Comité de Dirección (artículo 19.3), en tanto que se trata de un órgano colegiado que puede adoptar sus decisiones.

2) El artículo 23.6,c) exige el documento profesional, categoría de servicios, para el resto de personal que preste servicios en los Casinos de Juego, si bien se condiciona a que dicho personal sea fijo (se ha añadido por el Proyecto), frente a los contratados con carácter temporal, a los que el artículo 18.3 del Proyecto los excepciona de dicho documento profesional. Sin embargo, ambas puntualizaciones (el carácter fijo y no necesidad de documento para el personal de servicios temporal) contradicen lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 2/1995, que establece: “*las personas que lleven a cabo su actividad profesional en empresas dedicadas a la explotación del juego y apuestas deberán poseer el documento profesional que les corresponda. Para su obtención será requisito imprescindible que el interesado carezca de antecedentes penales*”. Esta observación también tiene carácter esencial a los efectos previstos en el art. 61.3 ROFJ.

3) Sobre el régimen del tronco de propinas (art. 25), se suprime la forma de distribución prevista en el Reglamento vigente a instancias de un órgano preinformante; sin embargo, el Consejo Jurídico considera adecuada la redacción vigente en cuanto se remite a acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la dirección de la empresa, como sugiere el CESRM:

*“Los criterios de distribución del tronco serán establecidos de común acuerdo entre ésta (la empresa) y los representantes de los trabajadores, debiendo ser comunicada a la Consejería competente”,* frente a otras propuestas de regulaciones autonómicas más restrictivas en este aspecto.

#### V. Acceso a las salas de juego.

Parte de las modificaciones introducidas tratan de acomodar el Reglamento vigente al Decreto 8/2006, ya citado, que regula la inscripción en el Registro General del Juego de las prohibiciones de acceso a locales y salas de juego y apuestas.

1) En el artículo 26, cuando se relacionan otros supuestos de acceso prohibido, aparte de los que de forma voluntaria o por procedimientos administrativos y judiciales fueran inscritos, se cita a los menores de edad aunque se encuentren emancipados, si bien debería completarse con la previsión contenida en el artículo 22.5 de la Ley 2/1995 que prohíbe igualmente a los incapacitados (“y a los que siendo mayores, no se encuentren en pleno uso

de su capacidad de obrar”), pues el apartado b) del mismo artículo parece circunscribirse a “las personas que den muestras manifiestas de sufrir enfermedad mental”. Se considera también esta observación de carácter esencial a los efectos previstos en el art. 61.3 ROFCJ.

2) En el artículo 28.1 del texto se establece que el Director del Juego podrá proceder a la expulsión del Casino de las personas que produzcan perturbaciones en el orden de las salas de juego o cometan irregularidades en la práctica de los juegos. Se ha añadido por el Proyecto que asimismo podrá impedir el acceso a personas o expulsarlas cuando porten prendas o símbolos que inciten a la violencia, el racismo o la xenofobia, a lo que nada cabe objetar.

Sin embargo, la consecuencia que se asocia a la acción descrita relativa a la inclusión en el Registro General del Juego de la prohibición de acceso durante un periodo máximo de tres años, debería ir sustentada en un procedimiento sancionador, aunque el régimen punitivo específico en materia de juego (Ley 2/1995) no tipifica como infracciones las actuaciones de los usuarios, sino de las empresas titulares de dichos establecimientos, o de su personal. De otra parte, en lo que concierne a los espectáculos públicos y actividades recreativas, la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, aplicable en esta materia en defecto de normativa autonómica, según establece su Disposición final segunda, tipifica como infracción grave “*la provocación de reacciones en el público que alteren o puedan alterar la seguridad ciudadana*” (art. 23, g), si bien su sanción correspondería a los órganos competentes en la materia.

En consecuencia, el Consejo Jurídico recomienda que se sancionen tales comportamientos en los establecimientos del juego en la Ley regional del juego, cuya reforma en curso se ha citado con anterioridad, con el establecimiento de dicha prohibición como sanción, tipificando las infracciones de los usuarios de los Casinos de Juego, en ausencia de normativa regional en materia de espectáculos públicos.

3) En el artículo 29.1 del texto se ha añadido que no será preceptiva la tarjeta de entrada para acceder a la antesala de la sala principal, excepción que no se encuentra en modo alguna justificada en el expediente cuando, además, las antesalas tienen que encontrarse después del control de accesos con carácter general (artículo 33.2).

4) El artículo 29.3 del Proyecto establece que los datos contenidos en los ficheros (se refiere al de visitantes y al de datos facilitados por la Dirección General de Tributos sobre prohibiciones de acceso) se conservarán durante seis meses. Dicho plazo, además de parecer excesivamente corto en contraste con otras normas autonómicas de contenido similar, puede ser contradictorio en el caso de las personas que tienen prohibido el acceso, por cuanto puede persistir la prohibición durante un plazo mayor, como consecuencia de un procedimiento administrativo específico o por resolución judicial. Idem con el artículo 30.2 del Proyecto.

5) En el artículo 30.7 se señala, en el caso de tarjetas de validez superior a un año, que su precio no podrá bajar de 5, 10 y 25 veces el precio fijado para las de validez de un día; ahora bien en la medida que dichos precios son autorizados por el Director General de Tributos, a propuesta del Casino de Juego, se considera innecesario establecer dichos porcentajes en el texto, cuando pueden ser modificados ulteriormente.

6) En el artículo 34 del Proyecto se regula el horario de las salas de juego, que habrá de adecuarse a los límites máximos fijados por la autorización de funcionamiento y apertura.

Sin embargo, en el apartado 3 del mismo precepto se establece que el Casino podrá exceder del horario autorizado (hora de cierre) para la práctica de juegos de círculo en todas o algunas de sus modalidades, siempre que el número de jugadores lo justifique, sin que, en ningún caso, puedan estar abiertas más de tres horas sobre el horario máximo de apertura y sin que se admitan visitantes. Tal excepción al horario autorizado ya venía recogida en el artículo 34 de la redacción vigente, recogiendo una previsión similar del Reglamento de Casinos de Juego, aprobado por Orden de 9 de enero de 1979, ya citado. No obstante, se advierte cierta contradicción en este artículo, al recogerse, por un lado, la existencia de unos límites máximos fijados por la autorización de apertura y funcionamiento, entre los que se delimitan los autorizados al Casino, y de otra se establece la posibilidad de superar dicho horario máximo de apertura. Por tanto, de mantenerse la actual redacción, no parece lógico que se sobrepase el horario máximo de la autorización de apertura y funcionamiento.

#### VI. Pagos de las apuestas.

El artículo 43.5 establece, para el caso de que el Casino no depositase en plazo las cantidades adeudadas y la fianza fuera insuficiente para hacer frente a las deudas acreditadas en las actas, que se requerirá al titular del Casino para que presente ante el Juzgado competente solicitud de concurso, que se tramitará conforme a la legislación vigente en la materia. Además, se señala que será de aplicación lo dispuesto anteriormente al contenido de los párrafos 3 y 4.

A este respecto el Consejo Jurídico considera que mejoraría la redacción si se sustituyera “concurso” por “situación concursal” (se ha sustituido la referencia a la suspensión de pagos contenida en la redacción vigente) y advierte que el requerimiento de solicitud de situación concursal dependerá de que se cumplan los requisitos previstos en la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, y no meramente como consecuencia del impago o insuficiencia de la fianza, cuestión que también destacó el Dictamen núm. 467/2006 del Consejo Jurídico Consultivo Valenciano.

Por lo demás, se introduce una dosis de indeterminación en detrimento de los jugadores con la adición de la expresión “fehacientemente” al apartado 7 del art. 43 del Proyecto, pues basta con señalar que el Casino sólo emitirá talones contra su cuenta, una vez que se haya comprobado que el dinero es producto de las ganancias de los juegos del Casino.

#### **SÉPTIMA.- Cuestiones de técnica normativa y consideraciones de corrección.**

El Proyecto mejora la técnica normativa del vigente, en cuanto añade títulos a los artículos y perfecciona la sistematización interna del texto, con la reorganización de algunos contenidos. No se ha considerado conveniente por el órgano proponente complementar el régimen sancionador de la Ley regional, y propone suprimir el Capítulo VIII vigente, lo que presupone a su vez, aunque debería motivarse en el expediente, que no se considera necesario introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de infracciones o sanciones previstas legalmente (artículo 129.3 LPAC).

Por lo demás, parece conveniente la cita, entre las disposiciones expresamente derogadas por el Proyecto, además del Decreto 26/1996, el posterior que lo modifica puntualmente (Decreto 13/2000 de 9 de marzo).

En el capítulo de correcciones gramaticales se sugieren las siguientes:

- En el artículo 4 se advierte un error material antes de la cita al “Real Decreto 664/1999” (apartado g).

- En el artículo 9.2 debería sustituirse el Ministerio de Economía y Hacienda por el competente en materia de Hacienda, para eludir cambios de denominaciones.
- En el artículo 20.2 convendría añadir “el” delante del artículo 11.2,e).
- En el artículo 30.1 se mejoraría la redacción si se suprimiera la coma tras las tarjetas de entrada.
- El apartado 6 del artículo 34 no parece bien insertado con los restantes contenidos del precepto.
- En el artículo 47 ha de suprimirse el 1, pues sólo consta de un apartado.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** El Consejo de Gobierno se encuentra específicamente habilitado por la Ley 2/1995 para aprobar el presente Reglamento (artículo 10.3) que regula los Casinos de Juego, en ejercicio de las competencias estatutarias en la materia (artículo 10, Uno, 22 EAMU). No obstante, hubiera sido aconsejable que la reforma de la ley reguladora del juego, que se cita en el expediente por el centro directivo competente, hubiera precedido a los reglamentos específicos de desarrollo, entre ellos el de Casinos de Juego.

**SEGUNDA.-** En el procedimiento de elaboración de la norma no han participado otros departamentos de la Administración regional cuyas competencias inciden transversalmente, por lo que deberían ser oídas, en concreto, las Consejerías competentes en materia de consumo y formación profesional, por las razones expresadas en la Consideración Cuarta.

**TERCERA.-** Se consideran de carácter esencial (a los efectos previstos en el art. 61.3 ROFJ) las siguientes observaciones al Proyecto de Reglamento:

— Las realizadas a determinadas restricciones impuestas a las empresas titulares de Casinos de Juego (artículo 4) que no disponen de la correspondiente habilitación legal y que inciden en el régimen societario (Consideración Quinta).

— La relativa a la falta de acomodación del párrafo segundo del artículo 5 del Proyecto a lo dispuesto en la Ley 2/1995, que invoca el reglamento para el desarrollo de los requisitos de aforo y superficie de los Casinos de Juego (Consideración Sexta, I,1).

— La concerniente a la necesidad de suprimir en el texto las salas desconcentradas (art. 33 del Proyecto), al no encontrarse previstas en la ley regional y contradecir el principio de publicidad, concurrencia e igualdad. También la necesidad de acotar en el texto la creación de antesalas (Consideración Sexta, II).

— La relativa a la omisión en el artículo 9 de la resolución del concurso, y a los otros aspectos indicados en la Consideración Sexta, III, 3, entre ellos la forma de cómputo del plazo.

— La realizada al artículo 10.3 del Proyecto de Reglamento sobre la revocación de la autorización de instalación (Consideración Sexta, III, 4).

— La relativa a que el documento profesional para el personal de servicios sólo se expedirá para los empleados fijos, excluyendo al personal temporal (Consideración Sexta, IV, 2).

— La realizada al artículo 26 tendente a completar, entre los supuestos de acceso prohibido, a los incapacitados (Consideración Sexta, V, 1).

— La concerniente a la consecuencia establecida en el artículo 28.2 de prohibición de acceso al Casino de Juego durante un periodo máximo de tres años (Consideración Sexta, V, 2).

— La remisión incorrecta al artículo 11.2,e) en el artículo 4,f) (Consideración Quinta, párrafo *in fine*).

— Por último, las observaciones de técnica normativa, concretamente la cita, entre las disposiciones derogadas por el Proyecto de Decreto, del Decreto 13/2000, de 9 de marzo (Consideración Séptima).

**CUARTA.-** Las demás observaciones contribuyen a la mejora e inserción del texto con el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 182/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante:** Consejera de Sanidad (2004)

**Fecha:** 17/11/08

**Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 32/2008.*

**DICTAMEN 183/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante:** Consejera de Sanidad (2004)

**Fecha:** 17/11/08

**Extracto de Doctrina**

*Situada la pretensión en el ámbito de la detección de las malformaciones del nasciturus, conviene tomar como punto de partida la doctrina del Tribunal Supremo, reflejada en la sentencia de 30 de junio de 2006 (recurso de casación para unificación de doctrina 217/2005):*

*“Importa precisar, y resulta especialmente relevante, que los actores solicitaron una indemnización de 72.000 euros no por las lesiones físicas con las que nació su hija, sino por lo que consideraban que era un daño resarcible diferente, cual era haber privado a los recurrentes y en especial a la madre, de una información trascendente para optar por la posibilidad de aborto eugenésico, lesionando su facultad de autodeterminación ligado al principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución) y el derecho a la información para ejercer sus libres determinaciones (art. 10.1, 5 y 6 de la Ley General de Sanidad). En definitiva pues solicitan indemnización por el daño moral, derivado de no haber podido optar por la interrupción del embarazo al no haberseles informado sobre las malformaciones del feto.*

*Esta Sala en reiteradas sentencias por todas citaremos la de 29 de marzo de 2006 y 3 de octubre de 2000 ha dicho que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave (...)*

*Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, 11 de abr., FJ 8, “nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) ...”. En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida (...)*”.

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 12 de agosto de 2004 (de certificación en la Oficina de Correos), x. presenta escrito, en representación de x., ante el Servicio Murciano de Salud en el que expone:

1º) Que el 27 de agosto de 2003 la paciente dio a luz a un niño, tras un embarazo supervisado y controlado por el Servicio Murciano de Salud, presentando el menor las siguientes malformaciones: mamila supernumeraria izquierda, ectrodactilia en ambas manos con agenesia completa del 5º dedo en la mano derecha y del 4º y 5º de la mano izquierda, así como acortamiento del antebrazo izquierdo con agenesia aparente del cúbito.

2º) Responsabiliza solidariamente (sic) de los daños al Servicio Murciano de Salud, al considerar que no ha actuado con la diligencia debida, ni ha utilizado todos los medios a su alcance, al no haber detectado tales malformaciones e informado de éstas a su representada para poder interrumpir voluntariamente el embarazo, decisión que hubiera tomado si le hubieran informado.

Reclama la cantidad de 600.000 euros, en concepto de daños morales y materiales y, en defecto de su reconocimiento inmediato, anuncia el ejercicio de acciones legales ante los Tribunales correspondientes.



Acompaña el informe de alta del Servicio de Pediatría del Hospital General Universitario Virgen de la Arrixaca.

**SEGUNDO.-** Por escrito de 21 de septiembre de 2004 (registro de salida) se le requiere al letrado actuante para que subsane los defectos advertidos en el escrito de reclamación, entre ellos, la acreditación de la representación con la que dice actuar, previa advertencia de que si no lo hiciera en el plazo de diez días se le tendrá por desistido de la reclamación, conforme a lo establecido en el art. 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). En su cumplimiento se presentó escrito el 6 de octubre de 2004 (de certificación en la Oficina de Correos), en el que se especifican los requisitos exigidos para la iniciación del procedimiento por reclamación de interesado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 del RD 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP). También se reclama solidariamente a la compañía aseguradora del ente público.

Con posterioridad, el 4 de noviembre de 2004 (registro de entrada), la reclamante presenta escrito en el que autoriza y ratifica a x. para que actúe en su nombre ante la Administración regional, realizando cuantas reclamaciones sean pertinentes respecto a los daños ocasionados y producidos como consecuencia del presente expediente.

**TERCERO.-** Admitida a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial (folio 14), se notifica a los interesados, así como al Hospital Virgen de la Arrixaca, solicitando la historia clínica y los informes de los facultativos que atendieron a la paciente.

**CUARTO.-** Con fecha 24 de noviembre de 2004, el letrado actuante interpone recurso potestativo de reposición contra la desestimación presunta de la reclamación, en el que expone que no han podido tener acceso a la historia clínica obrante en el Hospital Virgen de la Arrixaca pese a las numerosas peticiones, y solicita que se estime la reclamación en la cuantía señalada.

**QUINTO.-** El 29 de noviembre siguiente, el Director Gerente del Hospital General Universitario Virgen de la Arrixaca remite oficio acompañando la historia clínica de la reclamante (folios 34 a 116), en el que señala que el embarazo fue seguido por un médico privado y por x. del Centro de Planificación Familiar de Molina de Segura. Manifiesta que en dicho Hospital se le hizo una ecografía en el Centro de Especialidades Dr. Quesada, dependiente del mismo, por el Dr. x., quien manifiesta la necesidad de que la reclamante aporte la documentación relativa a dicha ecografía para poder emitir el informe que solicita la instructora. También consta que el letrado actuante se personó en las dependencias del Servicio Murciano de Salud para retirar una copia de la historia clínica (folio 118).

Entre la documentación aportada por el citado Hospital, consta el informe de alta (de 28 de agosto de 2003) del Servicio de Pediatría, Sección Neonatología, del menor x., que permaneció un día ingresado, procedente de paritorios (folios 80 y 81), en el que se diagnostica en cuanto al mapa óseo: *“acortamiento e incurvación de radio izquierdo con hipoplasia importante de cúbito, agenesia de 5º dedo de mano derecha y de 4º y 5º dedos de mano izquierda con el resto de dedos radiológicamente normales. Resto de mapa óseo normal”*. Se señala que las ecografías cerebral y renal son normales y que se realiza interconsulta a cardiología *“por ductus arterioso patente neonatal. CIV muscular doble (pequeñas)”*.

Constan dos informes de cardiología pediátrica de 3 de octubre de 2003 y de 28 de abril de 2005, en los que se exponen que el menor no tiene síntomas cardiológicos.

También consta un informe citogenético de 15 de septiembre de 2003, con el siguiente resultado (folio 100):

*“El análisis cromosómico de 15 metafases con bandas G revela un cariotipo masculino normal en todas sus células examinadas. Todos los cromosomas presentan patrones de bandas normales en las metafases completamente analizadas”.*

Por último, en la evolución clínica se anota el 12 de diciembre de 2003, como juicio diagnóstico, síndrome de Holt-Oram.

**SEXO.-** Con fecha 14 de enero de 2005 (de certificación en la Oficina de Correos), el letrado actuante presenta escrito en el que propone, dentro del plazo otorgado al efecto, como prueba documental la historia clínica de la paciente y de su hijo, y las ecografías que aporta, concretamente la realizada el 15 de abril de 2003 en el Centro de Especialidades del Dr. Quesada por el Dr. x.

Asimismo propone que se emita dictamen pericial por la Clínica Médico Forense de Murcia sobre:

*“— Las ecografías realizadas durante todo el periodo de gestación.*

*— Las posibilidades de detección de las anomalías del menor (x), antes de la semana vigésimo segunda.*

*— La posibilidad de existencias de métodos de diagnóstico precoz de malformaciones en el feto”.*

Por último, propone la testifical de los facultativos que cita en el folio 122, así como la del padre del menor, y la prueba de confesión de la paciente. Se acompaña también la cartilla sanitaria del embarazo (folios 124), en la que no se reseña, entre los antecedentes familiares, nada de interés.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 24 de febrero de 2005 se solicita a la Gerencia de Atención Primaria de Murcia copia de la historia clínica de la reclamante, así como informe del Dr. x., que atendió a la paciente.

La Gerencia de Atención Primaria de Murcia remite el historial el 11 de marzo de 2005, pero informa que el Dr. x. depende del Hospital Virgen de la Arrixaca, por lo que debe solicitarse a dicho Hospital el informe requerido. Tras conocer la instructora que el Dr. x. realiza su actividad profesional en la Unidad de Apoyo Ginecológico del Centro de Salud de Molina de Segura, solicita el informe a dicho Centro (folio 151), siendo finalmente evacuado el 14 de junio de 2005 en el siguiente sentido (folio 152):

*“X. fue vista por primera vez en mi consulta del centro de Salud Antonio García, de Molina de Segura, el 6-2-2003.*

*En esta primera visita, se realiza una ecografía, con el fin de saber exactamente la edad de gestación, midiendo la longitud céfalo-nalga del embrión, para posteriormente pedir el screening bioquímico prenatal del síndrome de Down. Puesto que si la determinación no está ajustada a las semanas ecográficas, es erróneo el resultado. En esta primera visita se ve la analítica, que fue completamente normal. En la ecografía que se realiza en esta primera visita (estaba de 10 semanas + 4 días), NO ES POSIBLE, EL DIAGNÓSTICO DE*

*MALFORMACIONES EN EL EMBRIÓN. Las ecografías posteriores de la gestación, se realizaron en el centro de especialidades Dr. Quesada.*

*Posteriormente, fue vista en las siguientes fechas:*

*20-3-2003 (semana 16+4): Control analítico, normal, Curso de gestación (Tensión arterial, peso, fondo uterino, frecuencia cardíaca fetal, movimientos fetales), dentro de la normalidad.*

*19-5-2003 (semana 25+1): Control analítico normal, Trae ecografía del 15-4-2003, realizada en centro de especialidades, como normal. Curso de gestación dentro de la normalidad.*

*30-6-2003 (semana 31): Curso de gestación dentro de la normalidad, se pide analítica y ecografía.*

*19-8-2005 (sic, debe ser 2003) (semana 38): Analítica normal, aporta ecografía del centro de especialidades, de fecha 18-7-2003, como normal. Se realiza monitor, no siendo satisfactorio, se remite al hospital para continuar con más pruebas.*

*No acude más a esta consulta de control de la gestación.*

*CON LOS CONTROLES NORMALES DE LA GESTACIÓN, NI CON LA PRIMERA ECOGRAFÍA EN LA SEMANA 10+4 DE GESTACIÓN, ES COMPLETAMENTE IMPOSIBLE DETECTAR MALFORMACIONES EN EL EMBRIÓN. Con las ecografías, que se realizaron en el centro de especialidades, también es muy difícil detectar este tipo de malformaciones.“*

**OCTAVO.-** Solicitado el informe del Dr. x. del Centro de Especialidades Dr. Quesada Sanz, es evacuado el 7 de julio de 2005 en el siguiente sentido (folio 156):

*“1.- Yo no he seguido, controlado y asistido la gestación y parto de la señora x., tan sólo he realizado la ecografía obstétrica de Nivel I de fecha 15.04.2003, en la semana 20+3 cronológicas según F.U.R. (fecha de última regla), cuya biometría corresponde a 19 semanas, y que se corresponde con la primera ecografía del 6 de febrero de 2003 realizada en el Centro de Salud de Molina de Segura.*

*2.- Se denomina ecografía obstétrica de Nivel I, ecografía básica, a la ecografía que describe la situación fetal, vitalidad fetal, biometría fetal y características de los anejos.*

*La ecografía de Nivel II (Diagnóstico Prenatal) requiere, según establece la Sección de Ecografía de la SEGO (Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia) de la cual formo parte como socio numerario 5859, de dos condiciones imprescindibles:*

*a) Ecógrafos de alta resolución equipados con Sistema Eco-Doppler.*

*b) Tiempo suficiente, estimado en 20 minutos por paciente, para una ecografía de Diagnóstico Prenatal (screening de malformaciones).*

*3.- En ningún caso, en el Centro de Especialidades Dr. Quesada Sanz, dependiente del Servicio Murciano de Salud, ni yo personalmente, ni mis compañeros ecografistas realizamos ecografías de Nivel II, ya que ni se dispone del aparataje adecuado, ni del tiempo suficiente, pues, en dos horas de consulta (120 minutos) hay citados 25 pacientes, por lo que disponemos de apenas cinco minutos para cada exploración ecográfica,*

*contando con que durante los 120 minutos no se realiza pausa alguna entre paciente y paciente.*

*4.- De todos modos, aún con el ecógrafo adecuado y el tiempo mínimo establecido para cada exploración ecográfica (20 minutos, según la SEGO), hay un 15-20% de malformaciones estructurales fetales que no son diagnosticadas prenatalmente.*

*Si nos referimos a las malformaciones estructurales menores, entre las que se incluyen la ausencia aislada de dedos en manos y pies o el acabalgamiento de los dedos, el porcentaje de fallo diagnóstico llega a un 50 %, como se describe en la literatura médica especializada.*

*Es decir, la ecografía obstétrica no es infalible aún con los mejores medios y en las mejores circunstancias.*

*5. - En el informe ecográfico obstétrico que se aporta a toda gestante en el Centro de Especialidades Dr. Quesada Sanz, se define: la biometría fetal (crecimiento fetal acorde o no al tiempo de gestación), la situación fetal, la vitalidad fetal (actividad física y actividad cardíaca) y las características de los anejos (localización placentaria y cantidad de líquido amniótico), y no se describe la presencia de malformaciones estructurales fetales pues, no es el cometido de dicha ecografía básica.*

*6.- En definitiva, no puedo ser responsable de no haber diagnosticado las malformaciones esqueléticas descritas, cuando el CE. Dr. Quesada Sanz, no es un Centro de Diagnóstico Prenatal de Malformaciones de III Nivel ni por el aparataje disponible ni por el tiempo dedicado al paciente”.*

**NOVENO.-** Constan la interposición por la reclamante del recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia contra la desestimación presunta de la reclamación (procedimiento ordinario 557/2005), y la providencia de dicha Sala solicitando el expediente administrativo y el emplazamiento de los interesados a la Consejería consultante, no existiendo datos en el expediente sobre el trámite procedimental en el que se encuentra dicho pleito (folios 161 a 188).

**DÉCIMO.-** Con fecha 29 de junio de 2006 se emite informe por la Inspección Médica (folios 191 a 197), alcanzando las siguientes conclusiones:

*“1. La asistencia prestada a x. durante los ingresos hospitalarios y el seguimiento de la gestación fue adecuada, ajustada a protocolos, y conforme al nivel de riesgo establecido (bajo riesgo).*

*2. Son precisos equipos con la tecnología adecuada, un tiempo para la exploración minuciosa y la experiencia del ecografista, para el diagnóstico en los niveles 2 y 3 cuando existe alto riesgo materno-fetal.*

*3. A pesar de los niveles diagnósticos establecidos las malformaciones estructurales menores (ausencia aislada de dedos en manos y pies, acabalgamiento de dedos en pies) alcanzan fallos diagnósticos cercanos al 50%.*

*4. La ecografía no es infalible, aún con los mejores medios y en las mejores circunstancias.”*

**UNDÉCIMO.-** La compañía aseguradora x. aporta dictamen médico colegiado elaborado el 2 de junio de 2006 por los doctores x, y, z., todos ellos especialistas en Obstetricia y Ginecología.

Su peritación se centra en dos aspectos: por un lado valorar si el número y calidad de las ecografías realizadas fue la correcta, y por otro relacionar las anomalías descritas con la sensibilidad ecográfica para su diagnóstico.

1) Sobre la valoración de las ecografías realizadas, el informe pericial señala que, desde un punto de vista ecográfico, se realizaron un total de 5 controles: en las semanas 7, 13, 20, 26 y 33. Destaca que posteriormente se realizaron otras a partir del primer ingreso y que todos estos estudios son informados como normales, sin que exista ninguna anotación con respecto a sospecha de anomalía alguna.

En relación con los controles recomendados actualmente, señalan:

*“Según el Protocolo sobre Asistencia Prenatal de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia durante un embarazo de curso normal se recomienda realizar tres ecografías, la primera entre la 11 y 12 semanas, la segunda entre la 18 y 22 semanas y la tercera entre la 32 y 36 semanas. En el embarazo de la señora x. se realizaron ecografías en las semanas 7, 13, 20, 26 y 33, y posteriormente tras su primer ingreso el 19 de agosto de 2003 se realizaron otras.*

*En resumen, podemos señalar, que, en este caso, tanto el número de ecografías realizadas, como la cronología de las mismas, se adecuaron a los actuales protocolos asistenciales.”*

2) Respecto a la calidad de las ecografías, en concreto la correspondiente a la semana 20, el informe pericial destaca:

*“Es bien cierto que entre las recomendaciones de la SEGO se señalan que este tipo de ecografías deberían ser practicadas por especialista de nivel IV (el más alto dentro de los establecidos por la Sección de Ecografía de la SEGO) y con equipos de última generación.*

*Es evidente que en este caso no se siguieron estas recomendaciones, como así lo asegura en el informe respecto al caso realizado por el especialista responsable de dicha ecografía, ni dispuso del tiempo recomendado, ni tenía un equipo de última generación, ni poseía el nivel IV aconsejado.*

*Ahora bien, estas recomendaciones, hoy por hoy, son literalmente imposibles de cumplir por dos razones:*

*Primero, por una cuestión puramente estructural, no existe un número suficiente de especialistas con nivel IV para realizar de manera rutinaria la ecografía de la semana 20 a todas las gestantes. Segundo, por un aspecto puramente científico. Está muy cuestionada la utilidad de la ecografía utilizada de forma sistemática en todas las gestaciones. El número de anomalías congénitas detectadas no justifica su práctica habitual en todas ellas. Existe amplia documentación de instituciones de indudable prestigio científico, en las que se insiste en la difícil justificación de la ecografía utilizada de forma sistemática. Está plenamente indicada en las gestaciones que representen un riesgo elevado de anomalías, mientras que en el resto, su uso debe ser tomado como una prueba de cribaje. En las gestaciones de bajo riesgo, tal y como la que nos ocupa, será precisa una ecografía de nivel básico en la semana 20, de forma que dependiendo de los hallazgos, si existiera algo anormal, debería ser enviada a un centro de referencia donde se sitúan los especialistas de nivel avanzado con los mejores equipos.*

*La propia SEGO señala que “cuando los recursos disponibles tanto técnicos como humanos, en función de la demanda asistencial, no permitan realizar la exploración ecográfica de diagnóstico prenatal, se realizara una de nivel básico en el mismo periodo de gestación”.*

3) Por lo que respecta a la sensibilidad de la ecografía en el diagnóstico de las anomalías como las que sufre el menor, el informe hace referencia a un estudio reconocido (EURO-FETUS), cuyo objetivo fue evaluar la eficacia de la ecografía prenatal en la detección de malformaciones en población no seleccionada: *“En este estudio sólo se logró detectar el 22’8% de las deformidades reductoras de miembros superiores, de lo que deduce: podemos comprobar como la ecografía no tiene una buena sensibilidad para el diagnóstico del tipo de anomalías como las del caso que nos ocupa”.*

4) En relación con las manifestaciones del letrado actuante en el escrito de reclamación (“de conocer dichas anomalías los reclamantes hubieran optado por la interrupción voluntaria del embarazo”), los peritos la cuestionan, al considerar que las malformaciones que presenta el menor deben ser calificadas de menores, y derivadas de tal condición, suponen un ligero menoscabo de su actividad social y *“privar a un ser humano afecto de estas anomalías es de difícil aceptación desde el punto de vista médico y por supuesto, ético”.*

Tras las consideraciones médicas, extraen las conclusiones de que el control prenatal fue correcto y, en cuanto a las ecografías, tanto el número como su cronología, fueron las adecuadas, según los actuales protocolos asistenciales. Destacan que se trataba de una primera gestación en una paciente de 32 años de edad, sin antecedentes médicos de interés ni patología concomitante, por lo que la gestación cabe calificarla de bajo riesgo (folio 210).

**DUODÉCIMO.-** Con fecha 18 de octubre de 2006 se informa a los interesados de la apertura del periodo de prueba, estimándose pertinente por la instructora la práctica de la pericial propuesta por la parte reclamante consistente en un informe pericial de la Clínica Médico Forense, así como la documental que se aporta; por el contrario, se considera innecesaria la testifical de los Drs. x, y., puesto que sus informes obran en el expediente, y la de Dr. x., que atendió privadamente a la paciente, si bien en este último caso considera que debería reconducirse a una pericial, dado que lo que se discute es una cuestión científica, no fáctica. Por último, considera innecesaria la testifical del padre del menor, al igual que la confesión de la reclamante, si bien se indica la posibilidad de aportar la declaración de ésta si se estima oportuno.

**DECIMOTERCERO.-** El 21 de noviembre de 2006, la parte reclamante aporta la prueba declarada pertinente, así como nueva documentación clínica (informe de la doctora x. del Hospital San Juan de Dios de Barcelona y estudio radiológico convencional del Hospital de la Arrixaca).

Entre la documentación aportada (folios 218 a 222), figura la declaración de la madre relatando todas las actuaciones médicas hasta la fecha (el 21 de noviembre de 2006), así como el informe médico realizado por la Dra. x., perteneciente al grupo médico --, S.L., (folios 223 a 228), que extrae las siguientes conclusiones:

*“1. Que el menor x. nació con polimalformaciones de las que deberá ser tratado médica y quirúrgicamente.*

*2. Que de todas ellas la hipoplasia cubital sí se podía haber diagnosticado e informado de ello a los padres del menor.*

3. *Que el menor deberá ser sometido a diversas intervenciones quirúrgicas presentando una incapacidad para desarrollar algunas de las actividades de ocio y profesionales en el futuro.*”

**DECIMOCUARTO.-** Solicitado informe complementario a la Inspección Médica, se ratifica en su informe inicial (folio 235) y manifiesta que los controles obstétricos y ecográficos realizados durante la gestación fueron adecuados a un embarazo de bajo riesgo, y no fue hasta después del nacimiento del niño, cuando los interesados refieren antecedentes familiares (rama paterna) de malformaciones en los dedos de los pies similares a los del recién nacido. Por último, al tratarse en el caso del recién nacido de malformaciones menores y muy poco frecuentes, no es posible el diagnóstico en el nivel 1 ecográfico.

**DECIMOQUINTO.-** Se comunica a los interesados la apertura del trámite de audiencia, presentándose escrito de alegaciones por parte de la reclamante con fecha 19 de marzo de 2007, en el que manifiesta que, tal y como se recoge en el informe del Dr. x. y en el aportado por la aseguradora x., no se siguieron las recomendaciones de la SEGO, pues ni el Dr. x. era especialista de nivel IV, ni dedicó el tiempo de 20 minutos recomendado por aquella.

Argumenta, asimismo, que la hipoplasia de cubito es una malformación mayor y que como tal debería haberse detectado en una ecografía, aunque ésta sea de nivel I, y que las malformaciones del feto eran visibles en la ecografía realizada entre la semana 32 y 38, en la que tampoco se detectaron y mucho menos, por tanto, se informó a sus progenitores.

Señala que, dado que la paciente tuvo en la semana 7 una amenaza de aborto, debió considerarse el embarazo como de alto riesgo.

Por último, se ratifica en la indemnización solicitada de 600.000 euros.

**DECIMOSEXTO.-** La propuesta de resolución, de 31 de marzo de 2008, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no concurrir los requisitos necesarios para reconocer la existencia de responsabilidad patrimonial, dado que no se ha probado la existencia de nexo causal entre el daño alegado y la asistencia recibida de los profesionales del Servicio Murciano de Salud.

**DECIMOSÉPTIMO.-** Con fecha 10 de abril de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 RRP.

#### **SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.**

1. La reclamante ostenta legitimación activa para reclamar en cuanto alega un daño, consistente en la privación del derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo,

que atribuye a la falta de diligencia del Servicio Murciano de Salud para prevenir las deformidades que padece su hijo, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

En cuanto a la legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, como titular del centro hospitalario y del servicio público de asistencia sanitaria a cuyo funcionamiento se imputan los daños. No obstante, si bien inicialmente la acción parece también dirigirse, de forma concurrente con los facultativos de la sanidad pública, al médico que prestó la asistencia médica privada a la paciente (folio 9), sin embargo, con posterioridad se ha omitido su intervención, presumiblemente de forma intencionada, en el control de la gestación de la paciente. Téngase en cuenta que el artículo 9.4 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, prescribe que los tribunales del orden contencioso administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio. y si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también su pretensión ante este mismo orden jurisdiccional.

2. Interpuesta la reclamación el 12 de agosto de 2004, habiendo nacido el menor el 27 de agosto del año anterior (2003) es evidente que aquélla ha sido formulada dentro del plazo de un año que el artículo 142.5 LPAC señala para la prescripción del derecho a reclamar.

3. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP.

De otra parte, la circunstancia de que se haya interpuesto por la reclamante el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación, no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (artículo 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, siempre y cuando no hubiera recaído sentencia, pues la reclamante puede desistir o solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa. En todo caso convendría que el departamento consultante actuara coordinadamente con la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad, en su condición de centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que es parte la Administración regional (artículo 4.2 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), como ya sugerimos en nuestro Dictamen núm. 72/06.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.



Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

**CUARTA.- Sobre el daño alegado: la privación del derecho a decidir.**

Con carácter previo ha de señalarse que la reclamante imputa a la Administración un funcionamiento anómalo, al considerar que las malformaciones sufridas por el menor en ningún momento fueron detectadas, privándole del derecho a la interrupción del embarazo. Por lo tanto, no sostiene que las lesiones del menor sean debidas a la praxis médica, ni que los facultativos de la sanidad pública las hubieran podido evitar, sino que contrae la reclamación a la omisión de información de las malformaciones del feto, que le privó del derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo. Es decir, se alega un daño moral, concretado en el poder de la persona de autodeterminarse. O si se quiere una pérdida de oportunidad de haber adoptado una decisión.

Situada la pretensión en el ámbito de la detección de las malformaciones del *nasciturus*, conviene tomar como punto de partida la doctrina del Tribunal Supremo, reflejada en la sentencia de 30 de junio de 2006 (recurso de casación para unificación de doctrina 217/2005):

*“Importa precisar, y resulta especialmente relevante, que los actores solicitaron una indemnización de 72.000 euros no por las lesiones físicas con las que nació su hija, sino*

*por lo que consideraban que era un daño resarcible diferente, cual era haber privado a los recurrentes y en especial a la madre, de una información trascendente para optar por la posibilidad de aborto eugenésico, lesionando su facultad de autodeterminación ligado al principio de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución) y el derecho a la información para ejercer sus libres determinaciones (art. 10.1, 5 y 6 de la Ley General de Sanidad). En definitiva pues solicitan indemnización por el daño moral, derivado de no haber podido optar por la interrupción del embarazo al no haberseles informado sobre las malformaciones del feto.*

*Esta Sala en reiteradas sentencias por todas citaremos la de 29 de marzo de 2006 y 3 de octubre de 2000 ha dicho que el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave (...)*

*Sin embargo, sí podría existir un daño moral, si concurriesen los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en la sentencia 53/1985, 11 de abr., FJ 8, “nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) ...”. En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida (...)*”.

**QUINTA.- Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.**

A) En primer lugar conviene traer a colación los Antecedentes clínicos a tener en cuenta para la valoración del presente caso:

1) La reclamante, cuando sucedieron los hechos, tenía 32 años de edad, primigesta y sin antecedentes médicos de interés, según la cartilla sanitaria de embarazo (folio 126).

2) Salvo un ingreso el 13 de enero de 2003 en el Hospital Virgen de la Arrixaca por sangrado (metrorragia), en la edad gestacional de 7 semanas, que cedió durante el mismo, siendo dada de alta al día siguiente con el diagnóstico de gestación evolutiva (las analíticas fueron normales y se realizó una ecografía en la que se vio un embrión vivo de 5 mm compatible con gestación de 6 semanas), el embarazo tuvo una evolución normal, según detalla el ginecólogo que la atendió en Atención Primaria (Antecedente Séptimo).

3) La paciente acudió por primera vez a la consulta de ginecología del Centro de Salud de Molina de Segura de Segura el 6 de febrero de 2003 (semana 10ª y 4 días de gestación), comprobándose, según la cartilla de embarazo (folio 127), que se pesó, se midió la tensión arterial, se valoró la analítica y se realizó una ecografía, donde se comprobó la existencia de un embrión vivo con una longitud céfalo-nalga de 2,6 cm.

4) Las siguientes revisiones en el Centro de Salud de Molina de Segura para control de la gestación fueron el 20/3/03 (semana 16 y 4 días), 19/05/03 (semana 25 y 1 día), 30/06/03 (semana 31) y 19/03/08 (semana 38), en las que además de la exploración y controles analíticos, se solicitaron las exploraciones complementarias (ecografías en el Centro

de Especialidades Dr. Quesada) resultando todos los controles dentro de la normalidad. Consta también que se le realizó un screening bioquímico (14/3/2003), cuyo resultado fue riesgo bajo de síndrome de Down sin alteraciones significativas. Fue en la revisión del 19/08/03 (semana 38), al realizarle un monitor que no resulta satisfactorio, cuando se remite al Hospital Virgen de la Arrixaca, ingresando ese mismo día por la existencia de pródromos. Durante el ingreso cedieron las contracciones, se realizaron controles de frecuencia cardíaca fetal y monitores a diario por las matronas, que resultaron normales, y se solicitó nueva analítica y ecografía que informa: cefálica dorsoanterior, actividad cardíaca positiva, movimientos fetales positivos, DBP (88); fémur (64); PC (31,5) y PA (28). Se describe una pequeña dilatación del III ventrículo, recomendando exploración neonatal. Doppler normal y parámetros <Amenorrea.

La paciente fue dada de alta hospitalaria el 23 de agosto siguiente (folio 49), si bien se recomienda control por el tocólogo de zona.

5) El 27 de agosto de 2003 (semana 38 y 3 días de gestación) ingresa por la rotura prematura de membranas, naciendo por alumbramiento espontáneo un varón de 2.430 gr., tras un parto eutócico y test de Apgar de 9/10. El puerperio inmediato transcurrió sin complicaciones, siendo dada de alta el 29/08/03 (folio 64).

6) El recién nacido, x., ingresa desde paritorios en el Servicio de Neonatología por malformaciones en miembros: mamila supernumeraria izquierda, ectrodactilia en ambas manos con agenesia completa del 5º dedo de la mano derecha y del 4º y 5º de la mano izquierda, acortamiento del antebrazo izquierdo con agenesia del cúbito, en ambos pies acabalgamiento de 2º y 4º dedos sobre el 3º y comunicación interventricular muscular doble (pequeñas), sin repercusión hemodinámica ni dilatación ventricular. Los resultados de los exámenes complementarios (hemograma, bioquímica, mapa óseo, ecografías cerebral y renal) resultaron normales (folios 80 y 81). Pendiente del resultado de cariotipo, al día siguiente de su nacimiento (el 28/08/03) fue dado de alta con citaciones para valoración o seguir revisiones en consultas de pediatría, cardiología y genética clínica.

7) El menor fue diagnosticado de síndrome de Holt-Oram, que es un trastorno de herencia autosómico dominante, que se caracteriza por anomalías esqueléticas en la extremidad superior y cardiovascular. Tiene una incidencia estimada de 1/100.000 nacidos vivos. Hasta la actualidad se han descrito aproximadamente 200 familias afectadas. La pericial de la parte reclamante señala que estas malformaciones congénitas de los miembros superiores no son frecuentes, afectando a menos del 0,2 % de los nacidos vivos. Muchas de ellas son malformaciones leves que tienen escasa repercusión funcional. Sin embargo, añade que su amplia variabilidad exige al cirujano de la mano un profundo conocimiento de la anatomía y de los principios quirúrgicos (folio 227).

B) En segundo lugar, presupuesto para determinar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, es la valoración de la praxis médica seguida con la paciente, en relación con las concretas imputaciones realizadas a los facultativos del Servicio Murciano de Salud, lo que exige entrar a considerar las siguientes cuestiones:

1ª) Sobre si el número de ecografías realizadas se ajusta o no a la normopraxis.

Ha quedado acreditado en el historial que a la reclamante le practicaron cinco ecografías durante el embarazo, sin contar las posteriores tras su ingreso en el Hospital Virgen de la Arrixaca el 19 de agosto de 2003, ajustándose al Protocolo sobre Asistencia Prenatal de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia (SEGO) para un embarazo de curso nor-

mal, que recomienda la realización de tres: la primera entre las semanas 11 y 12; la segunda entre las semanas 18 y 22; y la tercera entre las semanas 32 y 36.

Por ello, tanto el informe de la Inspección Médica como el de los peritos de la aseguradora coinciden en que el seguimiento de la gestación fue el adecuado (el primero), y que el número de las ecografías realizadas, así como su cronología, se ajustaron a los actuales protocolos asistenciales (el segundo).

2ª) Sobre si a la paciente se le tenía que haber realizado las ecografías de nivel 2 y 3, por tratarse de una embarazada de alto riesgo.

Según el escrito de alegaciones, se le tenía que haber realizado a la paciente las ecografías por un especialista de nivel IV, empleándose el tiempo recomendado por la SEGO, y considerar al embarazo de la paciente como de alto riesgo por la amenaza de aborto producida en la semana 7ª.

Para valorar estas imputaciones conviene partir de los datos que suministra la Inspección Médica sobre el riesgo obstétrico, que clasifica a las gestantes en dos poblaciones claramente definidas: embarazadas de alto riesgo, por presentar antecedentes o alteraciones en el curso de la gestación que determinan un riesgo clínico elevado para la madre o el feto. En tal caso la atención y el seguimiento de la gestación se realiza en atención especializada.

Por el contrario, las embarazadas de bajo riesgo son controladas por atención primaria. Los exámenes durante un embarazo normal son las ecografías de nivel 1, cuyos principales objetivos son, según la Inspección Médica: el diagnóstico de la edad gestacional, el embarazo único o múltiple, la vitalidad, biometría y adecuado desarrollo ponderal fetal, las características de los anejos (placenta, líquido amniótico, etc.), y la presencia de malformaciones mayores evidentes o de masas pélvicas fetales.

Las ecografías de nivel 2 y 3 se realizan a embarazadas de alto riesgo materno-fetal, y en pacientes derivadas del nivel 1, por ecografistas especializados, ecógrafos de alta resolución equipados con sistema Eco-Doppler y con unas necesidades de tiempo que permiten el diagnóstico, adelantar un pronóstico y eventualmente efectuar una amniocentesis o efectuar un tratamiento.

Esta organización de los niveles ecográficos establecidos por la sanidad pública tiene como finalidad adecuarse al rendimiento asistencial y a sus propias limitaciones de medios, teniendo en cuenta, como la propia SEGO reconoce, que *“cuando los recursos disponibles tanto técnicos como humanos, en función de la demanda asistencial, no permitan realizar la exploración de diagnóstico prenatal en la semana 20 se realizará una de nivel básico en el mismo periodo de gestación”*. Además, los peritos de la aseguradora indican que la recomendación de la SEGO de que este tipo de ecografías en la semana 20 deberían ser practicadas por especialistas de nivel IV (el más alto) y con equipos de última generación, resulta hoy imposible de cumplir porque no existen un número suficiente de especialistas con nivel IV para realizar de forma rutinaria la ecografía de la semana 20 a todas las gestantes. También destacan estos últimos que está plenamente indicada en las gestaciones que representen un riesgo elevado de anomalías, mientras que en el resto su uso debe ser tomado como prueba de cribaje, y si existiera algo anormal, debería ser enviada a un centro de referencia donde se sitúen los especialistas de nivel avanzado.

En su aplicación al presente caso, pese a que el letrado actuante sostenga en el escrito de alegaciones que la paciente era una embarazada de alto riesgo, por el sangrado de la 7ª

semana que remitió sin problemas, tanto la Inspección Médica como los peritos de la aseguradora coinciden en que se trataba de una paciente de bajo riesgo obstétrico. No contradice esta valoración el perito de la parte reclamante que ni tan siquiera entra a valorar este extremo. En relación con sus antecedentes familiares, la paciente sólo manifestó la existencia de malformaciones de dedos en los pies similares al recién nacido en la rama paterna después de su nacimiento (Antecedente Decimocuarto), sin que conste que se comunicara con anterioridad (no figura en los antecedentes de la cartilla sanitaria de la embarazada).

Por tanto, con una gestación de bajo riesgo, se aplicó una ecografía de nivel básico en la semana 20, de acuerdo con los niveles establecidos por la organización sanitaria. De hecho en el centro de Especialidades Dr. Quesada no se realizan ecografías de nivel II, pues no disponen de aparataje adecuado, además del tiempo necesario, que es aplicable a aquel nivel.

Sobre las limitaciones de medios disponibles por la organización sanitaria, resulta de interés traer a colación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 6 de octubre de 2006, citada por la propuesta de resolución, sobre un supuesto de responsabilidad patrimonial que guarda similitud con el presente, en el que se cuestiona también si era exigible el diagnóstico prenatal con aparatos de alta resolución (nivel II y III): *“Es cierto que el servicio médico podría ser óptimo, pero eso es algo que se aleja de la realidad y que no tiene en cuenta la existencia de medios limitados y de prioridades en relación con esos medios. Con esos medios limitados, repetimos, es necesario establecer prioridades, ya que los medios que se emplean para una prestación se retiran de otras. Y esas prioridades y servicios comunes, marcados de manera coordinada por los distintos Servicios de Salud, conforme a la Ley General de Sanidad, sólo prevén la realización de ecografías de niveles más altos en los casos de embarazos de riesgo (madre de más de 35 años, con antecedentes o historias repetidas de aborto). Y ese no es nuestro caso, sin que el hecho de haber tenido un aborto convierta el embarazo en embarazo de riesgo (...). Adviértase en el presente caso las diferencias con el reseñado, pues la paciente, de 32 años, era primigesta y sin antecedentes clínicos reseñables.*

3ª) Sobre la existencia de un funcionamiento defectuoso al no haberse detectado las malformaciones en las ecografías realizadas, aunque fueran de nivel básico.

La reclamante considera que si se hubieran realizado correctamente las ecografías se hubiera objetivado, al menos, la hipoplasia del cúbito, e incluso la agenesia de los dedos. En todo caso señala que dichas deformidades son visibles en las ecografías de la semana 32 y 38.

Sin embargo, otras de las conclusiones que alcanzan mayoritariamente los distintos pareceres médicos obrantes en el expediente es que a pesar de los niveles diagnósticos establecidos las malformaciones estructurales menores, entre las que se incluyen la ausencia aislada de dedos en manos y pies, o el acabalgamiento de los dedos, el porcentaje de fallos diagnósticos llega a un 50%, según se describe en la literatura médica especializada.

Con mayor profundidad los peritos de la aseguradora, que se basan en un estudio denominado Eurofetus, en el que participaron 61 Servicios de Obstetricia durante tres años, cuyo objetivo fue evaluar la eficacia de la ecografía prenatal en la detección de malformaciones en población no seleccionada, extraen la siguiente conclusión: *“En este estudio sólo se logró detectar el 22’8% de las deformidades reductoras de miembros superiores, de lo que deduce: podemos comprobar como la ecografía no tiene una buena sensibilidad para el diagnóstico del tipo de anomalías como las del caso que nos ocupa”.*

Frente a la pericial de la parte reclamante que sostiene, aunque huérfana de motivación, que de todas las malformaciones se podría haber diagnosticado e informado a los padres de la hipoplasia cubital, contradiciendo, por cierto, la postura de la parte reclamante, los peritos de la aseguradora, sobre la base del estudio citado, alcanzan la conclusión de que la ecografía prenatal, respecto a las anomalías que presentaba el menor, tiene la siguiente sensibilidad:

- defectos ventriculares: sensibilidad del 11,5 %.
- deformidades por reducción de los miembros superiores: sensibilidad del 22,8 %.

En definitiva, cabe destacar de las anteriores valoraciones que la ecografía no tiene una buena sensibilidad para el diagnóstico del tipo de anomalías como las que padece el menor. Así lo destaca el informe complementario de la Inspección Médica (Antecedente Decimocuarto).

Por último, en relación con la afirmación de que las malformaciones se podían haber detectado entre las semanas 32 y 38 e informado de ellas a los padres, los informes médicos obrantes en el expediente no dilucidan tal cuestión, pero tampoco la pericial de la parte reclamante que hace únicamente referencia a que se podía haberse detectado la hipoplasia del cúbito sin concretar en qué periodo. Aun reconociendo tal posibilidad, como recoge la propuesta de resolución, esa falta de diagnóstico no habría producido el daño alegado por la reclamante, pues la legislación en nuestro país limita la interrupción del embarazo por malformaciones a las primeras 22 semanas, por lo que en el caso de que se hubiera detectado entre las semanas 32 y 38 no se habría podido interrumpir el embarazo.

C) En último lugar, quedaría por examinar la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público descrito con anterioridad con el daño alegado, es decir, si el conocimiento de las anomalías del menor antes de la semana 22 hubiera permitido a la progenitora optar por la interrupción voluntaria del embarazo, cuya privación es el daño que alega la reclamante. Resulta contradictorio con tal planteamiento que la pericial de la parte reclamante omita tal posibilidad, y de otra que la propia paciente, en su declaración de 21 de noviembre de 2006, manifieste que el menor tiene una minusvalía reconocida por el ISSORM del 33%.

En todo caso, los peritos de la aseguradora cuestionan tal aseveración del letrado actuante relativa a que la reclamante hubiera tomado la decisión de interrumpir voluntariamente el embarazo, pues consideran que las anomalías del menor deben ser consideradas como menores y, privar de la vida a un ser humano afecto de estas anomalías, es de difícil aceptación desde el punto de vista médico y ético.

Desde un punto de vista legal, conviene recordar que el artículo 417 bis.1,3 del Código Penal contempla como supuesto no punible el aborto en el caso de que se presuma que el feto habrá de nacer con graves taras físicas y psíquicas, siempre que se practique dentro de las veintidós semanas de gestación y que el dictamen sea emitido por dos especialistas del centro o establecimiento sanitario. Sin embargo, la parte reclamante no aporta informes que avalen que tales malformaciones constituyen graves taras físicas a efectos del aborto eugenésico citado, previsto para anomalías fetales incompatibles con la vida (Dictamen 844/2007 del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana).

A mayor abundamiento, el informe pericial de parte expone que el menor presenta una incapacidad limitada a determinadas actividades de ocio y profesionales, lo que corrobora

en cierto modo el grado de minusvalía reconocido por el ISSORM (33%), según la declaración de la interesada, que conduce, sin mayor profundización porque así se ha querido por la parte reclamante, a que sea difícilmente subsumible en el supuesto legal descrito, si se tiene en cuenta, además, que la única deformidad que considera la perito que podía haberse detectado a través de las ecografías, es la hipoplasia del cúbito izquierdo.

Por lo demás, el Consejo Jurídico reconoce el sufrimiento relatado por la reclamante y la necesidad de futuras intervenciones quirúrgicas (folios 218 y ss.), además de los desplazamientos hospitalarios (Hospital San Juan de Barcelona), pero las malformaciones del menor no tienen su origen en la praxis médica, y si no se le informó a los progenitores durante el embarazo fue porque no se detectaron en las ecografías realizadas (tampoco, al parecer, por el facultativo que la atendió privadamente), habiéndose acreditado en el presente procedimiento la baja sensibilidad de la ecografía para detectar las que presentaba el *nasciturus*; no obstante, aún en la hipótesis de que se hubiera detectado la hipoplasia del cúbito izquierdo e informado a la paciente, no se ha acreditado la relación de causalidad con el daño alegado (privación del derecho a decidir la interrupción voluntaria del embarazo) por las razones indicadas. Por tanto, la reparación en el presente caso no puede venir dada por el título de imputación de la responsabilidad patrimonial, que no se ha acreditado, sino en el seno de la acción social, como postulan normas de reciente aprobación (Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia).

A mayor abundamiento, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 6 de octubre de 2006, ya citada, expone:

*“Y desde luego, resolver en el sentido de que una información antes del parto hubiera disminuido el sufrimiento de la madre, aparte de no guardar relación con el planteamiento de la actora (que liga el daño a la pérdida de la opción) es afirmar, sin expresar razón alguna para ello, un futuro. Y, de los futuros condicionados, nadie puede asegurar nada a ciencia cierta, e incluso puede imaginarse otro curso de los hechos, que, aparte de los temores propios del embarazo, hubiese implicado un mayor sufrimiento.”*

#### **SEXTA.- Cuantía indemnizatoria.**

Se solicita por la parte reclamante una cantidad a tanto alzado de 600.000 euros, sin mayor justificación y concreción, cuando le compete la carga de probar la evaluación económica de la responsabilidad que reclama (art. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Además la cantidad indicada resulta claramente desproporcionada, al no circunscribirse a las concretas secuelas que presenta el menor, concretamente a la única deformidad detectable en las ecografías, según sostiene la pericial de la parte reclamante (hipoplasia cubital), y al haberse acogido a las reconocidas en casos de minusvalías en la que existe una incapacidad casi total derivada de problemas de nacimiento (Dictamen núm. 164/2008 del Consejo Jurídico), que no concurre en el presente supuesto.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, en la medida que no se aprecian en el supuesto sometido a consulta la

concurrencia de los requisitos para reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración regional en materia sanitaria (Consideración Quinta).

**SEGUNDA.-** Tampoco se considera justificada la cuantía indemnizatoria reclamada (Consideración Sexta).

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 184/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante:** Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)

**Fecha:** 17/11/08

**Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 23/2008.*

**DICTAMEN 185/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante:** Consejera de Sanidad (2004)

**Fecha:** 17/11/08

**Extracto de Doctrina**

*1. Ha de concluirse a favor de la no extinción “mortis causa” de los derechos indemnizatorios generados por los daños que el anormal funcionamiento administrativo pudo causar al reclamante, así como la aptitud de tales derechos (reclamados, pero no reconocidos al momento del fallecimiento de la víctima) para ingresar en su herencia, a favor de la comunidad hereditaria resultante. En el Dictamen 184/06 de este Consejo Jurídico se contiene una extensa síntesis de dicha doctrina (...)*

*2. El carácter evitable o no de la infección aparece relacionado con el criterio jurisprudencialmente configurado de la “lex artis”. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones.*



## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 9 de mayo de 2005, x. y su esposa, x., interponen reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Servicio Murciano de Salud, por los daños sufridos como consecuencia de la atención sanitaria prestada al primero de los actores.

Según la reclamación, sufrió de cefaleas reiteradas e inespecíficas que trató inicialmente con analgésicos hasta que, el 19 de enero de 2000 en el Hospital Virgen de la Arrixaca, se le detectó una “tumoración cerebral que nace en la hoz del cerebro, que se extiende a ambos lados, sobre todo en el lado derecho y que es sugestivo de una naturaleza meningiomatosa”.

El 7 de marzo es intervenido en el indicado Hospital, practicándole una “craneotomía frontal derecha que sobrepasa 15 mm. la línea media”.

Durante la estancia en la UCI, tuvo un cuadro febril con hipertermia, siéndole aislado en hemocultivo y catéter venoso *Cándida Albicans*. Al alta, se produce una aparente mejoría, aunque al mes vuelven las cefaleas y la fiebre. Finalmente, es ingresado de nuevo en julio, siendo alta el 29 de agosto, tras practicarle pruebas de líquido cefalorraquídeo (LCR).

El 1 de septiembre, debido a la presencia de cefaleas intensas y fiebre por encima de 38°5', unido a una infección respiratoria y el comienzo de cefaleas gravativas y fiebre, fue nuevamente ingresado, siendo dado de alta el 2 de octubre. A dicha fecha, ya se sospechaba la existencia de una meningitis bacteriana, por lo que se realiza nuevo tratamiento antibiótico y con corticoides, identificándose la presencia de *cándida albicans*.

Entre el 2 y el 6 de noviembre vuelve a estar ingresado.

Ante la persistencia y agravación de los síntomas, se trasladó a la Fundación Jiménez Díaz de Madrid, donde el 13 de noviembre se informa: *“En los últimos estudios de imagen se detecta una imagen anillada en zona operatoria que abarca también al otro lado situada sobre el cuerpo calloso y dilatación ventricular (...). Nos parece absolutamente preciso intervenir esa masa anillada, extirparla y analizarla”*.

Del 13 de diciembre de 2000 al 14 de enero de 2001, vuelve a la Arrixaca, donde es sometido a diversos tratamientos. En informe de 12 de enero de los Dres. x, y., se hace constar lo siguiente:

*“No se practicó punción del lecho quirúrgico del meningioma por craneotomía o por esterotaxia debido a las dudas diagnósticas de que dicha imagen fuera muy compatible con un absceso (efecto de masa mínimo en el cuerpo calloso y en el cerebro adyacente) (...) Tenemos alguna duda de que pueda ser un absceso pero el hecho de que no tenga un efecto de masa significativo nos hace pensar que existen muchas posibilidades de que simplemente se trate del lecho quirúrgico encapsulado (...) En último extremo realizaremos punción de la dudosa imagen de absceso cerebral con vistas a descartar cualquier foco de acantonamiento (...) Le hemos expresado nuestra opinión a la familia y prefieren contactar con otros servicios neuroquirúrgicos para una segunda opinión. Facilitamos las exploraciones neurorradiológicas a la familia para que puedan ser evaluadas por los Neurocirujanos que vayan a estudiar al paciente”*.

El 14 de enero de 2001 ingresa en la Clínica Quirón de Barcelona, donde el 23 del mismo mes se reabre la craneotomía extrayendo un importante absceso cerebral ubicado en

el cuerpo caloso por debajo de la zona quirúrgica, de donde se evacuan fibras correspondientes a una porción de torunda de algodón.

Entre el 1 de febrero de 2001 y el 1 de julio de 2002, se relatan diversas actuaciones relacionadas con el sistema de derivación (sistema ventrículo-peritoneal con válvula) que causan diversas complicaciones, entre las que destacan repetidas hidrocefalias.

A la fecha de la reclamación, el paciente presenta una situación de gran invalidez que, para los reclamantes, es consecuencia directa de la meningitis crónica producida por *Candida albicans*, adquirida durante su estancia en el Hospital Virgen de la Arrixaca. Si bien no es posible determinar el momento en que se produjo la infección, teniendo en cuenta el carácter ubicuo del indicado hongo, lo cierto es que la primera demostración objetiva de la infección tiene lugar durante la estancia del paciente en la UVI del citado Hospital, al aislarse el microorganismo en hemocultivo. Por ello, consideran los reclamantes que en cualquiera de las actuaciones y situaciones que se produjeron desde su ingreso hospitalario, pasando por la intervención neuroquirúrgica de extirpación de un meningioma de la hoz, la posterior reintervención para evacuación de un hematoma en el lecho quirúrgico, la anestesia, su estancia en la sala de reanimación o en la UVI, pudo el paciente contagiarse o producirse una situación de inmunodeficiencia que facilitase la invasión meníngea del agente infeccioso, considerando evidente que la meningitis por *Candida albicans* se produjo con ocasión y como consecuencia del ingreso del paciente en el Hospital público.

La pretensión indemnizatoria asciende a 976.489 euros para el enfermo, a la que habría que incorporar los días de hospitalización y curación posteriores a los que se han tenido en cuenta para calcular dicha cantidad, así como las cantidades que se determinen para adecuación de la vivienda y del vehículo propios. Para la esposa, se solicita una indemnización de 300.000 euros por daños morales.

Para acreditar sus imputaciones, los reclamantes aportan la siguiente documentación:

- Informe pericial de parte, elaborado por especialista en Neurología.
- Informe médico de valoración del daño personal.
- Informe oftalmológico.
- Informe del neurocirujano que extrajo la porción de torunda de algodón.
- Testimonio de las actuaciones penales y auto de archivo.
- Partes de alta y baja e informe de vida laboral.
- Resolución de reconocimiento de gran invalidez.

Asimismo, los reclamantes proponen prueba documental (historias clínicas e informes de los diversos centros sanitarios donde fue atendido); pericial (las aportadas, más el informe de la Cátedra de Medicina Legal de la Universidad de Murcia y las que procedan para acreditar la necesidad de adecuación de la vivienda familiar y del vehículo del interesado); y testificales (del representante de la mercantil donde trabajaba el interesado, del jefe de la Policía Local de San Pedro del Pinatar y del neurocirujano que le extrajo el cuerpo extraño).

**SEGUNDO.-** Constan en el expediente las actuaciones penales seguidas con ocasión de denuncia presentada, el 16 de enero de 2003, contra los doctores que realizaron las primeras aperturas craneales por el olvido de la porción de torunda de algodón. El 12 de mayo de

2004, el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Murcia acuerda el sobreseimiento libre de los dos imputados y el archivo de las actuaciones penales, siendo notificado a los interesados el 26 de mayo siguiente.

En el curso de dichas actuaciones se emiten los siguientes informes:

a) El de un Catedrático de Neurocirugía de la Universidad Complutense que alcanza las siguientes conclusiones:

*“1ª. La actuación del Servicio de Neurocirugía de Murcia, en colaboración con otros Servicios del mismo Centro Hospitalario, fue, en todo momento, correcta en cuanto al diagnóstico y/o tratamiento de la patología principal, hematoma post operatorio, déficit motor e insuficiencia respiratoria a que se refiere el presente informe.*

*2ª. En particular, y respecto a la infección, debe descartarse la hipótesis de que fuera causada por un cuerpo extraño, “olvidado” en el lecho quirúrgico, como muestran:*

*— La utilización exclusiva de gasas y lentinis radiopacas.*

*— El resultado negativo de las pruebas radiológicas realizadas.*

*— La persistencia de la infección, tras la evacuación del denominado “absceso”, por cuerpo extraño “algodonoso”, sin que conste, por otra parte el análisis microscópico de uno u otro.*

*3ª. La infección es atribuible a microorganismos comensales, que se encuentran en diversas partes del organismo y que producen enfermedad cuando disminuyen las defensas orgánicas, como sucedió en este caso.*

*El diagnóstico es el de candidiasis hematógena diseminada, al haberse aislado la candida albicans en sangre y en líquido cefalorraquídeo. Ello justifica la recurrencia de la infección.*

*4ª. Los procedimientos diagnósticos y terapéuticos, instaurados por o bajo la supervisión del Servicio de Neurocirugía del Hospital Virgen de la Arrixaca, en relación con el proceso infeccioso fueron plenamente adecuados, recurriendo primero a métodos no invasivos y proponiendo una nueva craneotomía para confirmar el diagnóstico que, si no realizó el Servicio, fue por decisión libre del enfermo.*

*En definitiva, el diagnóstico y tratamiento recibidos por x., en el servicio de neurocirugía de Murcia, en relación con su patología principal y las complicaciones derivadas, son plenamente conformes con el estado actual de la ciencia neuroquirúrgica y con las prácticas habituales y más diligentes. Ninguna de las complicaciones y secuelas descritas son atribuibles a conducta negligente alguna de los Dres. x, y”.*

b) El del Médico Forense, según el cual el paciente *“padecía un meningioma del que fue intervenido, produciéndose posteriormente un hematoma en el lecho del tumor y una infección septicémica, una hipertensión ventricular que fue resuelta con una válvula de descarga y la persistencia de una imagen radiológica, de dudosa morfología. Todo este cuadro fue tratado de forma correcta por los diferentes equipos que intervinieron para tratar las diferentes complicaciones. Agotadas las terapéuticas no agresivas se propone exploración a cielo abierto. La no verificación de existencia de fibras de algodón en el tejido de inflamación crónica, desde el punto de vista microscópico invalida la existencia de ese presunto cuerpo extraño algodonoso. En nuestro criterio la actuación del equipo*

*médico Virgen de la Arrixaca y el de la Fundación Jiménez Díaz fue plenamente correcta, ajustándose a la lex artis”.*

**TERCERO.-** Con fecha 23 de mayo de 2005, la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud admite a trámite la solicitud. Dicha resolución se comunica al interesado, a la Correduría de Seguros del Ente Público, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, así como a los hospitales y centros sanitarios donde fue atendido x. (Arrixaca, Los Arcos, Fundación Jiménez Díaz, Clínica Quirón de Barcelona e Instituto Oftalmológico de Alicante), de los cuales se requiere la remisión de la historia clínica del paciente e informe de los profesionales que lo atendieron.

Todos los hospitales y clínicas requeridos remiten las historias clínicas del paciente, salvo la Fundación Jiménez Díaz, que se limita a enviar informe de la atención prestada y copia del en su día remitido al paciente, pues no les consta más documentación, ya que la atención prestada por la Fundación se limitó a emitir una segunda opinión.

El informe se expresa en los siguientes términos:

*“Paciente intervenido en Marzo del 2000 en la Arrixaca de un Meningioma parasagital del tercio medio dcho. que le producía cefalea y reintervenido por hemorragia en el lecho y que posteriormente ha presentado diversos episodios de cefalea con meningitis por cóndida continuando con el tratamiento. En los últimos estudios de imagen se detecta una imagen anillada en zona operatoria que abarca también al otro lado situada sobre el cuerpo calloso y dilatación ventricular. Clínicamente el paciente presenta un mínimo déficit motor izdo., fondo ocular normal y hábito Cushing.*

*El Servicio de infecciosas (Dr. x.) considera que el tratamiento que el paciente sigue para la cóndida es adecuado sin precisar cambios y que el tratamiento definitivo se obtendrá con el análisis microbiológico del material de la zona anillada intracraneal.*

*Por nuestra parte consideramos que el plan terapéutico establecido por el Servicio de Neurocirugía de la Arrixaca es lo que nosotros también proponemos. Nos parece absolutamente preciso intervenir esa masa anillada, extirparla y analizar. Es previsible que sea también necesario colocar una válvula derivativa de hidrocefalia pues la dilatación ventricular se debe a la aracnoiditis secundaria a la meningitis.*

*El paciente decide ser trasladado de nuevo al hospital de Murcia para completar allí su tratamiento”*

**CUARTO.-** El Hospital Virgen de la Arrixaca remite informe del neurocirujano que efectuó la primera intervención quirúrgica (meningioma), que se expresa en los siguientes términos:

*“En la reclamación apuntan a que la meningitis crónica por Cándida Albicans que padecía el paciente fue adquirida durante la estancia en nuestro hospital. En lo que a la actuación neuroquirúrgica se refiere debemos de declarar que se atuvo en todo momento a las normas de “lex artis” aceptadas en el tratamiento de la lesión expansiva (meningioma) que padecía el paciente. El paciente fue intervenido de un meningioma, sufrió la complicación postoperatoria (nada excepcional y previamente informado el paciente de que podía suceder) de un hematoma en el lecho quirúrgico, fue reintervenido 24 horas después de dicho hematoma. Ambas intervenciones se practicaron con total rigor y ajuste a las técnicas aceptadas en la Neurocirugía, como fue probado durante la comparecencia*

*tras la denuncia por negligencia sufrida por los Especialistas que intervinieron al paciente. Posteriormente permaneció en la UCI, sufriendo en ella infecciones respiratorias y septicemias, con cultivos positivos a Cándida Albicans, pero previamente también tenía cultivos positivos a otros microorganismos que precisaron tratamiento con antibióticos.*

*No creemos demostrado que el paciente sufriera la infección por Cándida debido a falta de medidas profilácticas o terapéuticas, debido a que el hongo en cuestión no es un microorganismo que se encuentre solo en las manos del personal sanitario o en los instrumentos, es un organismo saprofito y oportunista, que vive normalmente en el cuerpo de un paciente y que supera las defensas del mismo en pacientes con predisposición personal y con tratamientos prolongados con antibióticos. En el caso del paciente el tratamiento con antibióticos fue absolutamente imprescindible para curar las infecciones respiratorias que tenía el paciente”.*

**QUINTO.-** Por el órgano instructor se abre período de prueba, lo que se notifica a los reclamantes, con la indicación de que las pruebas periciales deben ser aportadas por la parte proponente y a su costa.

En cuanto a la testifical, se estima innecesaria, *“ya que al ser testigos de parte, se presume que las declaraciones van en la línea de lo argumentado por el reclamante”.*

Tras solicitar los reclamantes un periodo extraordinario de prueba para poder aportar los informes periciales propuestos, la Instrucción les concede un plazo adicional de 15 días.

**SEXTO.-** Con fecha 20 de febrero de 2006 se solicita informe a la Inspección Médica. Es emitido el 1 de junio de 2007, alcanzando las siguientes conclusiones:

*“1. De la Historia Clínica deducimos que la actuación en el primer ingreso fue correcta. No hay datos que sugieran inadecuación del tratamiento quirúrgico. La candidemia se detectó y trató con antifúngicos.*

*2. En la historia natural de candidemia y meningitis fúngica cabe la evolución a la cronicidad. En la Historia Clínica no consta tratamiento antifúngico en el segundo ingreso. No podemos evaluar la implicación de esta actuación en el proceso, evidenciándose que entre la primera candidemia y el diagnóstico de meningitis hay un intervalo muy amplio. La demostración de que la misma cándida persiste en los tejidos o se trata de una nueva infección en paciente susceptible sólo se podría efectuar por técnicas de biología molecular en muestras de uno y otro episodio. No se han almacenado microorganismos con este fin.*

*3. Los informes sucesivos señalan la secuencia de meningitis, aracnoiditis, hidrocefalia como resumen del proceso del paciente.*

*4. Tras consenso en segunda opinión médica, un tercero efectúa de forma privada la reapertura craneal por supuesta imagen de absceso. No hay datos fehacientes en la Historia Clínica de la etiología del mismo.*

*5. Ingresos sucesivos dentro y fuera de la Comunidad Autónoma palian en lo posible la sintomatología que surge”.*

El informe recoge, asimismo, el fallecimiento del paciente ocurrido el 6 de junio de 2006, en el Hospital Los Arcos, con diagnóstico de infección urinaria, insuficiencia respiratoria crónica reagudizada, meningioma intervenido e hidrocefalia crónica postoperatoria.

**SÉPTIMO.-** La compañía de seguros del SMS también aporta informe médico colegiado, cuyas conclusiones son las que siguen:

*“1. Todas las actuaciones médicas diagnósticas y terapéuticas llevadas a cabo en este paciente nos parecen totalmente correctas.*

*2. El cirujano ha descrito el abandono de una torunda de algodón mientras el informe del patólogo no describe ningún resto de fibras de algodón.*

*3. En todo caso un resto de algodón, que es estéril, no tiene por qué suponer el desarrollo de ninguna infección postquirúrgica.*

*4. La infección de candida albicans fue tratada correctamente con anfotericina y no se debe a mala higiene hospitalaria, sino a factores inmunológicos y a tratamientos antibióticos del paciente que eran necesarios.*

*5. La sospecha diagnóstica de absceso cerebral se realizó en noviembre del 2000 en su Hospital de Murcia y se le ofreció intervención quirúrgica, pero el paciente prefirió acudir a un centro privado (Clínica Quirón) para la cirugía.*

*6- El paciente falleció por las complicaciones derivadas del tratamiento de su hidrocefalia, y de sus múltiples episodios de malfunción valvular, y de un cuadro final de sepsis e insuficiencia respiratoria”.*

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, el reclamante formula alegaciones en las que solicita la práctica de nuevas diligencias consistentes en la solicitud de informe a las Cátedras de Microbiología y de Medicina Legal, ambas de la Facultad de Medicina de Murcia, así como a la Inspección Médica.

Desde la instrucción, se comunica a los reclamantes que los informes a los departamentos universitarios deben ser solicitados por ellos mismos y a su costa, tal como ya se les indicó respecto a las pruebas periciales propuestas en su escrito inicial, para las que incluso se otorgó un plazo extraordinario de prueba, sin que finalmente aportara ninguna.

**NOVENO.-** Requerida la Inspección Médica para emitir informe acerca de las cuestiones que plantea la parte actora, se expresa en los siguientes términos:

*“A.- Si la infección por Cándida albicans sufrida por x. fue diagnosticada en marzo de 2000 (folio 806 in fine, y folio 807).*

*El paciente sufrió dos infecciones por Cándida Albicans claramente separadas en el tiempo. No se puede asegurar que fueran provocadas por la misma cepa de Cándida Albicans, salvo que se estudiaran por técnicas de biología molecular, para lo cual se necesitarían las cepas, que no han sido almacenadas con este fin.*

*El día 29 de marzo de 2000, según la documentación clínica analizada, se diagnostica a x. en el Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA) la primera infección en sangre por “Cándida albicans” (hemocultivos positivos de fecha 23/03/2000) o candidemia (levadura que también se aísla en el cultivo del catéter venoso) y una bacteriemia por “Staphylococcus epidermidis”.*

*Del análisis de la historia clínica se desprende que la Candidemia se trató cumpliendo tiempos de protocolo publicados por las sociedades científicas expertas en el tema para este tipo de infecciones (alrededor de 14 días a partir del último hemocultivo positivo) y*

con los antifúngicos recomendados. En este caso, se trató con antifúngicos (Fluconazol y Anfotericina B) durante aproximadamente 4 semanas.

B.- Si a pesar de esa infección por *Cándida albicans*, el paciente fue tratado con corticoides, en vez de un tratamiento contra *Candida albicans* (antifúngicos).

El tratamiento con corticoides se realizó siempre sin evidencia de infección por *Candida albicans*, y cuando se tuvo evidencia (cultivos positivos), se administró asociado a antifúngicos.

1) Primer uso de corticoides.

El día 2 de Abril de 2000, tras haber iniciado previamente tratamiento antifúngico con fluconazol, se intenta la administración de Anfotericina B liposómica (antifúngico) produciéndose una posible reacción anafiláctica por lo que se administran corticoides, antihistamínicos, sedación discreta y se conecta a ventilación mecánica.

Cuando se administra tratamiento antibiótico o antifúngico como es el caso de la Anfotericina B, se recomienda asociar corticoides a éstos para evitar reacciones anafilácticas secundarias a la lisis o rotura masiva de los microorganismos (levaduras) y secundarias al propio fármaco.

La utilización de corticoides ante una reacción de este tipo es la actitud adecuada y que salva la vida del paciente.

2) Segundo uso de corticoides.

Tras el alta el 24 de Abril del 2000 por mejoría, el día 19 de Junio de 2000 el paciente acude a consulta encontrándose bien, y se le indica revisión al año. El paciente se incorpora a su trabajo habitual. El día 11 de julio de 2000 el paciente consulta de nuevo en urgencias del HUVA por cuadro compatible con meningitis linfocitaria y se plantean dudas diagnósticas clínico analíticas entre meningitis tuberculosa o postquirúrgica, e ingresa en el servicio de neurocirugía con el juicio diagnóstico de meningitis linfocitaria tardía postquirúrgica. Ante la negatividad del cultivo del LCR (no crecimiento de bacterias ni levaduras) y pendientes del cultivo definitivo de *Mycobacterium tuberculosis* (puede tardar 8 semanas en crecer el bacilo) se inicia tratamiento empírico con tuberculostáticos y corticoides cubriendo también posible infección por anaerobios.

Los corticoides en la meningitis tuberculosa evitan la endarteritis obliterante y adherencias aracnoideas. En Meningitis crónicas de más de 4 semanas de evolución, con o sin tratamiento, si no mejora se puede ensayar la administración de corticoides manteniendo el tratamiento antituberculoso y/o antifúngico.

El día 10 de agosto de 2000 se suspende el tratamiento tuberculostático ante la negatividad del Mantoux y de la PCR para *Mycobacterium tuberculosis* y se realiza nueva punción lumbar para valorar evolución bioquímica del LCR y se siguen manteniendo los corticoides.

En conclusión, siempre que hubo evidencia de infección por *Cándida albicans* los corticoides se administraron asociados a tratamiento antifúngico.

C.- Si el tratamiento con corticoides agrava la enfermedad de *Cándida albicans*.

Su uso es controvertido dependiendo de la clínica y complicaciones derivadas de la infección. Podría estar indicado su uso, aunque siempre acompañado de tratamiento

*antifúngico simultáneo. Algunos autores aconsejan su empleo en pacientes adultos con elevado riesgo de exacerbarse la respuesta inflamatoria tras la administración del antibiótico.*

*Y una vez sometido a tratamiento antifúngico, el tratamiento con glucocorticoides mejoraría la inflamación y el edema y disminuye la fiebre y la frecuencia de convulsiones. Si el paciente presenta signos de hipertensión intracraneal, no debe dudarse en la administración de manitol y/o dexametasona.*

*D.- Si no se tuvo en cuenta el diagnóstico de meningitis de origen fúngico.*

*En el ingreso de Julio de 2000 donde se sospecha meningitis linfocitaria postquirúrgica tardía o meningitis tuberculosa no hay constancia de que se haya tenido en cuenta el posible diagnóstico de meningitis de origen fúngico. Aunque sí se solicitaron cultivos del líquido cefalorraquídeo donde no hubo crecimiento de *Cándida albicans*.*

*En este ingreso fue valorado por el Servicio de Enfermedades Infecciosas y, en algunos comentarios escritos, tienden a relacionar el episodio con el procedimiento quirúrgico previo, o con alguna complicación infecciosa del anterior ingreso. Pero ante la ausencia de cultivos positivos se decide el tratamiento empírico del microorganismo de más lento crecimiento *Mycobacterium tuberculosis*.*

*E.- Si el paciente sufrió un importante retraso en el inicio del tratamiento contra *Cándida* (folio 812).*

*Se hubiera ganado tiempo de haber tenido la evidencia de cultivo positivo a *Candida albicans* en el LCR de las primeras punciones lumbares a su ingreso en Julio de 2000, pero no se tuvo hasta el 01/09/2000 e inmediatamente se inició tratamiento antifúngico.*

*En el primer ingreso, en Marzo de 2000, se inicia tratamiento antifúngico el día 29/03/2000, el mismo día que se recibe el resultado del laboratorio de microbiología de hemocultivos con crecimiento de *Cándida albicans* sensible a Fluconazol, prescribiéndose este antifúngico.*

*Como refiere la Inspectora médica x. en su informe de fecha 29 de Mayo de 2007: “En la historia natural de candidemia y meningitis fúngica cabe la evolución a la cronicidad. En la historia clínica del paciente no consta tratamiento antifúngico en el segundo proceso, evidenciándose que entre la primera candidemia y el diagnóstico de meningitis por *Candida albicans* hay un intervalo muy amplio. La demostración de que la misma *Candida* persiste en los tejidos o se trata de una nueva infección en paciente susceptible sólo se podría efectuar por técnicas de biología molecular comparando muestras de uno y otro episodio, pero no existe cepario o banco donde se hayan almacenado las cepas de estos microorganismos con este fin.”*

*Concluyendo: en la segunda infección por *Candida albicans* (Meningitis candidiásica) en cuanto los cultivos fueron positivos se inició tratamiento antifúngico inmediato sin retraso.*

*F.- Si este retraso en el tratamiento contra la *Cándida* diagnosticada meses antes provocó un cuadro clínico irreversible en su enfermedad.*

*Las dos infecciones por *Candida albicans* remitieron y los cultivos se negativizaron y en el absceso tras su extirpación no se encontró esta levadura.*



*El paciente falleció por las complicaciones derivadas del tratamiento de su hidrocefalia, y de los múltiples episodios de malfunción valvular, y de un cuadro final de sepsis e insuficiencia respiratoria. No está clara la relación de la meningitis candidiásica con la producción del absceso y la evolución presentada en años posteriores”.*

**DÉCIMO.-** Dada audiencia de este nuevo informe a los interesados, ninguno presenta alegaciones, formulándose, con fecha 16 de abril de 2008, propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

En tal estado de tramitación y tras incorporarse los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 23 de abril de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### CONSIDERACIONES

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de marzo, reguladora de este Consejo Jurídico.

#### **SEGUNDA.-** Procedimiento y plazo.

1. A la vista del expediente remitido, puede concluirse que se ha seguido sustancialmente lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y su reglamento de desarrollo en la materia que nos ocupa (RD 429/1993, de 26 de marzo, RRP), a excepción del plazo máximo para resolver, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 RRP.

De otra parte, la circunstancia de que se haya interpuesto por la reclamante ante la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Murcia el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta, no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (artículo 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues los reclamantes podrían desistir o solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa. En todo caso convendría que el departamento consultante actuara coordinadamente con la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad, en su condición de centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que es parte la Administración regional (artículo 4.2 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), como de forma reiterada venimos sugiriendo en nuestros Dictámenes (por todos, el núm. 72/06).

2. La reclamación se ha interpuesto en el plazo de un año desde la producción de las lesiones por las que se reclama, conforme con lo establecido en el artículo 142.5 LPAC. Y es que, aunque el daño se imputa a las actuaciones desarrolladas durante las

estancias hospitalarias del paciente durante el año 2000, como de forma reiterada viene señalando el Consejo Jurídico (por todos, Dictamen núm. 46/98), el criterio tradicional recogido por la jurisprudencia es que el proceso penal, por su carácter atrayente y prevalente, interrumpe el plazo de prescripción para ejercitar la acción de responsabilidad administrativa.

Así, consta en el expediente el auto del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Murcia acordando el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones penales, de 12 de mayo de 2004, y que, según manifestación de los reclamantes en su escrito inicial, les fue notificado el 26 siguiente. Esta fecha ha de ser tomada como *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción del derecho a reclamar, por lo que habiéndose presentado la reclamación el 9 de mayo de 2005, cabe considerar que la acción fue ejercida dentro del plazo de un año previsto en el artículo 142.5 LPAC.

Discrepa, en consecuencia, el Consejo Jurídico de la tesis sustentada en la propuesta de resolución acerca de la ineficacia interruptiva del indicado proceso penal respecto del plazo de prescripción del derecho a reclamar, sobre la base de las diferentes alegaciones e imputaciones vertidas en aquél respecto de las que fundamentan la actual reclamación de responsabilidad patrimonial. En efecto, para el órgano instructor, si el proceso penal se basa exclusivamente en la imputación del daño al olvido de unas fibras de algodón en el área quirúrgica, la reclamación en vía administrativa, en cambio, desecha dicha tesis y se centra en la infección nosocomial por cándida, como hecho causante de las dolencias del paciente y de las secuelas que éste padece.

Considera el Consejo Jurídico que el cambio de línea argumental entre el proceso penal y la reclamación en vía administrativa no es suficiente para enervar el efecto interruptivo que el primero tiene sobre el cómputo del plazo para resolver y notificar la resolución de la segunda, toda vez que entre ambos procesos existe una identidad sustancial, en la medida en que los dos derivan de unos mismos hechos y, en esencia, tienen la misma causa de pedir, cual es la defectuosa asistencia sanitaria prestada al paciente durante su estancia hospitalaria. Por otra parte, si bien la denuncia penal se centra en una determinada actuación de los cirujanos, son las propias diligencias penales las que ponen de manifiesto las verdaderas causas de las patologías que sufre el paciente, apuntando a la infección por cándida como su origen.

Procede, en consecuencia, suprimir de la propuesta de resolución las referencias a la eventual prescripción del derecho a reclamar de los interesados.

### **TERCERA.- Legitimación.**

En lo que se refiere a la legitimación de quien reclama, es necesario realizar una detallada Consideración, dadas las peculiaridades del caso (reclamante inicial fallecido en el curso del procedimiento y supervivencia de su esposa, también reclamante, y de dos hijos menores de edad, que no se han personado en el procedimiento).

Según se desprende del expediente remitido, la reclamación es interpuesta por la persona afectada directamente por la actuación administrativa, es decir, por la víctima, que reclama por las lesiones que en aquel momento estima consolidadas, y cuya legitimación para reclamar no ofrece dudas en tanto que es quien sufre en su persona los daños que se dicen derivados de la asistencia sanitaria prestada, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 31 de la misma Ley y con el 4.1 RRP.

Posteriormente a dicha reclamación, se tiene conocimiento, pues así consta en informe de la Inspección Médica de 27 de mayo de 2007, del fallecimiento del paciente, acaecido el 6 de junio de 2006. Sin embargo, la parte actora no efectúa mención alguna a dicha circunstancia cuando, con posterioridad al óbito, el 2 de enero de 2008, presenta alegaciones, con ocasión del preceptivo trámite de audiencia, y se limita a proponer la práctica de nuevas pruebas.

Estas circunstancias, en que se pretende el mantenimiento de la acción inicialmente ejercitada, sin cambio alguno en la causa de pedir -pues no se imputa el fallecimiento del inicial reclamante al funcionamiento de los servicios públicos ni, en consecuencia, se reclama indemnización alguna por tal hecho-, imponen considerar que la única actora superviviente no está reclamando otra cosa que lo que le era debido a su marido, es decir, que reclama a título sucesorio "*mortis causa*" en nombre de sus hijos menores de edad, herederos forzosos del padre fallecido. De este modo, al mantenerse como únicos hechos imputables al funcionamiento administrativo los que constituían causa de pedir para el reclamante inicial, sólo puede aceptarse una legitimación activa "*iure hereditatis*", lo que significa que continúan con la reclamación del esposo y padre a título de herederos y causahabientes, pretendiendo hacer efectivos los derechos indemnizatorios de aquél, para lo cual la sucesión procesal (aquí procedimental, dada la índole administrativa de las actuaciones) es una técnica instrumental de la sucesión o transmisión del derecho sustantivo subyacente, como se desprende del artículo 31.3 LPAC al disponer que "*cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento*". Todo ello, además, sin perjuicio de la indemnización que, en concepto de daños morales, tanto por la situación de gran invalidez en que inicialmente quedó el paciente (ya reclamada en el escrito inicial) como por su posterior fallecimiento, les pudiera corresponder.

En cualquier caso, la admisión de la legitimación activa "*iure hereditatis*" de los causahabientes, como herederos legítimos del reclamante inicial, pasa por determinar dos cuestiones, a saber:

a) Si el derecho indemnizatorio que presuntamente ostentaba su causante y que fue reclamado por él mismo se extinguió con el fallecimiento de éste, o si, por el contrario, pervive y es transmisible "*mortis causa*" a sus herederos.

A la vista de la jurisprudencia y doctrina del Consejo de Estado, ha de concluirse a favor de la no extinción "*mortis causa*" de los derechos indemnizatorios generados por los daños que el anormal funcionamiento administrativo pudo causar al reclamante, así como la aptitud de tales derechos (reclamados, pero no reconocidos al momento del fallecimiento de la víctima) para ingresar en su herencia, a favor de la comunidad hereditaria resultante. En el Dictamen 184/06 de este Consejo Jurídico se contiene una extensa síntesis de dicha doctrina, cuya reiteración no se estima necesaria. Baste ahora con recordar que, de acuerdo con la STSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Navarra de 17 de octubre de 2003, "*en el caso analizado existió un daño personal a la fallecida, (...). Tal derecho era resarcible a la propia perjudicada, la fallecida, la cual había solicitado el reconocimiento del derecho de forma personal, habiendo fallecido antes de que la Administración dictara resolución al respecto. Es obvio que de haberse reconocido por la Administración la existencia del derecho de indemnización el mismo hubiera sido transmisible, hereditariamente, a los ahora actores, (...), pues el derecho al resarcimiento puede existir, aun no reconocido en la vía administrativa. Tal derecho existe o no, más el devengo del mismo ya se habría*

*generado una vez que se ha producido el supuesto de hecho que genera el mismo, no teniendo carácter constitutivo la resolución administrativa que pueda reconocer tal derecho al resarcimiento”.*

b) La acreditación de la condición de herederos por parte de los actores. Nada hay en el expediente (acta de declaración de herederos *ab intestato*, testamento, renuncia o aceptación hereditaria, etc.) que permita conocer la composición de la comunidad hereditaria del paciente fallecido, que sería la beneficiaria de la indemnización en caso de una eventual resolución estimatoria de la solicitud. Esta información debió ser traída al procedimiento por los reclamantes y, ante su pasividad, haber sido requerida por la instrucción tras conocer la muerte del paciente.

Del mismo modo, no queda suficientemente acreditado en el expediente la existencia de uno de los dos hijos del matrimonio reclamante, toda vez que sólo se aporta al expediente la copia de la hoja del libro de familia correspondiente al primer hijo.

**CUARTA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que particulariza en su artículo 10 los derechos de los usuarios respecto a las distintas Administraciones Públicas.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, en tanto que existirá o no con independencia de cualquier elemento culpabilístico de los agentes de la Administración, han sido desarrollados por la LPAC, en particular por sus artículos 139 y 141, pudiéndose concretar en los siguientes:

1) El primero de los elementos es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico, y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.

2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.

3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano debe esperar de los poderes públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico, que puede condensarse en los siguientes deberes (STS, Sala 1ª, de 25 de abril de 1994): 1) Utilizar cuantos remedios conozca la

ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que la actuación de aquél se desarrolle por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle; 2) informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y de los riesgos potenciales del mismo (artículo 9 y 10 de la Ley General de Sanidad); 3) continuar con el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste puede ser dado de alta, advirtiendo al mismo de los riesgos que el abandono de aquél le puede comportar.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

**QUINTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

1. Para los reclamantes las secuelas que sufre el paciente se deben a una doble causa: a) infección hospitalaria por *Candida albicans* y b) olvido de porción de torunda de algodón (Hecho Quinto de la reclamación).

2. A pesar de esta inicial afirmación, la reclamación no desarrolla esa segunda causa, probablemente porque ya en el previo proceso penal los informes técnicos evacuados habían descartado cualquier relación causal entre la presencia en la zona de la primera intervención de fibras procedentes de una torunda de algodón y la situación clínica del paciente. Incluso, en el informe pericial de parte traído al procedimiento administrativo por los propios reclamantes, se excluye tal posibilidad cuando afirma que “*el hallazgo de unas fibras de algodón en el seno del absceso cerebral intervenido en la Clínica Quirón de Barcelona, aparentemente establecería el nexo causal entre la operación del tumor y el estado actual del paciente, pero el análisis de esta aparente causalidad no resiste al análisis científico. Efectivamente, como dijimos previamente, el absceso intervenido en la Clínica Quirón no puede incriminarse como el causante de la situación clínica actual, sino más bien las repetidas ependimitis e hidrocefalias que han exigido la colocación de diversas válvulas ventriculares y en segundo lugar porque los cultivos realizados con el material del absceso se mostró aséptico sin que creciera ningún germen ni hongos*”.

3. En consecuencia, para los actores, la situación clínica del paciente al momento de su reclamación es consecuencia directa de la meningitis crónica producida por *Candida albicans* y adquirida durante su estancia en el Hospital Virgen de la Arrixaca, pues desde su ingreso hospitalario la operación neuroquirúrgica de extirpación del meningioma, la posterior reintervención para evacuación de hematoma en el lecho quirúrgico, la anestesia, su estancia en reanimación y luego en UCI (donde inicialmente se detectó el agente responsable), en cualquiera de estos momentos, pudo contagiarse o producirse una situación de inmunodeficiencia que facilitase la invasión meníngea por el hongo. Para los reclamantes, el mero hecho de la infección habida en el contexto de la estancia hospitalaria es suficiente para considerar imputable a la actuación médica en su conjunto y, por extensión, a la Administración titular del centro hospitalario, los daños derivados del proceso infeccioso que aquejó al enfermo.

Sin perjuicio de las consideraciones que se realizan más adelante, lo cierto es que la infección se produjo, pues resulta indiscutido en el expediente la existencia de una candide-

mia, diagnosticada el día 29 de marzo de 2000 (a los 21 días de la extirpación del meningioma) y, posteriormente, en julio de ese mismo año, una meningitis candidiásica.

Ahora bien, a diferencia de lo sostenido por los reclamantes, la mera constancia de una infección en el contexto hospitalario no es título de imputación suficiente de responsabilidad. Ello conllevaría una radical objetivación de la responsabilidad, contraria a aquella doctrina jurisprudencial que propugna que “...frente al principio de responsabilidad objetiva que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y curativo de todas la dolencias, ha de recordarse el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria es la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero no garantizador de resultado, en el sentido de que es exigible de la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales, pero en modo alguno puede determinar la existencia de una responsabilidad una actuación médica que se haya acomodado a la *lex artis*, es decir, al estado de la ciencia existente en aquel momento, puesto que no cabe entender que el principio de responsabilidad objetiva instaurado en el artículo 139 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común conduce a la consecuencia que parece estimar la recurrente de hacer responsable a la Administración de cualquier circunstancia afectante al paciente con independencia de una correcta actuación y prestación de los servicios sanitarios médicos, pues apreciarlo así convertiría a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño” (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007, entre otras).

Esta doctrina, común a todos aquellos casos en que se pretende la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas derivada de la asistencia sanitaria, no encuentra excepción en el ámbito de las infecciones nosocomiales, como de forma tajante expresan numerosos pronunciamientos judiciales, entre los que, por citar sólo los recientes y referidos a infecciones por *Candida* en hospitales públicos, se encuentran las sentencias de las respectivas Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (sentencia de 16 de enero de 2008), y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 22 de junio de 2006, sentencia esta última que de forma clara y suficientemente expresiva declara: “la Sala debe rechazar la afirmación de los demandantes sobre que toda infección nosocomial es generadora automáticamente de responsabilidad patrimonial (salvando las evidentes diferencias entre los supuestos examinados, vid. al respecto la STS. de 19-7-2004, que precisamente contempla una infección por *Candida*), puesto que nada excluye en este caso la necesidad de que concurran el resto de los presupuestos para el surgimiento de la obligación de indemnizar”.

4. Siendo evidente la existencia de un daño, con las características exigidas por el ordenamiento como requisito para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial (individualizado, efectivo y evaluable económicamente), su calificación de antijurídico y el establecimiento de un nexo causal entre aquél y la actuación, por omisión, de la Administración, exige la previa determinación de si se adoptaron todas las medidas posibles para evitar la infección.

El carácter evitable o no de la infección aparece relacionado con el criterio jurisprudencialmente configurado de la “*lex artis*”. Ésta actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario

se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001 afirma: *“ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”*.

La inevitabilidad del daño como criterio para negar su antijuridicidad se encuentra positivada en el artículo 141.1 LPAC desde la reforma operada por Ley 4/1999, al prescribir que no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, correspondiendo a la Administración la prueba de dicho estado de la ciencia. Lo cual no debe ser interpretado en el sentido de exigir que se aplique en toda situación y en cualesquiera circunstancias las técnicas más avanzadas o más complejas, sino que dicha exigencia también aparece limitada por la *lex artis*, como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica *“ad hoc”*, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la *lex artis* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica.

Por otra parte, la determinación de si la actuación médica ha sido conforme o no a la *“lex artis ad hoc”* constituye una cuestión de prueba, aunque con importantes peculiaridades cuando se trata de acreditar las circunstancias en que se produce una infección nosocomial. Ha de atenderse en estos casos a aquellos principios generales de la prueba que pueden modular la ordinaria distribución de su carga, tomando en consideración tanto el principio de disponibilidad y facilidad probatoria hoy consagrado en el artículo 217.6 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, como la imposibilidad de probar un hecho negativo. En aplicación de tales criterios, correspondería a la Administración regional acreditar qué medidas se adoptaron en orden a evitar el contagio, pues pretender que fuera el reclamante quien hubiera de probar que aquéllas no se adoptaron le abocaría a una verdadera *probatio diabolica*.

Del mismo modo, corresponde a la Administración probar el estado de la ciencia y de la técnica al momento de la actuación sanitaria, para posibilitar la aplicación del artículo 141.1 LPAC, como tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala Tercera de 31 de mayo de 1999: *“no habiendo aportado la Administración prueba alguna acerca del estado de la ciencia en el momento de los hechos, de cuya valoración pueda obtenerse una convicción razonable de que los daños derivan de hechos o circunstancias que no se pudieron prever o evitar, estamos ante un daño que se produjo con ocasión y como consecuencia de la relación del paciente con la organización sanitaria,...”*.

Dicha línea jurisprudencial tiene su fundamento en la naturaleza de la obligación que incumbe a la Administración en la prestación sanitaria, a la cual, si bien no se le exige obtener un resultado de curación en todos los casos, dado el carácter contingente de la salud y la vida de los pacientes, sí que viene compelida a prestar la asistencia sanitaria

con el despliegue de todos los medios a su alcance, debiendo aplicar todas las medidas preventivas posibles para evitar la infección. De no hacerlo así o de no acreditar su efectiva utilización, el daño devendrá en antijurídico. Así lo entiende también la Audiencia Nacional, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 23 de enero de 2002 cuando, al analizar el supuesto de una enferma inmunodeprimida que fallece a causa de una infección nosocomial contraída durante su hospitalización para el tratamiento de la enfermedad de base que padecía y que requería la aplicación de las necesarias medidas de profilaxis, declara que, no constando que antes de la aparición del brote de la infección se hubieran adoptado las medidas reseñadas y que venían aconsejadas por la situación previa de la paciente, *“la actuación de la Administración sanitaria contribuyó, como concausa, a la producción del resultado dañoso cuya reparación se solicita y que los perjudicados no tienen el deber jurídico de soportar”*.

Aplicando al supuesto objeto de reclamación la doctrina general expuesta, se advierte que en el informe del neurocirujano que intervino al enfermo únicamente se indica que no considera demostrado que la infección fuera debida a la falta de medidas profilácticas o terapéuticas, dado que el agente infeccioso es un hongo saprofito y oportunista que vive normalmente en el cuerpo del paciente, que logra superar las barreras o defensas del mismo en aquellos casos en que existe una predisposición personal o un tratamiento prolongado con antibióticos, supuesto éste que apunta como posible en el caso del reclamante, toda vez que hubo de ser sometido a antibiototerapia, que además considera imprescindible para curar las infecciones respiratorias que padecía. Sin embargo, este informe no apunta cuáles eran dichas medidas profilácticas y terapéuticas que hubieran podido evitar la infección.

Tampoco ilustra al respecto el informe de la Inspección Médica, pues si bien refiere una entrevista con el responsable de infección nosocomial en la UCI del Hospital Virgen de la Arrixaca y una visita a las instalaciones de dicha unidad, debe advertirse que las actuaciones profilácticas que allí se relatan (medidas de precaución universales, recordatorio al personal de enfermería de la necesidad de su observación, asepsia, uso de guantes, mascarilla y bata en las técnicas más problemáticas, y lavado de manos) son las que se aplican en el momento de la entrevista, es decir en el año 2007, siete años después de la intervención, y sólo en una de las diversas dependencias o servicios por los que pasó el enfermo desde su ingreso hasta el momento en que se detectó la candida en hemocultivo y catéter (quirófano, reanimación, habitación en planta y UCI).

Además, el informe, que ilustra acerca de la posible procedencia endógena (la más frecuente) y exógena de las candidiasis, así como de las medidas precautorias a aplicar en evitación de éstas, no describe cuáles de esas medidas aconsejadas por la ciencia médica para prevenir la infección se aplicaron al enfermo, por lo que tampoco puede ser concluyente en la valoración de la específica actuación preventiva de la infección que se llevó a cabo sobre el enfermo, a la luz del criterio de la “lex artis”, juicio éste que no realiza la Inspectora informante.

Por su parte, el segundo informe de la Inspección Médica, de fecha 28 de febrero de 2008, tampoco aporta nuevos datos acerca de las actuaciones preventivas de la infección. Sí arroja luz este informe acerca de la necesidad de administrar corticoides al paciente (factor de riesgo que, en la medida en que disminuye las barreras naturales del organismo, posibilita su supercolonización por hongos saprofitos) y sobre la corrección del tratamiento antifúngico pautado.



Por ello, de tales informes no cabe deducir indubitadamente que la infección fuera inevitable, aun atendiendo a la concurrencia en el paciente de factores de riesgo como el tratamiento antibiótico prolongado a que había sido sometido y la administración de corticoides. Para poder alcanzar dicha conclusión sería necesario traer al procedimiento un informe —del correspondiente servicio o unidad encargado de garantizar la asepsia en el Hospital Virgen de la Arrixaca— que expusiera las medidas preventivas aplicadas con carácter general en el año 2000 para evitar el contagio por *Candida* de los pacientes ingresados en el Hospital (o al menos en quirófanos, sala de reanimación, habitaciones y UCI) y del interesado en particular, comparándolas con las que eran exigidas por la ciencia médica en el momento en que se intervino al paciente.

Adviértase que la jurisprudencia sitúa la carga de dicha prueba en la Administración, no en el reclamante. Por ello, aunque éste no prueba que la infección se debiera a la ausencia de medidas profilácticas en el Hospital, debe la Administración acreditar suficientemente las que se adoptaron y la adecuación de éstas a la *lex artis*, pues sólo así podrá negarse la antijuridicidad del daño padecido por x.

Del mismo modo, el informe debería ser expresivo de la incidencia de infecciones por *Candida albicans* en el Hospital en el año 2000, en comparación con los índices de infección por el indicado hongo en el resto de centros hospitalarios. Y ello porque tales índices medios pueden ser tomados como referencia interpretativa de tasas de infección inevitables en todo hospital, cuya superación puede constituir indicio de haberse excedido los parámetros que delimitan la corrección de la actividad sanitaria, acreditando, por tanto, que no se habrían adoptado todas las medidas de asepsia exigibles (STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 811/2008, de 3 de junio).

Tras la aportación de dicho informe al expediente, debe someterse todo lo actuado a la Inspección Médica para que, a la luz de aquél, valore si las medidas aplicadas al enfermo para la prevención de las infecciones por *Candida* fueron adecuadas a la *lex artis*. De todo ello, además, debe darse nueva audiencia a los interesados.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### CONCLUSIONES

**PRIMERA.**- La propuesta de resolución debe adecuarse a lo indicado en la Consideración Segunda de este Dictamen en relación al cómputo del plazo de prescripción del derecho a reclamar.

**SEGUNDA.**- Procede completar la instrucción del procedimiento mediante la incorporación del informe y ulteriores actuaciones, según se indica en la Consideración Quinta *in fine* de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 186/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante:** Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)

**Fecha:** 24/11/08

**Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresadas en el Dictamen 23/2008.*

**DICTAMEN 187/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante:** Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)

**Fecha:** 24/11/08

**Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 85/2008.*

**DICTAMEN 188/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante:** Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)

**Fecha:** 24/11/08

**Extracto de Doctrina**

*Lo que se debe exigir al servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras es que realice las actuaciones de conservación y señalización que sean consideradas como necesarias dentro de un determinado estándar o nivel de prestación del servicio público, sin que la mera titularidad pública de la vía implique que todo accidente acaecido en ella sea de su responsabilidad. Ello en modo alguno supone que se configure la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa como de índole culpabilística, pues la aplicación del criterio del estándar en la prestación de servicios públicos implica que, cuando no sea exigible el funcionamiento del servicio público, resultará, vista la cuestión desde el punto de vista de la relación de causalidad, que la actividad o inactividad administrativa no*

*habrá sido un factor eficiente en la producción del daño, en cuanto no podrá considerarse que haya existido una omisión pública generadora del mismo. Y, vista desde la perspectiva del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño (artículo 141.1 LPAC), cuando no existe una omisión indebida de la Administración, el ciudadano tiene el deber jurídico de soportar tal daño, en cuanto constituye una materialización del riesgo inherente a la utilización de las vías públicas, siempre, claro está, que no exista un tercero responsable.*

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** En fecha 27 de febrero de 2004 tiene entrada en el Registro General de la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes un escrito de x., dirigido a la Dirección General de Carreteras de dicha Consejería, al que adjunta copia de un escrito de la Policía Local de Lorquí de 23 de febrero de 2004, en el que se hace constar la comparecencia de la primera, en tal fecha, para manifestar lo siguiente:

*“En Lorquí a 23 de febrero de 2.004 y ante el Agente de la Policía Local del Ayuntamiento de Lorquí, con nº de identificación profesional “—”, comparece x., mayor de edad, con D.N.I. nº “—”, hijo de... y domiciliado (sic) en “—” de Ceutí (Murcia), al que preguntado por el motivo de su comparecencia, manifiesta que: Que cuando circulaba con su vehículo marca Volkswagen Veto con matrícula “—”, por la B-6 de Lorquí con dirección al Llano de Molina, siendo las 20:30 horas, no percatándose de la existencia de un socavón de gran envergadura en dicha carretera y sin estar debidamente señalado ha metido la rueda del vehículo ocasionándole desperfectos en los neumáticos y llantas del lado izquierdo.”*

Aunque el escrito de la interesada no contiene otra manifestación que la de adjuntar el anterior documento, las manifestaciones que realiza en el mismo, unido al hecho de que adjuntase también una factura de un taller, de fecha 24 de febrero de 2004, relativa a dos cubiertas y dos llantas de neumático, por importe de 484'88 euros, permitan entender que estaba reclamando su importe a título de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

**SEGUNDO.-** Con fecha de 24 de marzo y ocho de junio de 2004, la instructora del expediente incoado al efecto requiere a la interesada cierta documentación, con el fin subsanar y mejorar su escrito inicial, lo que fue cumplimentado posteriormente por aquélla.

Entre la documentación que aparece en el expediente remitido como aportada a tal efecto por la reclamante, obra un informe, sin fecha, de la Policía Local de Lorquí, que expresa que *“en contestación a su escrito con (nº) expediente RP-0904, en el cual se solicita lugar exacto, punto kilométrico o cualquier otra referencia que pueda permitir conocer el lugar preciso en que se encontraba el socavón. Se le informa que el socavón se encontraba en la salida del pueblo junto a la fábrica de los Mocitos en la parte de abajo en el cruce de la calle, a unos 100 m. aproximadamente antes de llegar al puente que une las localidades de Lorquí con el Llano de Molina. El siniestro tuvo lugar el día 22/02/04, a las 20:30 horas. La denominación de la travesía es la B-6.”*

**TERCERO.-** Solicitado informe de la Dirección General de Carreteras, fue emitido el 18 de octubre siguiente, en el que se expresa que la carretera de referencia es de competencia regional, que hasta la fecha no se tenía constancia de dicho siniestro, que no ha quedado acreditado que el mismo se produjera en el hundimiento señalado por la reclamante, y que el lugar en cuestión constituye una travesía de población, con velocidad limitada en este

tipo de vías, con carácter genérico, a 50 km/hora, “*por lo que difícilmente pueden atribuirse los hechos reclamados*” (sic).

**CUARTO.-** Con fecha 2 de agosto de 2005, a requerimiento de la instructora del procedimiento, un Policía Local del Ayuntamiento de Lorquí emite informe sobre los hechos en cuestión y los extremos indicados por aquella, señalando lo siguiente:

*“Que encontrándome de servicio el día 22/02/04 en turno de tarde se recibe una llamada al móvil de la policía, comunicándome x. la rotura de la llanta y neumático de su vehículo cuando circulaba por la B-6 de Lorquí, con dirección al Llano de Molina, por la existencia de un socavón.*

*Que tras ser informado por x. de lo sucedido me persono de inmediato en dicho lugar y, tras hacer una inspección ocular, se comprueba y observa la existencia de dicho socavón, así como los daños ocasionados en el vehículo mencionados anteriormente.*

*Que el socavón se encuentra a unos 100 metros antes de llegar al puente que une las localidades de Lorquí con el Llano de Molina.*

*Que la situación exacta del bache pillaba parte izquierda de la calzada según el sentido de la marcha del vehículo, siendo éste de gran tamaño y profundidad.*

*Que según manifiesta la afectada no lo pudo divisar debido a que era de noche y estaba lloviendo.*

*Que la velocidad del vehículo era la adecuada a las circunstancias de la vía, no rebasándose la velocidad limitada.*

*Que de la inspección ocular efectuada por parte de esta Policía Local del vehículo mencionado con anterioridad (los daños, se entiende) son: rotura de la llanta y neumáticos del lado izquierdo siendo ocasionados por dicho bache en cuestión.”*

**QUINTO.-** Solicitado informe al Parque de Maquinaria de la citada Dirección General, fue emitido el 17 de octubre de 2006, en el que se manifiesta que “*los daños ocasionados en el vehículo, consistentes en la rotura de dos neumáticos y rotura o deformación de las correspondientes ruedas pueden perfectamente corresponder con la realidad*”, estimando correcto el importe de la reparación que se reclama, fijando el valor venal del vehículo en 2.299 euros.

**SEXTO.-** Mediante oficio de 12 de enero de 2007 se otorga a la interesada el preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, no constando la presentación de alegaciones.

**SÉPTIMO.-** Mediante oficio de 19 de abril de 2007 se requiere a la reclamante para que aporte certificado de entidad bancaria con el Código Cuenta Cliente donde realizar el pago, en su caso, de la correspondiente indemnización, presentando aquella dicho documento el 6 de junio siguiente.

**OCTAVO.-** El 26 de junio de 2007 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación presentada, por considerar acreditada la existencia de un daño antijurídico imputable al funcionamiento de los servicios públicos regionales, por defectuosa conservación y mantenimiento de la carretera en la que ocurrieron los hechos, que se consideran acreditados en virtud del informe emitido por el Agente de la Policía Local de Lorquí reseñado en el Antecedente Cuarto.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

### PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia

### SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamante ostenta legitimación activa para deducir la reclamación indemnizatoria objeto de Dictamen, al ser la titular del vehículo por cuyos daños solicita el correspondiente resarcimiento; daños que han de considerarse implícitamente imputados a la Administración regional por su deficiente actuación en materia de conservación y vigilancia de una vía pública de su titularidad, por lo que dicha Administración está legitimada pasivamente para resolver la reclamación.

II. Ésta ha de considerarse formulada dentro del plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

III. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido permiten afirmar que se ha seguido, en lo sustancial, lo establecido en la LPAC y normativa de desarrollo en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

### TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público regional de vigilancia de carreteras y los daños por los que se reclama: existencia.

I. De los artículos 139.1 y 141.1 LPAC se desprende que la Administración debe responder por los daños y perjuicios causados a los particulares con ocasión del funcionamiento de los servicios públicos, siempre que se trate de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (en cuyo caso se habla de “*lesión*”, en sentido estricto) y que, por ello, son indemnizables.

A pesar de que el tenor literal del citado artículo 139.1 se refiere exclusivamente al “*funcionamiento*” de los servicios públicos, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que a tal supuesto debe añadirse el de las lesiones causadas por el “*no funcionamiento*” de los servicios públicos, esto es, por omisión administrativa, cuando el dañado tuviera el derecho a que la Administración actuase positivamente para, en la medida de lo posible, prevenir y evitar el daño.

A partir de este planteamiento, la reclamante imputa a la Administración la responsabilidad por los daños sufridos, por considerar, implícitamente, que la existencia del socavón con el que impactó su vehículo constituye un funcionamiento anormal de los servicios públicos regionales de conservación de la carretera de que se trata.

Antes de entrar en el análisis del caso que nos ocupa, es necesario recordar algunas consideraciones generales que este Consejo Jurídico viene realizando en relación con los deberes de conservación y señalización de las vías públicas regionales.

Así, lo que se debe exigir al servicio público de mantenimiento y conservación de carreteras es que realice las actuaciones de conservación y señalización que sean consideradas como necesarias dentro de un determinado estándar o nivel de prestación del servicio públi-

co, sin que la mera titularidad pública de la vía implique que todo accidente acaecido en ella sea de su responsabilidad. Ello en modo alguno supone que se configure la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa como de índole culpabilística, pues la aplicación del criterio del estándar en la prestación de servicios públicos implica que, cuando no sea exigible el funcionamiento del servicio público, resultará, vista la cuestión desde el punto de vista de la relación de causalidad, que la actividad o inactividad administrativa no habrá sido un factor eficiente en la producción del daño, en cuanto no podrá considerarse que haya existido una omisión pública generadora del mismo. Y, vista desde la perspectiva del deber jurídico del ciudadano de soportar el daño (artículo 141.1 LPAC), cuando no existe una omisión indebida de la Administración, el ciudadano tiene el deber jurídico de soportar tal daño, en cuanto constituye una materialización del riesgo inherente a la utilización de las vías públicas, siempre, claro está, que no exista un tercero responsable.

II. Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, el informe de la Policía Local de Lorquí transcrito en el Antecedente Cuarto pone de manifiesto la existencia de una deficiencia viaria como es el gran socavón existente en el lugar del accidente, constatado por el agente informante, sin que, por otra parte, consten circunstancias justificativas de una eventual corresponsabilidad de la reclamante en la producción del daño, pues no se ha aportado razón suficiente para estimar que la magnitud de los daños producidos y/o las características del socavón constituyan factores razonablemente indicativos de que la interesada circulase a una velocidad superior a la permitida en el tramo de carretera en cuestión.

Por todo ello, procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración regional, por el anormal funcionamiento de los servicios de conservación y mantenimiento de la carretera de su competencia.

**CUARTA.- La cuantía de la indemnización.**

A vista del informe del Parque de Maquinaria reseñado en el Antecedente Quinto, no cabe oponer reparo a la cuantía de la indemnización que se reclama, que será actualizada conforme a lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC, lo que se deberá hacer constar en la propuesta dictaminada y hacerse efectivo en la resolución que culmine el procedimiento.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Existe relación de causalidad entre el daño por el que se reclama indemnización, que ha de reputarse antijurídico, y el funcionamiento de los servicios públicos regionales, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** La cuantía de la indemnización debe determinarse conforme con lo expresado en la Consideración Cuarta del presente Dictamen sobre su actualización.

**TERCERA.-** Por todo lo anterior, la propuesta de resolución, estimatoria de la reclamación presentada, se informa favorablemente, sin perjuicio de lo indicado en la reseñada Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 189/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por accidente en centro escolar.****Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)****Fecha: 27/11/08****Extracto de Doctrina**

*En Dictámenes anteriores de este Consejo Jurídico, como los nos 75/1999 y 99/2006, se ha recogido la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sostienen que no es admisible excluir del concepto de “particulares” a que se refiere el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), a los funcionarios que reclaman indemnización a título de responsabilidad patrimonial de la Administración; derecho indemnizatorio proveniente, en primera instancia, del reconocimiento realizado en el artículo 106 de la Constitución acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Ello no obsta para señalar, asimismo, que la relación especial de sujeción que une al funcionario reclamante puede influir, en ocasiones, en la apreciación de la concurrencia de los requisitos generales configuradores de dicha institución necesarios para admitir el resarcimiento por este concreto título jurídico o causa de pedir, y ello tanto en lo que atañe a la adecuada relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público como, especialmente, al requisito relativo al deber jurídico de soportar dicho daño. Por otra parte, dicho título de resarcimiento opera en un plano distinto al específico relativo a las indemnizaciones a funcionarios por razón del servicio, por tener cada uno de ellos un fundamento y un alcance distinto, así como un régimen jurídico propio.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Mediante escrito presentado el 25 de octubre de 2005, x., profesora del Instituto de Educación Secundaria “Llano de Brujas” solicitó a la Consejería de Educación y Cultura una indemnización por los daños sufridos a consecuencia del accidente ocurrido el día 28 de octubre de 2004 en dicho centro escolar. En el escrito se remitía a uno anterior, presentado el 3 de diciembre de 2004, en el que expresaba que, en la referida fecha, su pie izquierdo fue atrapado por la puerta de la valla del recinto (más propiamente, la puerta mecánica de entrada de coches al recinto), por lo que solicitaba a la Consejería que reconociese dicho accidente como laboral.

Esto último fue acordado por resolución de 9 de noviembre de 2005 del Director General de Personal de la citada Consejería, a la vista del informe del Director del centro escolar, de 29 de octubre de 2004, que expresaba lo siguiente:

*“Por el presente certifico que el pasado día 28 de octubre de 2004, la profesora de este Centro, x., sufrió un accidente laboral al ser golpeada por la puerta de la valla del recinto a la altura del talón izquierdo, por tanto, dentro de nuestras instalaciones y en horario lectivo. Por este motivo se encuentra en situación de baja laboral desde el mencionado día 28 de octubre de 2004 y por un tiempo indeterminado”.*

En su escrito de reclamación, la interesada decía adjuntar copia de un informe del Servicio de Urgencias de la Clínica “Virgen de la Vega” y de un informe médico de 4 de abril

de 2005, del doctor x., y solicitaba indemnización por los días de baja laboral y las secuelas especificadas en dicho informe, sin concretar la cantidad reclamada. En el expediente remitido, estos informes no obran adjuntos al reseñado escrito.

**SEGUNDO.-** En escrito presentado el 23 de noviembre de 2005, la interesada reiteraba su petición indemnizatoria, en similares términos a los empleados en su primer escrito.

**TERCERO.-** Con fecha 10 de febrero de 2006, el Secretario General de la Consejería resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructor del expediente, lo que se notifica a la interesada.

**CUARTO.-** Mediante oficio de 27 de febrero de 2006, la instructora requiere a la interesada para que, en el plazo de diez días, aporte fotocopia compulsada de su DNI, cuantifique económicamente el daño alegado, y manifieste si ha solicitado algún tipo de ayuda que le indemnice de los daños por los que reclama.

**QUINTO.-** El 6 de marzo siguiente la interesada presenta escrito en el que, entre otros extremos, y por referencia al informe médico de 4 de abril de 2005 antes reseñado y al baremo de indemnizaciones aplicable en materia de accidentes de circulación (según las correspondientes resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones para los años 2004 y 2005), cuantifica así la indemnización reclamada:

<i>“65 días impeditivos de 2004 (del 28/10/04 al 31/12/04) a 45,813548 € (baremo de la Res. de 09/03/2004).....</i>	<i>2.977,88 €</i>
<i>93 días impeditivos de 2005 (del 01/01/05 al 03/04/05) a 47,28 € (baremo de la Res. de 07/02/05).....</i>	<i>4.397,04 €</i>
<i>Total días impeditivos: 158. SUBTOTAL.....</i>	<i>7.374,92 €</i>
<i>10 puntos de secuela por talalgia agravada, a 687,15 € (baremo de la Res. de 07/02/05).....</i>	<i>6.871,50 €</i>
<i>TOTAL.....</i>	<i>14.246,42 €”</i>

**SEXTO.-** Mediante escrito de 5 de abril de 2006 la instructora requiere a la interesada para que aporte informes médicos que acrediten el daño alegado. En escrito presentado el 19 siguiente ésta contesta que tales informes ya fueron aportados con escritos anteriores, adjuntándolos nuevamente:

— En el informe del Servicio de Urgencias de la Clínica “La Vega”, ya citado, consta que la paciente es atendida por cuenta de MUFACE. Se le prescribe tratamiento, reposo y acudir a consulta en 8-10 días.

— En el informe médico de 4 de abril de 2005, también citado, se expresa lo siguiente:

*“LESIONES: DIAGNÓSTICO, TRATAMIENTO Y EVOLUCIÓN*

*La paciente fue atendida de urgencias en el Hospital Virgen de la Vega, de Murcia.*

*Es vista por primera vez en esta consulta el día 4 de noviembre de 2004, presentando tras exploración y pruebas complementarias un aplastamiento del tendón de Aquiles izquierdo que precisa de reposo absoluto y tratamiento médico. Se solicita estudio mediante R.M. que es negativo.*

*En noviembre comienza tratamiento rehabilitador.*



*La paciente, vista en consulta periódicamente, sigue con clínica dolorosa permanente. Debe seguir tratamiento rehabilitador y médico.*

*Se solicita estudio mediante ecografía que nos informa de una paratendinitis.*

*En enero de 2005 continúan las molestias. Se programan infiltraciones locales y seguir en rehabilitación.*

*En la actualidad presenta la paciente (sic) sigue con clínica dolorosa. No obstante dado el estancamiento del proceso es dada de alta en el día de la fecha, con secuelas.*

#### **SECUELAS —EXTREMIDAD INFERIOR— TOBILLO Y PIE IZQUIERDO**

*Talalgia.*

#### **OBSERVACIONES**

*La paciente ha permanecido en baja laboral durante 158 días siendo todos impeditivos.”*

Además, adjunta copia de un informe de 14 de diciembre de 2004, del Director del Instituto, dirigido en su día al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Consejería, en el que expresaba lo siguiente:

*“Pongo en su conocimiento que el pasado 28 de octubre una profesora de este Centro sufrió un accidente laboral al ser golpeada en su talón izquierdo por la puerta de entrada al recinto. Por ser el único hecho de este tipo hasta ese momento no teníamos razones para considerarlo como un peligro objeto de especial mención.*

*Sin embargo, he tenido conocimiento recientemente por boca de algunos profesores y personal del Centro, de que han ocurrido pequeños accidentes o de poca consideración por golpes en zonas similares, lo que nos hace prever que sí pudiera constituir un peligro.*

*Hay que señalar que dicha puerta es la que venía de origen y aprobada en el proyecto de construcción y que no ha sido sometida a modificaciones de ningún tipo. Así mismo la evaluación de riesgos realizada por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales de la Consejería de Educación durante este mismo año, no detectó peligro alguno en el funcionamiento de la citada puerta. No obstante, si una vez utilizada continuamente (no olvidemos que este Centro es de nueva creación) se detectara una posible peligrosidad, creo que deberemos tomar las medidas oportunas. Por ello doy conocimiento a este servicio y espero instrucciones al respecto.”*

Finalmente, la reclamante solicita la práctica de prueba testifical en las personas cuya relación adjunta.

**SÉPTIMO.-** Mediante oficio de 5 de mayo de 2.006, la instructora solicita informe a la Dirección del centro escolar sobre las circunstancias concurrentes en los hechos.

El informe, emitido con fecha 22 siguiente, expresa lo que sigue:

*“El día 28 de octubre de 2004, esta profesora fue golpeada por la puerta de acceso al recinto exterior del centro, a la altura del talón izquierdo. Ello le supuso la baja laboral.*

*Según los hechos que ella misma y quienes la asistieron me relataron, acababa de atender a la madre de un alumno dentro de sus funciones de atención a padres de alumnos, como profesora, dentro del centro y de su jornada laboral. Al acabar, ambas salieron juntas*

*hacia el aparcamiento y se ofreció a abrirle la puerta de acceso para que la citada madre pudiera salir con su vehículo. Cuando estaba abriendo la puerta volvió su atención hacia la madre, y en ese momento, posiblemente por una racha de viento, la puerta la golpeó con las consecuencias conocidas.*

*Parece ser que por el golpe fue a caer sobre el capó del vehículo de la madre que estaba detenido esperando la apertura de la puerta”.*

**OCTAVO.-** Mediante comunicación interior de 5 de junio de 2.006 la instructora solicita a la Unidad Técnica de Centros Educativos un informe sobre la idoneidad y seguridad de la puerta en cuestión.

El informe, emitido el 12 siguiente, indica lo que sigue:

*“Los signos externos que han podido comprobarse, visionados en las fotos adjuntas, reflejan la puerta para entrada de vehículos donde se produjo el accidente, según el Director del centro, que es metálica y está abisagrada en un lateral, suponiendo cierta complejidad en la apertura y cierre manual, debido a sus dimensiones. Considerando (sic., consideramos) que la puerta presta la seguridad a su destino y es adecuada a la función que tiene”.*

**NOVENO.-** Mediante comunicación interior de 2 de octubre de 2006, el instructor solicita un informe al Servicio de Prevención de Riesgos Laborales sobre los siguientes extremos:

*“— Número de días de baja médica laboral de x. a consecuencia del referido accidente.*

*— Valoración de la secuela de talalgia, según el baremo de accidentes de trabajo”.*

El informe, emitido por el Inspector Médico el 9 siguiente, valora el daño sufrido por x. en 10.505,95 €. Considera a estos efectos un total de 154 días improductivos y 5 no improductivos y valora la secuela en 5 puntos, resultando una cantidad de 10.505,95 euros, en aplicación del baremo utilizado en materia de accidentes de circulación.

**DÉCIMO.-** Mediante comunicación interior de 3 de octubre de 2006, el instructor solicitó al citado Servicio de Prevención de Riesgos Laborales un informe sobre los siguientes extremos:

*“Si el funcionamiento de la citada puerta entraña algún riesgo para la seguridad del personal del centro.*

*Si dicha puerta cumple con la normativa en materia de prevención de riesgos laborales”.*

El informe, emitido con fecha 4 de octubre de 2006, expresa lo siguiente:

*“Los portones en los lugares de trabajo, se encuentran regulados en el punto 6.8 del anexo I del R.D. 486/97:*

*“Los portones destinados básicamente a la circulación de vehículos deberán poder ser utilizados por los peatones sin riesgos para su seguridad, o bien deberán disponer en su proximidad inmediata de puertas destinadas a tal fin, expeditas y claramente señaladas”.*

*El portón existente en el IES LLANO DE BRUJAS, dispone en su proximidad inmediata de puertas destinadas al paso de peatones, por lo que está claramente diferenciada la circulación de vehículos y peatones.*

*En función de lo anterior, podemos concluir que:*

*— El portón cumple con la normativa de prevención de riesgos laborales.*

*— El uso adecuado de la citada puerta no entraña riesgo para la seguridad del personal del centro”.*

**UNDÉCIMO.-** Con fecha 19 de octubre de 2006 se acordó la apertura de un trámite de audiencia al objeto de que la interesada pudiera examinar el expediente, formular alegaciones y presentar cuantos documentos y justificaciones estimase pertinentes, compareciendo el 30 siguiente para tomar vista del expediente y obtener copia de la documentación que obra en el acta extendida al efecto.

**DUODÉCIMO.-** El 14 de noviembre de 2006 la reclamante presentó escrito en el que, entre otros extremos, señala lo siguiente:

*“1.- El accidente se produce porque una madre me pide que le abra la puerta para salir con su coche, aparcado en el interior al no ser posible aparcar en el exterior, cuando yo me dirigía a mi vehículo para recoger unos documentos durante el recreo, cuando al abrirla y volverme para atender una indicación de la madre, la puerta debido a su formato con parte ciega, a modo de vela, fue disparada por el viento, alcanzándome el pie izquierdo y produciéndome aplastamiento del tendón de Aquiles.*

*2.- Similar circunstancia ocurrió con varios compañeros, aunque con menores consecuencias, hasta el punto de que un día estando abierta y sujeta a la valla con un alambre, se soltó por efecto del viento a modo de vela, y giró 180° sobre su eje, saltando la zona de cerradura y pasándose a la otra parte.*

*3.- Los profesores tenían que abrir y cerrar la puerta cada vez que accedían con su automóvil, puesto que aún no estaba mecanizada como ahora. Por ello el peligro era diario y constante como lo demuestran los varios accidentes que se produjeron antes y después, de diversa envergadura.*

*4.- No había ni hay señalización alguna, incluso la zona de delante de las puertas de acceso a peatones estaba sin asfaltar y además con un poste de la luz de obra y hasta un transformador y cuadro de luces, que dificultaban y hacían peligrosa la entrada por ellas.*

*Consecuencia de lo expuesto y como se acreditará con la prueba propuesta, es que la puerta, en momento del accidente era bastante insegura y entrañaba un importante riesgo para todos los que la utilizaban”.*

Respecto de la secuela, afirma que se valora en 10 puntos (frente a los 5 del informe del Inspector Médico) por tratarse de una talalgia agravada, ratificando su anterior cuantificación de la indemnización reclamada.

**DECIMOTERCERO.-** Previa citación, el 13 y 14 de febrero de 2007 comparecen para prestar declaración ante el instructor cinco profesores y un conserje del citado Instituto, propuestos como testigos por la reclamante al haber sufrido algún percance con la puerta en cuestión. Posteriormente se analizarán sus declaraciones.

**DECIMOCUARTO.-** El 20 de febrero de 2007 se acuerda la apertura de un nuevo trámite de audiencia, compareciendo la reclamante el 2 de marzo siguiente para tomar vista del expediente y obtener copia de las actas de las declaraciones testificales, no constando la presentación de alegaciones.

**DECIMOQUINTO.-** El 12 de marzo de 2007 se formula propuesta de resolución parcialmente estimatoria de la reclamación; en síntesis, por considerar existente una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público educativo y los daños por los que se reclama, al acreditarse que éstos fueron causados por una de las instalaciones del centro (la puerta en cuestión) cuya peligrosidad se acredita con las declaraciones testificales y los informes del Director del centro.

En cuanto a la valoración del daño, acoge la determinación de los días de incapacidad (159) y el carácter de los mismos (todos improductivos menos los últimos 5) expresados en el informe del Inspector Médico reseñado en el Antecedente Noveno, al igual que la puntuación (5) asignada a la secuela. Sin embargo, a diferencia de dicho informe, aplica las cuantías correspondientes al año 2004 también al período de incapacidad sufrido durante 2005, así como a la secuela, determinada igualmente en este año. De ello resulta la cantidad de 10.272,51 euros, sobre la que indica que deberá ser actualizada conforme a lo dispuesto en el artículo 141.1 LPAC

**DECIMOSEXTO.-** Remitida dicha propuesta a la Intervención General para su preceptiva fiscalización, el 18 de junio de 2007 emite informe desfavorable a la misma, fundado, esencialmente, en que ha de apreciarse una concurrencia de responsabilidad entre la Administración (dada la práctica peligrosidad de la puerta, a tenor de otros percances similares sufridos por varios profesores, según la prueba testifical practicada) y la reclamante, porque, conocidos por ésta tales percances, debió haber adoptado alguna precaución y diligencia al respecto, lo que no hizo; al contrario, se giró durante la apertura de la puerta para hablar con la persona que salía del recinto. Ello obliga a minorar el importe de la indemnización en un 50%, al no apreciarse especiales circunstancias que justifiquen otra solución.

**DECIMOSÉPTIMO.-** El 9 de julio de 2007 se formula una nueva propuesta de resolución en la que acoge el criterio de la Intervención General y se propone una indemnización de 5.136,26 euros, correspondiente al 50% de la cantidad expresada en la anterior propuesta, más la actualización correspondiente.

**DECIMOCTAVO.-** Remitida la nueva propuesta a la fiscalización de la Intervención, en informe de 27 de septiembre de 2007 ésta no opone reparos al respecto, por lo que es remitida a este Consejo Jurídico, junto con el expediente tramitado, en solicitud de su preceptivo informe.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### CONSIDERACIONES

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. La reclamación se ha interpuesto en plazo y por quien goza de legitimación activa para ello, la persona dañada por la actuación administrativa a la que se imputa el daño por el que se solicita indemnización.

En Dictámenes anteriores de este Consejo Jurídico, como los nºs 75/1999 y 99/2006, se ha recogido la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sostienen que no es admisible excluir del concepto de “*particulares*” a que se refiere el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), a los funcionarios que reclamen indemnización a título de responsabilidad patrimonial de la Administración; derecho indemnizatorio proveniente, en primera instancia, del reconocimiento realizado en el artículo 106 de la Constitución acerca de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública. Ello no obsta para señalar, asimismo, que la relación especial de sujeción que une al funcionario reclamante puede influir, en ocasiones, en la apreciación de la concurrencia de los requisitos generales configuradores de dicha institución necesarios para admitir el resarcimiento por este concreto título jurídico o causa de pedir, y ello tanto en lo que atañe a la adecuada relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público como, especialmente, al requisito relativo al deber jurídico de soportar dicho daño. Por otra parte, dicho título de resarcimiento opera en un plano distinto al específico relativo a las indemnizaciones a funcionarios por razón del servicio, por tener cada uno de ellos un fundamento y un alcance distinto, así como un régimen jurídico propio.

II. En cuanto a la legitimación pasiva, la ostenta la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el centro donde ocurrieron los hechos. El órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

III. A la vista de las actuaciones que se constatan en el expediente remitido, puede afirmarse que se ha cumplido sustancialmente lo exigido por la LPAC y su desarrollo reglamentario sobre la tramitación de esta clase de reclamaciones.

**TERCERA.- Relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos educativos y los daños por los que se reclama. Concurrencia de responsabilidad.**

Conforme con lo establecido en los artículos 139 y siguientes LPAC, la Administración Pública es responsable de los daños efectivos e individualizados que, habiendo sido causados por el funcionamiento de sus servicios públicos, los particulares no tengan el deber jurídico de soportar.

En el presente caso, la reclamante alega que el daño causado, acreditado en el expediente, es imputable a las inadecuadas características de la puerta de acceso de vehículos al recinto del Instituto donde presta sus servicios, pues en el momento de los hechos había que abrirla manualmente, resultando que, al ser de gran longitud y en forma de vela, en ocasiones el viento la empujaba hacia la persona que en ese momento la estaba abriendo o cerrando, impactando contra la misma, especialmente en el pie, como en su caso, siendo el peligro “*diario y constante como lo demuestran los varios accidentes que se produjeron antes y después, de diversa envergadura*”.

La prueba testifical practicada pone de manifiesto la realidad de lo alegado por la reclamante. Los seis declarantes expresan que en una ocasión fueron golpeados en el talón en el momento de cerrar la puerta de que se trata, coincidiendo varios de ellos en que fue debido al viento, que la empujó contra ellos; además, se declara que su orientación Norte-Sur facilitaba esta circunstancia; que su chapa en forma de vela facilitaba la acción del viento; que la peligrosidad estaba en que al cerrarla había que andar dándole la espalda; que la puerta era muy pesada, pero con mucha inercia y gran suavidad, y que el riesgo se producía al tener que abrirla manualmente, habiendo sido sustituido este sistema de cierre por uno mecanizado. Todos los testigos señalan que no presentaron reclamaciones por no producirse daños o ser de carácter leve. Además, se manifiesta que *“en un claustro a principio de curso desde la dirección del centro se nos dijo que tuviésemos cuidado con la puerta”*. Todo ello, en fin, es coherente con lo afirmado por la propia reclamante, en el sentido de que el uso de la referida puerta constituía un peligro *“diario y constante”*.

Lo anterior trae dos relevantes consecuencias en orden a la resolución de la reclamación presentada:

A) Que no puede aceptarse, en contra de lo informado por los servicios técnicos de la Consejería, que la puerta fuera idónea para el lugar en el que estaba instalada, al menos con un sistema de apertura y cierre manual como el que tenía. Más allá de la regularidad de su construcción (y de que tuviese al lado una puerta para peatones, que no influye en el caso), lo cierto es que la práctica diaria en el funcionamiento de la puerta revela que, por las circunstancias concurrentes, existía un riesgo en su utilización, que debía ser evitado, como parece que se consiguió al instalar un sistema mecanizado o automatizado que evita la presencia del usuario al lado mismo de la puerta en el momento de su apertura y cierre. Ello determina la responsabilidad patrimonial de la Administración por la inadecuación de una de sus instalaciones.

B) Que el riesgo era conocido por la reclamante, por los accidentes sufridos anteriormente por otros trabajadores del centro y por haberlo advertido previamente la Dirección del centro (independientemente de que tuviera mayor o menor constancia de los pequeños accidentes sufridos al respecto). A pesar de lo anterior, la interesada reconoce que, en el momento de abrir la puerta, se volvió para hablar con la persona que salía del recinto, lo que induce a pensar que perdió la atención que, de modo especial, tenía que haber puesto al efectuar la anterior operación. Esta falta de precaución o de la debida diligencia exigible a la vista de las circunstancias concurrentes determina su parcial responsabilidad en la causación del daño por el que reclama.

Por todo ello, debe estimarse, de acuerdo con la propuesta de resolución objeto de Dictamen, que existe una corresponsabilidad en la producción de los daños por los que se reclama. De un lado, de la Administración regional, que debía haber eliminado la peligrosidad existente en el uso de una de las instalaciones afectas al servicio público; de otro, de la interesada, que, a la vista de las anteriores circunstancias, le era exigible una especial diligencia y precaución en el uso de dicha instalación, en tanto no se eliminara el riesgo que conllevaba, no habiéndolo hecho así en el caso de que se trata.

Dicha corresponsabilidad obliga a moderar en un 50% el importe de la indemnización, como este Consejo Jurídico ha estimado en supuestos análogos al presente, vistas las circunstancias del caso.

**CUARTA.- La cuantía de la indemnización.**

Por lo que respecta a la secuela alegada por la interesada, la talalgia, expresada en el informe médico aportado por aquélla, debe decirse que el baremo aplicable en materia de accidentes de circulación, de aplicación analógica para otra clase de daños, le asigna, a efectos valorativos, una puntuación de entre 1 a 5, debiendo aplicarse la máxima cuando se acredite que la secuela se ha estabilizado en su grado más grave. En este sentido, en ningún informe médico se expresa que la talalgia en cuestión sea “*agravada*”, como afirma la reclamante, por lo que, a efectos de su valoración, y como es usual, deben asignarse 3 puntos.

Por lo que se refiere a los días de incapacidad, el informe médico aportado por la reclamante (que, según uno de los partes médicos obrantes en el expediente, fue asistida por “*Asisa*” por cuenta de su mutualidad funcionarial –MUFACE–, lo que impide afirmar que se trate de informe de un facultativo particular), expresa que fueron 158, todos de carácter impositivo. El informe del Inspector Médico solicitado al efecto señala que fueron 159 días, todos de carácter impositivo menos los últimos 5. Al carecer este informe de motivación, se desconoce cuál es la fuente utilizada al respecto, por lo que, en tal estado, no puede prevalecer sobre el informe del médico que atendió a la paciente.

Por otra parte, tanto para la valoración de la secuela como la de los días de incapacidad debe aplicarse el baremo correspondiente al año en que se produjo la lesión, sin perjuicio de su actualización, todo ello de conformidad con el artículo 141.3 LPAC.

Finalmente, la cantidad resultante de aplicar las precedentes observaciones, minorada en un 50% conforme a lo expresado en la anterior Consideración, constituirá la indemnización procedente.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama indemnización, teniendo no obstante la reclamante el deber jurídico de soportar la minoración en un 50% de la indemnización procedente, por ser corresponsable en la producción de los referidos daños, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- La cuantía de la indemnización debe determinarse con arreglo a los criterios expresados en la Consideración Cuarta del presente Dictamen, por lo que la propuesta de resolución dictaminada deberá ajustarse a lo allí expresado, siendo el Dictamen favorable en todo lo demás.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 190/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, en nombre y representación de “--” S.A., como consecuencia de los daños sufridos en edificio.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 01/12/08**

**Extracto de Doctrina**

*Al tratarse de una entidad aseguradora que reclama por subrogación en la posición de su asegurado, dicha legitimación se adquiere cuando haya satisfecho a aquél la cantidad a que esté obligada según el correspondiente contrato de seguro, conforme con lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley 50/80, de Contrato de Seguro.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 8 de marzo de 2007, x, en nombre y representación de la compañía de seguros “--, S.A.”, presentó escrito solicitando de la Administración regional una indemnización de 1.700 euros por la rotura de un cristal de la fachada del Edificio “x”, causada el 20 de junio de 2006 por un alumno del colegio público “El Romeral”.

En concreto, en la reclamación se expresa lo siguiente:

*“PRIMERO.- Mi mandante es la Cía. Aseguradora de la Comunidad de Propietarios del Edificio x, sito en Molina de Segura (Murcia). Dicho edificio consta de 5 plantas de oficinas con sótano de garaje, de reciente construcción. La fachada es de muros de cortina de control solar, fabricada con cristales especiales color azul marca SUN ROYAL, modelo blue 20 opacificado sobre carpintería metálica de 130x82 cm. haciendo cuadrícula.*

*Lo que ocurrió fue que el pasado 20 de junio de 2006 tuvo lugar un siniestro en el dicho edificio consistente en la rotura de un cristal especial de la fachada, como consecuencia del impacto de una piedra que había sido lanzada por un alumno del colegio que hay situado frente al edificio.*

*Tras la ocurrencia de este siniestro, la Comunidad de Propietarios del Edificio x pasó el correspondiente parte de siniestro a la Compañía, dado que el mismo contaba con cobertura suficiente en virtud de la póliza número 8300500002808 concertada con mi representada, --, S.A.*

**SEGUNDO.-** *Mi mandante inmediatamente después de tener conocimiento de la ocurrencia del siniestro, dio orden a su perito para que se personara en el lugar de los hechos a fin de hacer una exhaustiva valoración y cuantificación de los daños ocasionados en el edificio asegurado, acompañando informe como DOCUMENTO N° 1. Del citado informe se desprende cómo el perito, una vez verificados los hechos y el daño, comprueba la rotura del cristal especial de cerramiento exterior de la fachada del edificio, estimando la reposición de este cristal económicamente muy elevada porque el muro cortina solamente se puede instalar por el fabricante de los cristales de control solar o delegación en Murcia, siendo su sistema muy específico en el montaje encareciéndose así la mano de obra, al tener que desmontar los marcos situados alrededor de la pieza dañada de la estructura metálica del edificio.*



*TERCERO.- A tenor de lo anterior, y dadas las circunstancias del siniestro, el perito que elaboró el Informe Pericial acompañado, cuantificó los daños materiales sufridos en el edificio asegurado en un total de mil setecientos euros (1.700 euros). En virtud de la aplicación de la póliza suscrita entre la Comunidad de Propietarios del Edificio x y la compañía ---, S.A.es por lo que mi mandante hizo frente al pago de dicho importe en concepto de indemnización por los daños y perjuicios sufridos por su asegurada, siendo por tanto esta cantidad la que se reclama a la Consejería mediante el presente escrito de responsabilidad patrimonial.”*

La solicitud de reclamación venía acompañada de la siguiente documentación:

— Fotocopia de informe pericial de “x”, de 31 de enero de 2007.

— Copia de póliza de seguro multirriesgo de edificios, suscrita por la Comunidad de Propietarios del Edificio “x” con “-, S.A.”.

**SEGUNDO.-** El Secretario General de la Consejería de Educación, mediante oficio de 23 de marzo de 2007, remitió el expediente de referencia al Excmo. Ayuntamiento de Molina de Segura, fundado en que, de acuerdo con la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, corresponde a los Ayuntamientos la conservación, el mantenimiento y la vigilancia de los edificios destinados a centros públicos de educación infantil y primaria. Ello fue notificado al reclamante.

**TERCERO.-** Mediante escrito de 10 de mayo de 2007, el Ayuntamiento de Molina de Segura remite certificación del Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 24 de abril anterior por el cual se resuelve devolver el referido expediente de responsabilidad patrimonial a la Consejería, por ser la titular del servicio público educativo que se presta en el centro escolar.

**CUARTO.-** El Secretario General de la Consejería, con fecha 15 de mayo de 2007, resuelve admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y nombrar instructor del expediente.

**QUINTO.-** Mediante escrito de 17 de mayo de 2007 se comunica al interesado la resolución de inicio del expediente de responsabilidad patrimonial y se le requiere para que acredite su representación, siendo cumplimentado con fecha 29 de mayo de 2007, mediante la presentación de copia de escritura de apoderamiento.

**SEXTO.-** Consta en el expediente un escrito del Director del Centro, de 20 de junio de 2006 (el día de los hechos), de comunicación del siniestro a la Consejería, con la siguiente descripción de los mismos:

*“Estando los niños en el recreo uno de ellos ha cogido una piedra y la ha arrojado a la fachada de un edificio. La maestra que estaba de guardia lo vio cómo tiraba la piedra y le estuvo llamando la atención”.*

Además, en el apartado “*Daños sufridos*”, indica lo siguiente:

*“Rotura de un cristal de fachada en el edificio x, frente al patio de recreo del colegio”.*

**SÉPTIMO.-** Mediante oficio de 17 de mayo de 2007 se solicita informe a la Dirección del centro escolar sobre las circunstancias concurrentes en los hechos, siendo emitido con fecha 28 de mayo de 2007, en el que se expresa lo siguiente:

*“1.- Estando los niños en el recreo (11.25 horas), dos de ellos tiraron piedras fuera del recinto del colegio.*

*La maestra que estaba de guardia en esa zona les llamó la atención al ver que tiraban piedras.*

*Al poco rato de lo sucedido se presentó en el centro x, empleado administrativo, con DNI nº x, comunicándome la rotura de un cristal del edificio x. Yo me personé en el edificio y comprobé que efectivamente había roto un cristal oscuro de la fachada del edificio que está frente al patio de recreo. Me entrevisté con la maestra de guardia de la zona de recreo y me confirmó que pilló a los niños tirando piedras, les llamó la atención y los castigó, pero ella no sabía que habían roto el cristal. Los hechos ocurrieron a las 12,25 horas, un poco antes de entrar a clase.*

*2.- Profesores que estaban encargados de la vigilancia de los alumnos durante el recreo. El patio lo tenemos dividido en cuatro zonas de recreo:*

*— Una para los alumnos de Educación Infantil donde están vigilados por dos maestras separado del alumnado de primaria.*

*— Una zona delante del patio donde hay un espacio grande para que jueguen los niños de un ciclo vigilados por un maestro/a.*

*— Una zona deportiva para juegos de futbito y baloncesto para los alumnos del tercer ciclo de primaria vigilada por un maestro/a.*

*— Otra zona detrás del edificio con gravilla para los alumnos de otro ciclo, vigilada por un maestro/a.*

*Cada zona del colegio siempre está vigilada durante el recreo por un maestro/a que se encarga de un ciclo.*

*3.- Existencia de piedras y gravilla en el patio de recreo.*

*En varias ocasiones he comunicado al Ayuntamiento que sustituyan la gravilla que echaron hace unos años, por otra mucho más pequeña, ya que en algunas ocasiones hemos observado que algunos niños suelen buscar entre la gravilla algunas piedras gruesas para jugar con ellas. El conserje del colegio suele recoger las que encuentra cuando limpia la zona, pero siempre suele quedar alguna.*

*Por fin este verano y según el compromiso de la Concejalía de Educación nos van a arreglar los patios de Educación Infantil que también tienen gravilla gruesa y la zona del patio anteriormente citada, ya que como le he dicho se ha informado al Ayuntamiento del peligro de la grava que pusieron hace algunos años para que no hubiera barro cuando lloviera”.*

**OCTAVO.-** Mediante oficio de 13 de junio de 2007 se acordó la apertura del preceptivo trámite de audiencia y vista del expediente, presentando el reclamante escrito de alegaciones con fecha 3 de julio de 2007, en las que ratifica su pretensión indemnizatoria, con fundamento en los informes emitidos por el Director del Centro, añadiendo que el alcance de los daños se acredita “con la factura de reparación que obra en el expediente administrativo”.

**NOVENO.-** El 5 de julio de 2007 se formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, por considerar probados los hechos, a tenor de los informes emitidos, y el

carácter antijurídico de los daños ocasionados, que deben ser indemnizados por la Administración, según doctrina jurisprudencial y consultiva que cita, entre esta última, la contenida en el Dictamen 248/2002, de este Consejo Jurídico, relativo a un caso similar al presente.

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial.

#### **SEGUNDA.- Plazo, legitimación y procedimiento.**

I. La reclamación ha de considerarse interpuesta en el plazo de un año establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), pues el hecho por el que se reclama ocurrió el 20 de junio de 2006 y la reclamación se presentó el 8 de marzo de 2007.

II. La entidad reclamante no ha acreditado su legitimación para deducir la pretensión resarcitoria que contemplamos. Al tratarse de una entidad aseguradora que reclama por subrogación en la posición de su asegurado, dicha legitimación se adquiere cuando haya satisfecho a aquél la cantidad a que esté obligada según el correspondiente contrato de seguro, conforme con lo dispuesto por el artículo 43 de la Ley 50/80, de Contrato de Seguro.

En el presente caso, la reclamante sólo aporta un informe pericial de valoración del daño (Antecedente Primero), siendo un documento que, como expresa la STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de mayo de 2004, en un caso análogo, *“no es más que un documento de parte, sobre valoración del siniestro, que no acredita su pago”*. No obstante, en su escrito final de alegaciones la interesada se refiere a *“la factura de reparación que obra en el expediente administrativo”* (Antecedente Octavo) y, no siendo ello cierto, el instructor le debería haber dirigido el oportuno requerimiento, conforme con lo establecido en el artículo 80.2 LPAC, lo que no consta que haya hecho, debiendo acordarse ahora tal diligencia para, en su momento, resolver esta cuestión según lo actuado.

#### **TERCERA.- Relación de causalidad entre los daños por los que se reclama y el funcionamiento de los servicios públicos regionales. Existencia de daño antijurídico imputable a los mismos.**

I. Sin perjuicio de lo que resulte de las actuaciones reseñadas en la anterior Consideración, procede analizar el fondo de la pretensión de que se trata. En este sentido, conforme con el régimen jurídico establecido en los artículos 139 y siguientes LPAC y la jurisprudencia existente en relación con supuestos como el presente, la Administración regional resulta responsable de los daños de que se trata, en cuanto que el perjudicado (y, en su caso, la entidad aseguradora subrogada en la posición de éste) no tiene el deber jurídico de soportarlos y los mismos han de imputarse al funcionamiento del servicio público educativo, entendido a estos efectos en un sentido general.

II. Cuestión distinta es que, a la vista de las circunstancias del caso, pueda ser viable una acción de regreso contra el Ayuntamiento. Si se considera que el nivel de vigilancia de los alumnos en la zona de recreo parecía ser adecuado (vid. el informe del centro reseñado en el Antecedente Séptimo), y que resulta imposible una reacción del personal del centro tan rápida e inmediata como para evitar acciones como la del caso, en que el hecho se produce durante el período de juego de los alumnos en la zona de recreo, debe concluirse que la causa última del daño ha de imputarse a la existencia de piedras en el revestimiento del pavimento de dicha zona, circunstancia cuya inidoneidad había sido comunicada en varias ocasiones por el centro al Ayuntamiento responsable del mantenimiento y conservación de las instalaciones, según manifiesta el Director de aquél, y que va a llevar finalmente a dicha Corporación a sustituir dicho revestimiento de piedras por otro de gravilla más pequeña y adecuada.

**CUARTA.- La cuantía de la indemnización.**

En el caso de que la reclamante acredite el pago a su asegurado (o a un tercero, por cuenta de éste) de la indemnización que ahora reclama a la Administración regional, debería solicitarse a la unidad técnica de instalaciones escolares un informe sobre el importe del cristal dañado y sus gastos de reposición, a efectos de acordar luego lo procedente sobre la cuantía de la indemnización, que debería ser actualizada, en su caso, conforme con lo dispuesto en el artículo 141.3 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

**CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Procede requerir al reclamante para que acredite su legitimación activa, debiendo resolver esta cuestión conforme con lo que resulte de tal diligencia, en los términos y por las razones expresadas en la Consideración Segunda, II, del presente Dictamen.

**SEGUNDA.-** Sin perjuicio de lo anterior, existe relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y el daño por el que se reclama, que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**TERCERA.-** En el caso de acreditarse la legitimación de la entidad reclamante, la indemnización a reconocer habría de ajustarse a lo expresado en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

**CUARTA.-** Por todo lo anterior, la propuesta de resolución objeto del presente Dictamen se informa desfavorablemente, debiendo ajustarse la misma a lo que resulte de las actuaciones indicadas en las Consideraciones Segunda, II, y Cuarta (en su caso) de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 191/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.****Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)****Fecha: 01/12/08****Extracto de Doctrina**

*Que un balón lanzado desde el patio de un centro escolar cause daños en los bienes de los normales usuarios de la vía pública no constituye un riesgo general de la vida que actúe como criterio negativo de imputación objetiva a la Administración del resultado dañoso, porque el perjudicado no tiene el deber de asumir tales daños como una incidencia esperable en el natural acontecer de su existencia (Consejo de Estado, Dictamen 203/2005, de 10 de marzo). Al contrario, el ciudadano espera que el uso de los bienes públicos sea el adecuado a su finalidad.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** La reclamación fue formulada el 18 de septiembre de 2007 solicitando una indemnización de 327,85 euros (cantidad que se justifica mediante el presupuesto de un taller oficial) por los desperfectos ocasionados en el vehículo del interesado el día 12 anterior, según dice, por alumnos del CEIP “Fernández Caballero” al lanzar un balón desde el patio del centro. La Directora de éste, en comunicación remitida a la Consejería el 17 de septiembre, manifiesta que, en el momento de producirse los hechos (6,30 a 7 de la tarde), el colegio estaba cerrado, por lo que ningún profesor ni trabajador fue testigo de lo ocurrido; indica que los chicos que jugaban al fútbol eran “desconocidos”.

**SEGUNDO.-** Una vez subsanados por el interesado los aspectos de la reclamación que le fueron requeridos, fue completada la instrucción, constando un informe del jefe de taller del Parque Móvil Regional (25 de octubre de 2007) que considera ajustado al mercado el precio previsto para la reparación del vehículo, y otro de la Directora del centro. Señala ésta que tuvo conocimiento del suceso al día siguiente de producirse, a través de la esposa del reclamante, que reside en el edificio colindante al centro; destaca que es habitual que haya chicos en el centro fuera del horario escolar, ya que utilizan la pista para jugar al fútbol; es fácil acceder a dicho patio porque la valla es baja, y, por su parte, no se pueden tomar más medidas para que eso no ocurra, aunque ha solicitado de la Consejería (sin éxito hasta la fecha, cabe presumir) que se suba la altura de la valla para evitar el acceso de personas ajenas.

**TERCERO.-** Conferida audiencia al reclamante, evacuó sus alegaciones el 19 de febrero de 2008 exponiendo que se ha acreditado el daño y que la probabilidad de que en la pista de juego puedan penetrar personas extrañas es alta; de lo anterior infiere un anormal funcionamiento del servicio público, dado que es obligación de la Administración impedir el indebido uso de las instalaciones escolares, incluso fuera del horario lectivo. Reitera la solicitud de indemnización.

**CUARTO.-** La propuesta de resolución, formulada el 28 de febrero de 2008, concluye que debe desestimarse la reclamación, por entender que la relación de causalidad no existe al haberse producido el incidente fuera del horario escolar y por personas desconocidas.

Considera, además, que el daño no es imputable a la Administración al proceder de una práctica antijurídica, debiendo aquélla soportar el daño que ésta produzca a sus propios elementos y equipamientos, pero no se puede prorrogar esta imputabilidad universalmente considerando al centro agente causal directo del daño que causen a terceros personas ajenas a la comunidad educativa.

Completado el expediente con su índice de documentos y el extracto de secretaría, fue formulada la consulta al Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada el 6 de marzo de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Procedimiento.

La reclamación ha sido formulada por persona legitimada y dentro del plazo de un año establecido por el artículo 142.5 LPAC. La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo la Consejería de Educación, Formación y Empleo competente para resolver el procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el Centro en el que ocurrieron los hechos.

#### **TERCERA.-** Sobre el fondo del asunto.

I. Según el artículo 139 LPAC cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley.

De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa, aunque no se excluye que el carácter antijurídico del daño pueda inferirse del incumplimiento objetivo de normas o deberes (STS de 16 diciembre de 1997). La objetividad está limitada, también, por la necesaria concurrencia de los demás requisitos legalmente configurados para el nacimiento de la responsabilidad, porque, de lo contrario, la Administración se convertiría en una aseguradora que debiera responder automáticamente, por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999).

El Consejo Jurídico ha indicado en otras ocasiones que la Administración titular del servicio público docente ha de responder por los daños causados por los alumnos de dichos centros cuando concurren los requisitos establecidos en los artículos 139 LPAC, complementados en este punto por el artículo 1903, quinto y sexto párrafo, del Código Civil, que exime de responsabilidad a los titulares de centros de enseñanza no superior cuando acrediten haber empleado toda la diligencia de un padre de familia para prevenir el daño causado por los alumnos. Este deber o diligencia es más intenso cuando se trata de prevenir daños a terceras personas, ajenas a la prestación del servicio educativo, según la jurisprudencia y doctrina del Consejo de Estado emanada al efecto (Dictamen 57/2005). Dentro de la conocida doctrina sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del servicio público docente no universitario, se ha destacado por este Consejo Jurídico (Dictámenes 127/2006 y 14/2007) que, cuando las víctimas de los daños son ajenas a dicho servicio, se produce una acusada objetivación del régimen de la responsabilidad que es posible apreciar con facilidad tanto en la jurisprudencia como en la actividad de los diversos órganos consultivos, no constituyendo una excepción este Consejo Jurídico (Dictamen 226/2002, que afirma el derecho a ser indemnizada de una abuela quien, al acudir al colegio a recoger a su nieto, sufre lesiones como consecuencia del choque con una menor en el patio del centro). Dicha objetivación se aprecia cuando ante circunstancias fácticas similares -por ejemplo, choques o balonazos fortuitos-, se alcanzan conclusiones diferentes en orden a la existencia o no de responsabilidad, según que el dañado sea otro alumno o un tercero ajeno al servicio público docente.

También viene considerando el Consejo Jurídico que es un funcionamiento anormal del servicio público el lanzamiento de un balón por los alumnos fuera del recinto escolar, dado que tal hecho es potencialmente dañoso, incumbiendo al que alega la ruptura del nexo causal por intervención de tercero acreditar tanto la existencia de la conducta negligente de éste como su identidad, so pena de trasladar al perjudicado esa carga, a lo que este último no puede estar obligado (Dictamen 113/2001).

De los hechos resultantes del expediente consultado se desprende que, aunque el daño ha sido causado por desconocidos, no existe título jurídico por el que el reclamante esté obligado a soportarlo. Por lo demás, puede reconocerse un funcionamiento anormal del servicio público, dado que el lanzamiento del balón se produjo desde el patio del centro, con independencia de que sucediera fuera del horario lectivo, porque las instalaciones estaban siendo objeto de uso, lo cual constituye título de imputación bastante, ya que no se adoptaron las medidas imprescindibles que permitieran evitar el uso inadecuado de las mismas. Que un balón lanzado desde el patio de un centro escolar cause daños en los bienes de los normales usuarios de la vía pública no constituye un riesgo general de la vida que actúe como criterio negativo de imputación objetiva a la Administración del resultado dañoso, porque el perjudicado no tiene el deber de asumir tales daños como una incidencia esperable en el natural acontecer de su existencia (Consejo de Estado, Dictamen 203/2005, de 10 de marzo). Al contrario, el ciudadano espera que el uso de los bienes públicos sea el adecuado a su finalidad.

Desde otro punto de vista, el criterio que permite imputar el daño a la Administración es la titularidad de las instalaciones, pertenecientes a la Consejería de Educación, Formación y Empleo. La mera titularidad del inmueble supone imputabilidad de los daños causados a través de él, ya que su existencia debe garantizar el correcto estado y uso de las instalaciones, con el fin de que no origine riesgos para las personas y sus bienes. La objetividad de la imputación resulta adecuada en aplicación de la doctrina de la creación de riesgo: cuando

éste se crea con una instalación que da lugar a un resultado dañoso, es indiferente cual sea la causa de tal efecto; con independencia de quien lo lanzase, la consecuencia fue la salida del balón desde el patio del centro, y ello implica que algo falló en el uso de la instalación, aunque sólo fuese la presencia indebida de personas en la pista de juego. En consecuencia, se alcanza así también a determinar la responsabilidad del titular de la instalación, que no ha desarrollado las medidas a su alcance para evitar el riesgo causante del daño. Si se hubiesen adoptado las medidas que naturalmente cabía esperar de dicho titular (las citadas por la Directora del centro sobre elevación de la altura de la valla), dejaría entonces el daño de ser imputable a la Administración.

Concurren, pues, los elementos que permiten declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, al tratarse de un daño antijurídico imputable a la misma, cuya valoración ha sido validada por la propia instrucción.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración e indemnizar al interesado en la cantidad solicitada, por las razones expuestas en la Consideración Tercera.

**SEGUNDA.**- En consecuencia, se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 192/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una explotación ganadera de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 01/12/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Nota: concluye en la necesidad de completar instrucción.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.**- Con fecha 28 de mayo de 2007, x, Presidente de la Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos-Iniciativa Rural de Cartagena, presenta, en nombre y representación de x, reclamación de responsabilidad patrimonial ante la entonces denominada Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes, por los daños sufridos en el ganado ovino propiedad de x (titular de la explotación ganadera inscrita en el Registro



de Explotaciones Ganaderas con el número --), que atribuye a la actuación de la Dirección General de Carreteras en la labor de eliminar las hierbas que se encuentran en la cuneta de la carretera que une Los Beatos con El Algar.

Según manifiesta la parte reclamante, los hechos se produjeron el día 6 de febrero de 2007 cuando las ovejas pastaron en el lugar antes descrito, intoxicándose como consecuencia del herbicida utilizado por la Dirección General de Carreteras, falleciendo 10 animales adultos, valorados en 800 euros y produciéndose 50 abortos, lo que supone un lucro cesante que asciende a 1.500 euros, todo lo cual hace un total de 2.300 euros, cantidad que solicita se le haga efectiva en concepto de indemnización.

Junto con la reclamación se presentan los siguientes informes:

1º. El emitido por x, técnico veterinario de la Agrupación de Defensa Sanitaria del Ganado Ovino y Caprino del Campo de Cartagena (ADS), en el que se indica lo siguiente:

“Asunto: *Intoxicación por glifosato en explotación de x.*

— Datos de la explotación:

— Titular: x — DNI: ---.

— N° REGA: ---.

— Dirección de la explotación: *El Algar (Cartagena).*

— 500 ovino.

— Anamnesis:

— *La explotación ganadera se encuentra enfrente de la gasolinera x, al otro lado de la carretera, en el Km. -- de la autovía de La Manga.*

— *El día 6 de febrero de 2007 a las 10 horas el ganadero sale con el ganado a pastar, y cruzan hacia el otro lado de la autovía, haciendo su ruta habitual, sin tener conocimiento de que ese día iban a fumigar, y a la vuelta, sobre las 5 de la tarde, al pasar por la vereda situada en la cuneta de al lado de la autovía (próximo al camino del Sifón), los animales pastan durante media hora en el lugar indicado.*

— *Al día siguiente (7 Febrero) mueren tres ovejas, y el ganadero avisa al veterinario porque cree que los animales pueden haberse intoxicado.*

— *El ganadero contabiliza 10 animales muertos en un intervalo de 3-4 días. Además observa unos cincuenta abortos en los días posteriores.*

— *La edad de los animales estaba comprendida entre los tres y cinco años.*

— *El ganadero dice que fumigaron la vereda por donde pasaron los animales y donde posteriormente comieron. El ganadero no pudo apreciar que habían fumigado ya que las plantas estaban en buen estado.*

— *El herbicida empleado para fumigar fue Linfosato al 36 %, herbicida empleado por la Comunidad Autónoma en el mantenimiento de carreteras.*

— Sintomatología:

- *Los animales afectados se encontraban en el suelo, con rigidez en la nuca, espasmos y estiraban las extremidades. Los animales con estos síntomas tenían espuma en la boca. También observé otros que se encontraban de pie con ataxia, estaban parados y no se movían.*
- *El animal que posteriormente murió y del cual tomé muestras estaba tirado en el suelo, presentaba rigidez, extremidades estiradas y con el estómago hinchado.*

— Necropsia:

- *Al llegar a la explotación observé las 3 ovejas muertas y otra fallecida esa misma noche, de la cual tomo muestras, y mientras realizaba la necropsia muere otra oveja de la que también tomé muestras.*
- *En la necropsia observé íleo paralítico, el estómago estaba lleno de comida, y edema en la región abdominal.*
- *Tomé muestras de hígado, bazo, riñón, pulmón e intestino, que fueron remitidas al Departamento de Toxicología de la Universidad de Murcia, ya que creemos que los animales se intoxicaron con el herbicida”.*

2º. El emitido por x, Profesor Titular y Responsable del Servicio de Toxicología y Veterinaria Forense de la Universidad de Murcia, del siguiente tenor:

“Antecedentes

*La información disponible sobre el caso y que se usará para responder a la cuestión planteada fue remitida por el Veterinario de la Asociación de Defensa Sanitaria (ADS) “Campo de Cartagena”, x, colegiado Veterinario --- del Ilustre Colegio Oficial de Veterinarios de Murcia, vía correo electrónico. En dicho informe se indica que el ganado de la especie ovina afectado pastó el día 6 de febrero, durante media hora en la cuneta al lado de la autovía (camino del Sifón) en donde habían fumigado con el herbicida Linfosato 36%. El ganadero dice desconocer entonces tal circunstancia y no observó nada sospechoso en las plantas. Al día siguiente, el ganadero encuentra 3 ovejas muertas con edades entre los 3 y 5 años. En los 3-4 días siguientes a la exposición mueren 10 animales. Los síntomas que se describen son: espuma en la boca, rigidez en nuca, espasmos y extremidades extendidas en los animales tumbados en el suelo. Algunos animales estaban de pie con ataxia e incapaces de moverse. La oveja que el veterinario necropsia nada más morir presentaba además de los signos descritos, el estómago hinchado y lleno de comida, íleo paralítico y edema en la región abdominal. Se describen también en días posteriores al suceso abortos en un número de unos 50.*

Valoración y discusión de la información disponible

*La búsqueda en la red del producto comercial linfosato ha dado escasos resultados. La página web del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (MAPA, 2007) en su enlace de productos fitosanitarios registrados no la tiene introducida ni como principio activo ni como nombre de producto comercial. Tampoco aparece como tal producto en la base de datos IPCS INCHEM (2007). Sin embargo, hemos encontrado un producto con el nombre linfosato en países centro y sudamericanos en los que aparece como producto con marca registrada de Cínkor Corporation, una empresa de Taiwan. Finalmente el termino linphosa-*

te aparece como sinónimo de glifosato (glyphosate) en la página web de Sinon Corporation (empresa también de Taiwan). Con esta información asumimos que el principio activo del producto presumiblemente implicado en el proceso es el glifosato.

El glifosato, cuya fórmula es N-(fosfonometil) glicina, es un herbicida organofosfonato de baja toxicidad para mamíferos y que, a diferencia de los insecticidas organofosforados, no inhibe la colinesterasa. La absorción del producto en el tracto gastrointestinal no es elevada, entre el 30 y el 36% del producto. Se elimina, en gran parte sin modificar, por la orina.

La toxicidad es muy baja para todas las especies, aunque depende también del formulado, por tal motivo se considera un producto con un amplio margen de seguridad. La dosis letal 50 (dosis que mata al 50% de una población experimentalmente expuesta) del producto técnico (pureza del 95%) es superior a 5000 mg/kg de peso vivo. Sin embargo algunas formulaciones finales de producto comercial pueden ser ligeramente más tóxicas, con DL50 entre 1950 y 2510 mg/kg de peso vivo (WHO, 1994).

En ratas expuestas a dosis letales se ha observado ataxia, dificultad respiratoria y, ocasionalmente, convulsiones que preceden a la muerte. Se sugiere que la muerte es debida al desacoplamiento de la fosforilación oxidativa. Según Talbot et al. (1991), en casos de intoxicación aguda (ingestión de una sola vez de altas cantidades) se pueden observar síntomas de moderados a severos que se caracterizan por gastritis con o sin hemorragias por ulceración, disfunción pulmonar, hipotensión, desequilibrio ácido-base, paro cardíaco con convulsiones repetidas en casos graves y muerte. También se ha descrito hipersalivación, vómitos, diarrea y letargia asociados fundamentalmente a la acción surfactante del vehículo del glifosato (WHO, 1994; Welch, 2003).

No hay apenas bibliografía sobre el glifosato en rumiantes, sin embargo en un estudio sobre consumo diario de pastos tratados con glifosato, a razón de 2.2 Kg/Ha, por parte de ciervos de cola negra (*Odocoileus hemionus columbianus*) se demostró que los ciervos no solo no evitaban el consumo del pasto tratado, sino que además lo preferían, probablemente porque les resultaba más palatable (Sullivan y Sullivan, 1979).

Los síntomas y signos postmortem que se describen en el informe remitido por el veterinario parecen indicar que es posible que los animales padecieran una intoxicación severa por ingestión de glifosato. Aunque la toxicidad para mamíferos es baja, es posible asumir que un pasto o hierbas recién tratadas fueran de gran apetencia para los rumiantes (en este caso las ovejas) y que ello supusiera una ingesta elevada de producto activo.

Tras revisar la bibliografía pertinente (WHO, 1994; Welch, 2003), no parece fácil de asumir, como consecuencia directa de una exposición a glifosato, los abortos que se citan en el informe veterinario. Sin embargo, la posibilidad de que la ingesta de glifosato fuera elevada supondría un desequilibrio interno generalizado en el organismo de las hembras gestantes que podría ser causa, de forma indirecta, de los abortos.

### Conclusiones

A tenor de la información disponible y la valoración y discusión de la misma, se concluye que:

De asumirse las condiciones de exposición que emanan del informe veterinario, la cronología del proceso y los síntomas y signos presentes en las ovejas, no es descartable la intoxicación por glifosato como causa de muerte de las mismas”.

**SEGUNDO.-** El 30 de julio siguiente, el órgano instructor notifica al reclamante el plazo máximo para dictar la resolución del procedimiento, y el efecto desestimatorio que pudiera producir el silencio administrativo, todo ello en cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo LPAC). Al mismo tiempo se le requiere para que subsane y mejore la solicitud, mediante la aportación de una serie de documentos entre los que figuran los que acrediten la representación con la que dice actuar x, así como aquellos otros por los que la reclamante demuestre la propiedad de la finca.

**TERCERO.-** En respuesta al requerimiento efectuado, x presenta escrito el 24 de agosto de 2007, acompañando la siguiente documentación:

a) Fotocopia compulsada de los Documentos Nacionales de Identidad de x y de y.

b) Escrito firmado por x y el y, mediante el cual la primera autoriza al segundo para que actué en su nombre en la reclamación por responsabilidad patrimonial que se tramita ante la Consejería consultante.

c) Declaración de la reclamante en el sentido de no haber percibido indemnización alguna por los daños objeto de la reclamación por responsabilidad patrimonial, así como que por estos mismos hechos no se siguen otras reclamaciones civiles, penales o administrativas.

d) Se indica el nombre y dirección de dos personas (una de ellas es el veterinario autor del informe transcrito en el antecedente primero del presente Dictamen), a las que se propone como testigos con el fin de acreditar la realidad y certeza de los hechos que se denuncian.

e) Ficha catastral y escritura pública de herencia correspondiente a la finca de x, así como declaración de éste en la que se hace constar que el ganado propiedad de x (500 cabezas aproximadamente de ovino-caprino), se alimenta y pernocta en dicha finca.

f) Certificado de Cajamar en el que figura el código cuenta cliente de la reclamante.

**CUARTO.-** El instructor procede a recabar el informe de la Dirección General de Carreteras, que se emite el 23 de noviembre de 2007 por el Jefe de Sección de Conservación de dicho Órgano Directivo, con el siguiente contenido:

*“Con relación a la reclamación de Responsabilidad Patrimonial efectuada por x, pongo en su conocimiento lo siguiente:*

*1.- La carretera a la que se refiere el reclamante es competencia de esta Dirección General.*

*A) No se puede constatar la certeza ni la realidad del evento lesivo.*

*B) No se puede determinar la existencia de fuerza mayor o actuación inadecuada del perjudicado o de un tercero, ya que el motivo que causa la reclamación no guarda relación con la fumigación de la cuneta ni con el producto empleado. Se debe tener en cuenta, además, que el pastor está informado de los trabajos de fumigación en las cunetas de la carretera MU-312 desde hace años y que por ello precisamente nunca se fumiga la cuneta exterior de la vereda paralela al camino de servicio de la carretera y que accede a la explotación ganadera, puesto que es el camino que sigue y debe seguir el ganado en su recorrido a la explotación.*

C) *No hay constancia en esta Dirección General de Transportes y Carreteras de otros acontecimientos similares en el mismo lugar.*

D) *No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.*

E) *No se puede imputar a la Administración o a otras Administraciones la responsabilidad del evento lesivo.*

F) *No se pueden valorar los daños alegados.*

G) *No existen aspectos técnicos que determinen la producción del daño.*

H) *El equipo de fumigación de esta Dirección General de Transportes y Carreteras actuó en la carretera MU-312 el día 2 de Febrero y la supuesta intoxicación ocurrió el día 6, por lo que en cuatro días el producto debe haber perdido su toxicidad, dado que se inactiva rápidamente, lo que se puede comprobar en la ficha de seguridad del producto, permaneciendo solamente “en el suelo”, dado que se absorbe fuertemente y no se lixivia.*

*Por otra parte, según la ficha de seguridad del producto y del Servicio de Toxicología, son necesarios más de 5.000 mg de producto por kilogramo de animal para que se produzca una intoxicación aguda y con una pureza del producto del 95%, lo que equivaldría a que una oveja de 35 kg se comiera ella sola la maleza existente en unos 250 ml como mínimo de cuneta totalmente cubierta de hierbas y maleza, en media hora y recién aplicado el producto, lo cual resulta imposible. Además, el propio informe del Servicio de Toxicología especifica que este producto es de baja toxicidad para mamíferos y que no parece fácil de asumir, como consecuencia directa de una exposición a glifosato, los abortos que se citan en el informe veterinario.*

*La Clasificación Toxicológica de un producto con marca (Roundup) comercial conocida es la siguiente: Formulación especial y exclusiva de baja toxicidad, baja peligrosidad para fauna terrestre (A) y baja peligrosidad para fauna acuícola (A), pudiéndose generalizar esta clasificación a este tipo de producto con cualquier marca.*

*En cuanto al informe del veterinario es de destacar lo siguiente:*

1.- *En el informe se menciona LINFOSATO, que efectivamente es un herbicida altamente tóxico y no utilizado por esta Dirección General de Transportes y Carreteras.*

2.- *El tramo en el que pastaron las ovejas durante media hora dice que es “la vereda situada en la cuneta de al lado de la autovía (próximo al camino del sifón)”, y se debe especificar con más exactitud el lugar ya que el camino del sifón no es competencia de esta Dirección General de Transportes y Carreteras. Y esto fue a las CINCO DE LA TARDE, por lo que aún habiendo fumigado esa misma mañana, que no es el caso, con glifosato, el producto ya se habría quedado inactivo y el suelo lo habría absorbido.*

3.- *Se debe considerar la inseguridad en el informe del veterinario que “cree que los animales se intoxicaron con el herbicida”, pero no lo confirma.*

*No obstante, debería solicitarse información sobre la muerte de ganado por motivos totalmente ajenos a productos herbicidas en otras explotaciones de las que tenemos constancia por esas fechas, así como sobre las especificaciones y ensayos del producto GLIFOSATO a casas comerciales que verifiquen lo expuesto en este informe, ya que con los datos*

*de que disponemos no procedería la reclamación patrimonial efectuada a esta Dirección General de Transportes y Carreteras”.*

**QUINTO.-** El órgano instructor notificó a la interesada la apertura del trámite de audiencia sin que hiciera uso del mismo, al no comparecer ni presentar documento o alegación alguna.

**SEXTO.-** La propuesta de resolución, de 18 de marzo de 2008, tras examinar los distintos informes obrantes en el expediente, alcanza la conclusión de estimar la reclamación al considerar que los daños alegados por la interesada se han producido como consecuencia del funcionamiento del servicio público de carreteras, ya que una interpretación lógica de los hechos lleva a mantener que la muerte del ganado fue a causa del herbicida utilizado en la fumigación de la zona donde, posteriormente, pastaron las ovejas. Asimismo considera que la indemnización debe coincidir con la valoración del daño que efectúa la reclamante, al considerar que la cuantía resulta avalada por los informes periciales de parte y no discutida por la Dirección General de Carreteras.

**SÉPTIMO.-** Con fecha 18 de abril de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### CONSIDERACIONES

#### **PRIMERA.-** Carácter de este Dictamen.

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Procedimiento, legitimación y plazo.

I. Si bien es cierto que el artículo 12.2 RRP señala que el dictamen del órgano consultivo competente se ha de pronunciar sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de indemnización, también lo es que para un correcto pronunciamiento sobre dichos extremos el Consejo Jurídico ha de valorar el resto de presupuestos que inciden sobre dicha institución, incluido el examen del procedimiento seguido en orden a determinar su corrección y las consecuencias que sobre aquél pudieran tener los defectos formales en los que se hubiera podido incurrir. Pues bien, en el presente caso el procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas jurídicas de la LPAC y del RRP que resultan de aplicación a estos procedimientos. No obstante, la instrucción ha resultado insuficiente en orden a la acreditación de la legitimación activa de la reclamante, así como en la resolución de las dudas que se plantean sobre la existencia del nexo de causalidad debido a las diferentes fechas que se consignan en los informes que obran en el expediente en relación con el momento en el se llevaron a cabo las labores de fumigación, período activo del producto usado y manifestación de

los síntomas de intoxicación en el ganado. Circunstancias éstas que se analizan seguidamente con mayor profundidad.

II. La legitimación activa en un procedimiento por responsabilidad patrimonial corresponde, cuando de daños materiales se trata, a quien haya sufrido el perjuicio ocasionado por el funcionamiento de los servicios públicos que, en el presente caso, correspondería a la propietaria de los animales que fallecieron o abortaron. Pues bien, aunque existen indicios de que x sea la titular de la explotación ganadera a la que pertenecían los animales siniestrados, porque así lo hace constar el veterinario de la Agrupación de Defensa Sanitaria del Campo de Cartagena (asociación constituida por ganaderos, tal como las define el Real Decreto 1.880/1996, de 2 de agosto), el medio probatorio adecuado en orden a establecer la existencia de dicha legitimación es el Libro Registro de la Explotación Ganadera, cuya tenencia y cumplimentación resulta obligada para todo poseedor de ganado a tenor de lo establecido en la Orden de la Consejería de Agricultura de 16 de septiembre de 1996.

Respecto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, en cuanto titular de la carretera MU-312, en las que se habrían llevado a cabo las labores de fumigación a las que se refiere la reclamante.

III. Por último, la acción se ha ejercitado dentro del plazo de un año desde que se manifestaron los daños, de conformidad con lo previsto en el artículo 142.5 LPAC.

**TERCERA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.**

El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce el derecho de los particulares a ser indemnizados por cualquier lesión que sufran en sus bienes y derechos, cuando dicha lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. En similares términos se expresa el artículo 139 LPAC, configurando una responsabilidad patrimonial de naturaleza objetiva, de modo que cualquier consecuencia dañosa derivada del funcionamiento de los servicios públicos debe ser en principio indemnizada.

No obstante, el Tribunal Supremo viene declarando de forma constante (por todas, Sentencia de la Sala 3ª, de 5 de junio de 1998) que no es acorde con el citado principio de responsabilidad patrimonial objetiva su generalización más allá del principio de causalidad, de manera que para que exista tal responsabilidad es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso sufrido, sin que la responsabilidad objetiva de la Administración pueda extenderse a cubrir cualquier evento. Ello, en definitiva, supone que la prestación por la Administración de un determinado servicio público, y la titularidad por parte de ésta de la infraestructura material para su prestación, no implica que dicha Administración se convierta en aseguradora universal de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, ya que de lo contrario el actual sistema de responsabilidad objetiva se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento.

En suma, de acuerdo con lo establecido por los artículos 139 y 141 LPAC, son requisitos para que se reconozca la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración los siguientes:

- a) Que exista un daño real y efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

- b) Que el daño tenga su causa en el funcionamiento de los servicios públicos.
- c) Que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Específicamente, en materia de carreteras, corresponde al titular de la vía la responsabilidad del mantenimiento de la misma en las mejores condiciones posibles de seguridad para la circulación, según establece el artículo 57 del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo. En este sentido, el artículo 20.1 de la Ley regional 9/1990, de Carreteras, establece que la explotación de las carreteras regionales comprende: las operaciones de conservación y mantenimiento, las actuaciones encaminadas a la defensa de la vía y a su mejor uso, incluyendo las referentes a la señalización, ordenación de accesos y uso de las zonas de dominio público y protección.

En cuanto al primero de los requisitos citados, la reclamante ha acreditado la realidad del daño (intoxicación del ganado), mediante la aportación de informe pericial del veterinario de la ADS.

Según la interesada (interpretación que acoge el órgano instructor) también concurre el segundo de los requisitos precitados, la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, al considerar que no existe duda de que éste se produjo a causa de los tratamientos herbicidas realizados en la cuneta de la carretera que une Los Beatos con El Algar (la MU-312, según la Dirección General de Carreteras), lo que justifica a través del citado informe del veterinario de la ADS y, sobre todo, en el informe del Servicio de Toxicología y Veterinaria Forense de la Universidad de Murcia, en el que se afirma que *“...es posible que los animales padecieran una intoxicación severa por ingestión de glisofato. Aunque la toxicidad para mamíferos es baja, es posible asumir que un pasto o hierbas recién tratadas fueran de gran apetencia para los rumiantes (en esta caso las ovejas) y que ello supusiera una ingesta elevada de producto activo”*.

Se observa, pues, que en este último informe la intoxicación por glisofato se acepta con ciertas reservas y, sobre todo, se condiciona al hecho de que las hierbas estuviesen recién tratadas. Requisito cuya existencia se pone en duda por parte de la Dirección General de Carreteras que admite que se realizaron operaciones de fumigación con herbicidas en la zona en cuestión, pero las ubica temporalmente cuatro días antes de la intoxicación del ganado, es decir, el día 2 de febrero de 2007. Esta diferencia de fechas así como el que la Dirección General de Carreteras niegue el uso del linfosato, impide concluir, sin más actividad probatoria, que existe nexo causal entre los trabajos realizados y los daños acaecidos, de ahí que el Consejo Jurídico considere que procede completar la instrucción requiriendo a dicha Dirección General para que aporte una relación de los tratamientos efectuados en la vía por el equipo de fumigación del citado Centro Directivo, durante el período de tiempo comprendido entre los días 2 al 6 de febrero de 2007, ambos inclusive, a la que se debe acompañar, si ello es posible, los correspondientes partes de trabajo.

Por último, y en lo que respecta al tercero de los requisitos citados, la antijuricidad del daño (artículo 141.1 LPAC) habrá de estarse a lo que resulte de la información complementaria que se solicita.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes



## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución, al estimar necesario el Consejo Jurídico, con el fin de poder determinar la existencia de nexo de causalidad, que se complete la instrucción requiriendo a la Dirección General de Carreteras para que aporte la documentación que se indica en la Consideración Tercera de este Dictamen.

**SEGUNDA.-** De conformidad con lo expuesto en la Consideración Segunda, II, se debe requerir a la reclamante para que aporte el Libro Registro correspondiente a la explotación ganadera de la que es titular.

**TERCERA.-** Una vez ultimada la instrucción del procedimiento, con incorporación de los anteriores documentos, se procederá por el órgano instructor a ponerlo de manifiesto a la reclamante, inmediatamente antes de redactar nueva propuesta de resolución que ha de remitirse a este Consejo Jurídico, a fin de que pueda pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida

No obstante, V.E. resolverá.

### **DICTAMEN 193/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en una nave de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)**

**Fecha: 01/12/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*Que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetiva sólo exige de prueba de existencia de culpa, pero no del imprescindible nexo de causalidad entre la conducta de los servicios públicos y el daño.*

## ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Mediante escrito presentado en el Registro de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia el 23 de febrero de 2007, x solicita indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, por los daños sufridos en un local de su propiedad sito en la C/ --, del término municipal de Archena (Murcia). Según el reclamante los daños son consecuencia de las “*obras relativas al Colector Norte de Archena, realizadas por la mercantil --, S.A.*”.

Por los anteriores hechos el interesado, el día 18 de enero de 2007, había formulado reclamación ante el Ilmo. Ayuntamiento de Archena, al creer que las obras las estaba ejecutando dicha entidad local. Sin embargo, con fecha 13 de febrero de 2007, la Junta Municipal de Gobierno del citado Ayuntamiento acordó desestimar su reclamación, basándose para

ello en la titularidad autonómica de las obras que habrían sido promovidas por la Dirección General del Agua de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

A la reclamación se adjunta, además de la notificación del acuerdo citado en el párrafo anterior, la siguiente documentación:

a) Factura proforma por importe de 8.967,38 euros.

b) Informe de la Policía Local de Archena realizado a requerimiento del reclamante, en el que se hace constar lo siguiente.

*“Que sobre las 11:30 horas del día de la fecha (23 de febrero de 2006) son requeridos por x (sic), con domicilio en Archena, calle --, quien manifiesta que a consecuencia de las fuertes lluvias caídas el día de la fecha en esta localidad, ha entrado agua a una nave de su propiedad sita al final de la calle -- causando diversos daños. Personados los Agentes en el lugar, se comprueba que como consecuencia de las lluvias el agua ha entrado a la nave del mencionado --, realizándose reportaje fotográfico del lugar”.*

c) Cinco fotografías del local propiedad del Sr. x, efectuadas por la Policía Local.

**SEGUNDO.-** Mediante escrito de 16 de marzo de 2007, la instructora requiere al reclamante el envío de determinada documentación, entre la que figura la acreditativa de la propiedad del local en el que afirma que se originaron los daños; fecha en que los daños efectivamente se produjeron y declaración de no haber percibido, por los mismos hechos, indemnización alguna. Asimismo se le insta para que acredite, mediante los medios de prueba que considere pertinentes, la realidad de los hechos que se contienen en su escrito de reclamación.

El requerimiento es cumplimentado por el interesado mediante escrito fechado el día 17 de abril de 2007, al que se une diversa documentación, entre la que figura escritura de compraventa otorgada por x a favor del reclamante, de una finca agrícola sita en --, con una extensión de cinco áreas, veintiocho centiáreas y nueve decímetros cuadrados.

**TERCERO.-** Con fecha 8 de mayo de 2007 el reclamante presenta un nuevo escrito mediante el que viene a ampliar su reclamación inicial, al indicar que *“desde que se produjeron los primeros daños ha pasado el tiempo y se han producido más daños en un almacén de mi propiedad justo al lado del anterior”*. Acompaña la siguiente documentación para que se una a la enviada con anterioridad:

a) Informe de la Policía Local de Archena emitido el día 5 de marzo de 2007, del siguiente tenor:

*“Que siendo las 12:00 horas del día de la fecha es requerido por x, con domicilio en la calle --, de Archena, manifestando que en unas naves que tiene en la calle --, ha observado unos daños en las paredes consistentes en grietas y desplazamientos del tejado, todo ello según dice a consecuencia de haber abierto una zanja de colector de aguas pluviales.*

*Que personado el agente instructor en el lugar de referencia se observa la veracidad de lo expuesto por el x (sic), adjuntando dos fotografías de la fachada de la nave”.*

b) Factura proforma por importe de 2.162,24 euros.

c) Fotografías de la fachada de la nave.

**CUARTO.-** El día 28 de junio de 2007, la instructora solicita el preceptivo informe a la Dirección General del Agua para que se pronuncie sobre los siguientes extremos:

- *La posible relación de causalidad entre las obras y los daños producidos.*
- *Si la lluvia hubiera causado los mismos daños de no haber existido esa obra.*
- *Si las obras se encontraban en mal estado y por ello pudo entrar el agua a la propiedad del reclamante y se produjeron los daños”.*

**QUINTO.-** Al expediente se incorporan los siguientes informes:

a) Del Jefe de Obra de la mercantil -- S.A., empresa contratada para la ejecución de las obras correspondiente al colector al que se refiere el interesado en su reclamación:

*“1. DATOS GENERALES*

*OBRA: COLECTOR NORTE DE ARCHENA*

*ASUNTO: RECLAMACIÓN VECINO DE DAÑOS EN VIVIENDA.*

*FECHA: 11 de Julio de 2007*

*2. ANTECEDENTES.*

*Con fecha 22 de Febrero de 2007 x presentó una reclamación referente a daños ocasionados en su propiedad referente a ‘inundaciones y grietas’.*

*Posteriormente se redactó un informe respecto a la reclamación formulada por x en la que se exponía:*

- *Resultaba extraño que el vecino reclame unos daños presuntamente producidos hace más de un año.*
- *Como se podía observar en las fotos entregadas o en una visita al lugar, la rasante de la calle se encuentra elevada respecto a las ventanas por donde entra el agua de lluvia, debido a que se tuvo en cuenta cuando urbanizó la calle el Excmo. Ayto. de Archena.*
- *--, S.A. respetó escrupulosamente la rasante existente a fin de evitar posibles daños a terceros,*
- *Como se podía observar en las fotos las grietas existían antes del inicio de la obra.*

*3. DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN.*

*El vecino se encuentra situado en pk 0+209 de la traza de la tubería proyectada, en la margen izquierda según el sentido del avance. Dicho tramo se ejecutó entibando la zanja mediante un cajón metálico.*

*La vivienda se trata de una edificación realizada con materiales de mala calidad y sin una cimentación adecuada.*

*El procedimiento constructivo de la zanja fue el habitual mediante cajón metálico, para asegurar la estabilidad de la zanja y contrarrestar el empuje pasivo del terreno una vez excavado.*

*Recientemente se ha aglomerado la calle por parte del Excmo. Ayuntamiento de Archena, y como consecuencia de la situación de las ventanas respecto de la rasante de la*

*calle tuvo que construir un pequeño muro de contención para evitar que el agua entre en la casa, sin que el Ayuntamiento considerara que la reparación tuviera que realizarla la empresa adjudicataria del colector;*

**4. CONCLUSIONES.**

- *Resulta extraño que una vez refutado el informe anterior, el vecino cambie el argumento por el cual se han producido los daños en su vivienda.*
- *El procedimiento constructivo es el habitual para excavaciones de este tipo, no produciéndose estas situaciones en general.*
- *El Excmo. Ayuntamiento de Archena ha realizado la reparación del murete asumiendo que la rasante era la estipulada por el Ayto. de Archena.*

*Por todo ello, consideramos que los daños producidos no son producto de la ejecución de la obra”.*

Al informe se unen cinco fotografías en las que puede apreciarse la diferencia de rasante entre la vía pública y las construcciones propiedad del reclamante.

b) Informe del Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos de la Dirección General del Agua, del siguiente tenor:

*“Con fecha 22 de Febrero de 2007 x presentó una reclamación referente a daños ocasionados en su propiedad referente a ‘inundaciones y grietas’.*

*Como se puede observar en las fotos realizadas a la caseta propiedad de este Sr, la rasante de la calle recientemente construida está más elevada que la de las ventanas. Es evidente que ese es el motivo por el que las aguas entran en su propiedad. El vial es de titularidad municipal. De hecho el ayuntamiento ha realizado en el entorno de la caseta (tal como se refleja en las fotografías) una obra de protección para que las aguas no entren por la ventana que con la rasante del vial quedaba semienterrada. Es evidente que esta es la causa de que las aguas de lluvia perjudiquen a la caseta.*

*Respecto a la influencia del colector, efectivamente la empresa --,S.A., ha realizado el colector arriba epigrafiado. Dicho colector discurre por el citado vial y en su pk 0+209 pasa cerca de la propiedad, pero la obra no ha variado la rasante del vial, no hemos modificado nada, no es por tanto de recibo querer relacionar este hecho con el problema de cotas anteriormente expuesto. Evidentemente los daños producidos por la lluvia se hubieran producido igual de no haberse realizado la obra.*

*En cuanto a lo que se comenta del mal estado de las obras, no es más que un intento de querer relacionar las mismas con los daños de las lluvias. Nada acontecido en la obra tiene relación con los daños en la caseta.*

*Referente a las grietas, probablemente la causa principal de las mismas esté en la alternancia en los procesos de inundación y secado del terreno sobre el que apoya la cimentación, más cuando la caseta está ejecutada de forma precaria y sin una cimentación adecuada”.*

c) Informe del Servicio Jurídico de la citada Dirección General del Agua, en el que, tras resumir los hechos y formular las consideraciones jurídicas que estima pertinentes, concluye del siguiente modo:

*“Primera.- Tal y como se desprende del Informe del Jefe de Obras y del Informe del Ingeniero Director de las Obras, las mismas no se encontraban, como afirma el reclamante, en mal estado, habiendo sido el procedimiento constructivo el habitual para este tipo de excavaciones.*

*Segunda.- Tanto el Ingeniero Director de las Obras como el Jefe de Obra de la Empresa Contratista coinciden en afirmar la mala calidad de la construcción y la falta de una adecuada cimentación.*

*Esta circunstancia (ejecución precaria de la caseta y cimentación inadecuada), unido al hecho de que la rasante de la calle, recientemente construida, esté más elevada que la de las ventanas y a la alternancia en los procesos de inundación y secado del terreno sobre el que se apoya la cimentación, es la causa para el Ingeniero Director de las Obras de los daños que presenta la propiedad.*

*De este modo, los daños alegados no resultan imputables al funcionamiento de la Administración y se hubieran producido de no haberse ejecutado la Obra.*

*Tercera.- No existe relación de causalidad entre el daño alegado y la ejecución de las Obras. Mientras que con lo aportado por el reclamante no puede establecerse la relación de causalidad, de los Informes, tanto del Ingeniero Director de las Obras como del Jefe de Obra de la Empresa Contratista se concluye la no existencia del nexo causal pretendido por el interesado”.*

**SEXTO.-** Mediante escrito de 14 de marzo de 2008 se otorgó el preceptivo trámite de audiencia al interesado, sin que hiciese uso de él al no comparecer ni presentar alegación alguna.

**SÉPTIMO.-** Tras haber dejado de prestar sus servicios en la Consejería de Agricultura y Agua la instructora del expediente, x, se procede a designar nueva instructora, sin que de tal circunstancia se diera traslado al reclamante a efecto de que pudiera ejercer, en su caso, el derecho que le asistía a la recusación de aquella, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29, en relación con el 28, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

**OCTAVO.-** El 22 de abril de 2008 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, en la que la instructora, con fundamento en las consideraciones jurídicas contenidas en el informe del Servicio Jurídico de la Dirección General del Agua, afirma no haber quedado probada en el expediente la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y los daños alegados.

**NOVENO.-** Con fecha 28 de abril de 2008 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

La solicitud de Dictamen se ha formulado en cumplimiento de lo establecido en el número 9 del artículo 12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ). De acuerdo con ello se emite con carácter preceptivo.

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo para reclamar y procedimiento.**

La legitimación del x para ejercitar la acción de reclamación no ha quedado debidamente acreditada. En efecto, la escritura que se ha acompañado sólo demuestra que es propietario de la finca agrícola que en ella se describe, pero nada permite hacer extensiva dicha titularidad a la nave y almacén dañados cuya ubicación se sitúa, según informe de la Policía Local, en la C/ --, en tanto que la finca agrícola se encuentra en el partido de --, y en su descripción no se hace constar la existencia de edificación alguna.

Una correcta instrucción hubiera exigido requerir, en su momento, al reclamante para que aclarase estos extremos. No obstante, este Consejo Jurídico considera adecuado entrar a conocer del fondo del asunto, sin perjuicio de que una eventual resolución estimatoria de la pretensión deducida exigiría, con carácter previo al abono de la indemnización que pudiera fijarse, que se aportara la documentación que permitiera apreciar indubitadamente la legitimación con la que actúa el x.

En cuanto a la legitimación pasiva, al ser las obras a las que se imputa el daño de titularidad regional, como se desprende de la documentación incorporada al procedimiento, dicha legitimación corresponde a la Administración regional, y el órgano competente para resolver el procedimiento es el Consejero consultante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16.2, o) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Por otro lado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 LPAC, el derecho a reclamar se ha ejercitado dentro del plazo legalmente establecido, toda vez que, según se indica en el informe policial de fecha 23 de febrero de 2006, el agua había entrado en la propiedad del reclamante ese mismo día, e interpuesta la reclamación el día 23 de febrero de 2007, se puede afirmar su temporaneidad. En cuanto a la ampliación de la reclamación que se materializa a través del escrito presentado el día 10 de mayo de 2007, también ha de entenderse deducida en plazo, pues los daños, aún proviniendo de hechos acaecidos el día 23 de febrero de 2006, no se manifestaron (salvo prueba en contrario) hasta el día 5 de marzo de 2007, en el que son constatados por la Policía Local.

El resto del procedimiento seguido por la Administración instructora respeta, en términos generales, lo dispuesto tanto en la LPAC como en el RRP. No obstante, es preciso recordar que cuando se produce un cambio en el instructor del procedimiento se debe poner en conocimiento del interesado, al objeto de que pueda alegar lo que a su derecho convenga en relación con las causas de abstención y recusación (artículos 28 y 29 LPAC).

**TERCERA.- Sobre la concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad de la Administración.**

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone, según se desprende de los artículos 139 y siguientes LPAC, la concurrencia de los siguientes presupuestos:

- 1) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- 2) El daño ha de ser antijurídico, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.
- 3) La imputabilidad de la Administración frente a la actividad dañosa.

- 4) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.
- 5) Ausencia de fuerza mayor.

Por otro lado, la causación de la lesión resarcible puede provenir tanto de una acción como de una omisión de los servicios públicos. En el supuesto que nos ocupa el reclamante sitúa la causa generadora de los daños en una omisión, por cuanto considera que las obras de construcción del colector se ejecutaron sin adoptar las necesarias medidas para evitar que los inmuebles de su propiedad se inundaran. Pues bien, sólo si se consigue establecer una relación de causa a efecto entre la mencionada omisión y el daño alegado podría ser estimada la reclamación, pues el hecho de que la responsabilidad patrimonial de la Administración sea objetiva sólo exime de prueba de existencia de culpa, pero no del imprescindible nexo de causalidad entre la conducta de los servicios públicos y el daño.

De la instrucción practicada en el expediente resulta acreditada la realidad y certeza de la entrada de agua en la nave y almacén del reclamante, así como que a causa de dicha inundación, se produjeron daños. Todo ello se desprende de los informes que, elaborados por la Policía Local de Archena, se han incorporado al expediente. La cuestión que corresponde plantearse ahora consiste en determinar si ese resultado dañoso es o no imputable al funcionamiento de los servicios públicos de la Administración regional, tal como pretende el reclamante.

Tanto la propuesta de resolución formulada por la instructora como los informes emitidos por el Jefe de la Obra y por el Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos de la Dirección General del Agua, se manifiestan en el sentido de señalar que la causa del accidente no es imputable al funcionamiento del servicio público regional, sino al hecho de que la rasante de la vía (de titularidad municipal) esté más elevada que la de las ventanas de los inmuebles.

El Consejo Jurídico comparte este planteamiento. En efecto, una apreciación conjunta de las actuaciones obrantes en el expediente pone de manifiesto que, en contra de lo que mantiene el reclamante, las obras que se estaban ejecutando de construcción de un colector de aguas pluviales se llevaron a cabo correctamente, siguiendo el procedimiento constructivo habitual en este tipo de obras “*mediante cajón metálico, para asegurar la estabilidad de la zanja y contrarrestar el empuje pasivo del terreno una vez excavado*” (informe del Jefe de Obra que consta al folio 46); sin que dicha construcción variara la rasante que ya presentaba el vial (informe del Ingeniero de la Dirección General del Agua que obra al folio 51). Frente a estas apreciaciones de contenido técnico, el reclamante —a quien corresponde la carga de la prueba, según la distribución que de ella hace la LEC (artículo 217)—, no ha aportado informe o pericia alguna que las contradiga; basándose para mantener su tesis única y exclusivamente en su valoración personal de las circunstancias que rodearon la inundación de los inmuebles de su propiedad.

Los citados informes técnicos que obran en expediente, coinciden al indicar como causa de la inundación la diferencia de rasante entre la carretera y las ventanas de las edificaciones, las cuales quedan semienterradas debido a la cota más alta en la que se encuentra la vía pública. Esta circunstancia se aprecia con nitidez en las fotografías que se unen al informe

del Jefe de la Obra, donde se puede comprobar que ha sido necesario construir (al parecer, por el Ayuntamiento), un murete que sirva de contención a las aguas de lluvia.

Por otro lado, y con fundamento también en dichos informes, cabe afirmar que en la causación de los daños no ha resultado ajeno el hecho de que las construcciones afectadas estén ejecutadas con materiales de mala calidad y sin una cimentación adecuada.

De todas estas circunstancias, debidamente refrendadas por los técnicos correspondientes, tanto de la empresa constructora como de la Dirección General del Agua, tuvo conocimiento el reclamante al conferírsele trámite de audiencia con vista del expediente, sin que formulase alegación alguna, ni aportase informe técnico de ningún tipo, que rebatiese la tesis mantenida por la Administración.

Valoradas las circunstancias expresadas, este Consejo Jurídico coincide con el parecer expresado por el órgano instructor de que al no haberse acreditado la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público regional y los hechos alegados, procede desestimar la reclamación, al no concurrir los requisitos exigidos por el artículo 139 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria, en tanto que no se aprecia la concurrencia de los elementos legalmente exigidos para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 194/08.- Proyecto de decreto por el que se modifica el Decreto 221/2006, de 27 de octubre, por el que se regulan los Clubes Deportivos y Entidades de Promoción y Recreación Deportiva de la Región de Murcia.**

**Consultante: Consejero de Cultura y Turismo (2008)**

**Fecha: 03/12/08**

### **Extracto de Doctrina**

*(...) en lo que atañe a la competencia y habilitación legal del proyecto informado, nos remitimos a lo que señalamos en nuestro Dictamen 133/2006, de 4 de agosto, emitido sobre el proyecto de lo que hoy es el Decreto 221/2006.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 1 de abril de 2008, el Director General de Deportes emitió una memoria justificativa de la oportunidad de tramitar y aprobar un proyecto de modificación



de la Disposición Transitoria Única del Decreto regional 221/2006, de 27 de octubre, por el que se regulan los Clubes Deportivos y Entidades de Promoción y Recreación Deportiva de la Región de Murcia, con el objeto de ampliar el plazo establecido en dicha Disposición para que los reseñados clubes y entidades procedieran a adaptar sus estatutos a lo establecido en dicho Decreto. Concluía dicha memoria estimando que el proyecto pretendido no necesitaba mayor justificación.

En la misma fecha, el citado Director emitió una memoria económica sobre un primer borrador de proyecto, señalando, en síntesis, que su aprobación no tendría ninguna incidencia económica destacable. Asimismo, emitió un informe sobre el impacto por razón de género que supondría la referida aprobación, concluyendo que su incidencia sería muy positiva para conseguir el objetivo de eliminar la desigualdad entre hombres y mujeres y conseguir la efectiva igualdad entre ambos.

En la citada fecha el citado Director propone a la Consejería la tramitación del referido proyecto, a cuyo efecto le remitió la anterior documentación.

**SEGUNDO.-** Mediante oficios de 8 de mayo de 2008, la Secretaría General de la Consejería de Cultura, Juventud y Deportes remite el citado borrador a las demás Consejerías que, en sus informes, no oponen objeción al mismo.

**TERCERO.-** El 30 de junio de 2008, el Servicio Jurídico de la citada Secretaría General emite informe en el que señala la necesidad de someter el borrador a la consideración del Consejo Asesor Regional del Deporte, por ser preceptivo, a la vez que con ello se cumpliría el requisito legal de otorgar participación a los interesados en la norma. En cuanto al fondo, el borrador es informado favorablemente.

**CUARTO.-** Solicitado el preceptivo informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, fue emitido el 8 de julio de 2008, en el que destaca la necesidad de someter el borrador al Consejo Asesor Regional del Deporte y a las asociaciones y Federaciones Deportivas de la Región de Murcia que fueron consultadas con ocasión de la tramitación del Decreto 221/2006. Asimismo, denuncia la falta de motivación del proyecto, pues no se explican las razones que justifican la pretendida ampliación del plazo de adaptación de los estatutos, ya que no puede proponerse sin más dicha ampliación desconociéndose el número de clubes y entidades de la Región que han presentado la solicitud de adaptación estatutaria en plazo y los que no lo han hecho, ni las repercusiones que tendría la incoación de los procedimientos previstos en el citado Decreto para declarar el incumplimiento de dicho plazo por parte de los clubes y entidades afectadas.

**QUINTO.-** Mediante certificación de 17 de julio de 2008, el Director General de Deportes hace constar la remisión del borrador a las Federaciones Deportivas de la Región de Murcia otorgando un plazo de 15 días para la presentación de alegaciones. No consta que se haya presentado ninguna.

Mediante certificación de 24 de julio de 2008, el Secretario del Consejo Asesor del Deporte de la Región de Murcia hace constar que el borrador fue informado favorablemente por dicho Consejo en su sesión de 23 de julio de ese año.

**SEXTO.-** En informe de 5 de septiembre de 2008, la Dirección General de Deportes completa la motivación del proyecto señalando, entre otras consideraciones, lo siguiente:

*“Dado el interés público y social existente en dichas adaptaciones al nuevo Decreto, y la brevedad del plazo previsto para ello en su Disposición Transitoria Única, se hace nece-*

saría la ampliación del mismo, ya que no podemos obviar la necesidad de la actualización de los distintos Clubes y Entidades de Promoción y Recreación Deportiva a la normativa vigente, ni, en otro sentido, que estas entidades carecen de órganos administrativos capaces de atender las necesidades normativas con celeridad.

Así, cabe destacar que de 3.067 Entidades inscritas en el Registro de Entidades Deportivas de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, únicamente han solicitado la modificación en plazo 452, por lo que el resto no se hallan actualizadas, y, por otra parte, numerosas entidades lo han solicitado fuera de plazo y su inscripción está actualmente paralizada. Por este motivo, no se ha procedido a revocar el reconocimiento e inscripción en el Registro a aquellas entidades que no han adaptado sus Estatutos y Reglamentos al Decreto 221/2006, dado que supondría que la inmensa mayoría de clubes deportivos y entidades de promoción y recreación deportivas regionales que actualmente practican, desarrollan y fomentan actividades deportivas en la Región fuesen dados de baja en el Registro regional, perdiendo así todos aquellos derechos que le confiere esta inscripción y, fundamentalmente, su reconocimiento oficial.

Por todo lo anterior y dado que la ampliación de dicho plazo no perjudica los intereses generales ni de terceros, sino todo lo contrario, beneficia al deporte en general y a las entidades afectadas por la falta de actualización en particular, podemos concluir que es necesaria esta ampliación y queda por ello suficientemente justificada”.

Consta finalmente el informe del Vicesecretario de la Consejería, favorable a la aprobación del proyecto de referencia.

**SÉPTIMO.-** Mediante oficio registrado en este Consejo Jurídico el 14 de octubre de 2008, el Consejero de Cultura y Turismo solicita la emisión de nuestro preceptivo Dictamen, acompañando el expediente, que incluye una copia autorizada del texto del proyecto, y su extracto e índice reglamentarios.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de disposición reglamentaria de desarrollo de una ley regional, concurriendo con ello el supuesto previsto en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.-** Procedimiento.

Una vez realizadas las actuaciones cuya omisión fue puesta de manifiesto en el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos, no hay reparo que oponer a la tramitación realizada.

#### **TERCERA.-** Competencia, habilitación legal y justificación del proyecto.

A la vista del tenor del proyecto, su objeto es modificar el apartado 1 de la Disposición Transitoria Única del Decreto regional 221/2006, citado en los Antecedentes, y ampliar el plazo allí establecido (un año desde su entrada en vigor) para que los clubes y entidades

deportivas regulados por dicha norma adapten a la misma sus estatutos y reglamentos. Así, el nuevo plazo finalizaría el 31 de diciembre de 2009. Esta determinación entraría en vigor al día siguiente de la publicación del nuevo Decreto en el Boletín Oficial de la Región de Murcia.

Lo anterior justifica que, en lo que atañe a la competencia y habilitación legal del proyecto informado, nos remitamos a lo que señalamos en nuestro Dictamen 133/2006, de 4 de agosto, emitido sobre el proyecto de lo que hoy es el Decreto 221/2006 y, en consecuencia, que no se oponga objeción alguna al presente proyecto en lo que atañe a dichos aspectos.

En lo que se refiere a la justificación del proyecto, las razones expresadas en el informe reseñado en el Antecedente Sexto de este Dictamen se consideran suficientes para tener por cumplida la exigencia de motivación para el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Sin perjuicio de lo anterior, no resulta ocioso apuntar que, para evitar que se repita una mayoritaria desatención, por parte de los clubes y entidades deportivas a que afecta el Decreto 221/2006, de lo establecido en su Disposición Transitoria Única, la Dirección General de Deportes, preferentemente en colaboración con las respectivas Federaciones Deportivas regionales, debería promover las necesarias campañas informativas; y ello, entre otras razones, para evitar, a su vez, en la medida de lo posible, que en el futuro tuviera que efectuarse una nueva ampliación del plazo de que se trata.

#### **CUARTA.- Otras observaciones.**

Para la mejora del contenido del proyecto, sería conveniente introducir en el mismo las siguientes modificaciones:

— Título del Decreto.

Para su mejor identificación, debería añadirse: “...*por el que se modifica la Disposición Transitoria Única del Decreto 221/2006...*”.

— Artículo Único.

Debe completarse la cita del Decreto 221/2006, añadiendo el día y mes de su aprobación.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** El Consejo de Gobierno dispone de competencia y habilitación legal para aprobar el proyecto de Decreto objeto de Dictamen, por las razones expresadas en su Consideración Tercera.

**SEGUNDA.-** Para la mejora del contenido del proyecto, deberían introducirse las modificaciones expresadas en la Consideración Cuarta del presente Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 195/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 03/12/08**

**Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 32/2008.*

**DICTAMEN 196/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 03/12/08**

**Extracto de Doctrina**

*Aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica, como dijimos, la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia, aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una “falta de servicio”.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 18 de marzo de 2005, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial en demanda de indemnización por los daños derivados de la asistencia prestada por los servicios públicos sanitarios.

Según relata la actora, en febrero de 2004 comenzó a sufrir molestias en la zona genital, con fuertes dolores en abdomen y en la zona de los riñones, por lo que acudió en diversas ocasiones a urgencias y a su médico de atención primaria que la derivó a un especialista. Los servicios públicos sanitarios fueron incapaces de diagnosticarle lo que le sucedía, indicándole que padecía una infección de orina sin importancia.

A finales de marzo acude a un especialista privado que, tras realizarle una ecografía, le indica que tiene un quiste.

El 5 de abril acude a urgencias ante el agravamiento de los dolores, siendo ingresada. El 8 de abril es operada de urgencia, porque el quiste se había expandido y reventado. A consecuencia de la intervención le extirpan el ovario izquierdo.

Considera la reclamante que, de haber detectado antes el quiste mediante la realización de una simple ecografía, no habría perdido el ovario, con lo que ello supone para una mujer joven (30 años), en relación a su capacidad procreadora, menopausia precoz, problemas óseos, etc.

La reclamante, si bien no cuantifica la indemnización solicitada, sí indica la cantidad de 50 euros diarios como criterio jurisprudencial habitual para establecer el importe de aquélla.

Acompaña a su reclamación diversa documentación clínica.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación por Resolución de la Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS), de 26 de abril de 2005, se encarga la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del Ente, el cual procede a comunicar la indicada resolución a la interesada, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la correduría de seguros del SMS, así como al Hospital “Virgen de la Arrixaca” de Murcia, a cuyo Director Gerente solicita copia de la historia clínica de la reclamante e informe de los médicos que la asistieron.

**TERCERO.-** El Hospital remite la historia clínica de la paciente y sendos informes del ginecólogo que la atendió y del Coordinador de urgencias, que son del siguiente tenor:

1. Informe del ginecólogo:

*“Paciente de 27 años, secundípara, que ingresó el 05.04.04 por cuadro de abdomen agudo.*

*Tras confirmación ecográfica de posible EIP (Enfermedad Inflamatoria Pélvica), con hallazgos compatibles con absceso tubo-ovárico izquierdo, se procede a laparotomía el 09.04.04 por evolución clínica tórpida, a pesar del tratamiento antibiótico instaurado.*

*Se realiza anexectomía izquierda sin complicaciones, confirmándose el diagnóstico de sospecha.*

*El periodo postoperatorio hospitalario evoluciona favorablemente. Al alta presenta anemia ferropénica moderada.*

*Se fue de alta el 15.04.04 con tratamiento antibiótico oral durante 12 días, así como ferrotterapia oral durante 25 días”.*

2. Informe del Coordinador de Urgencias:

*“La presente paciente acude en distintas ocasiones al Servicio de Urgencia de la Ciudad Sanitaria y en ningún momento presenta cuadro alguno que precise hospitalización, por lo que se da tratamiento médico para cuadro de EIP leve.*

*El día 05.04.04 acude nuevamente a urgencias de Maternidad de la Ciudad Sanitaria, por referir dolor abdominal importante, aunque no presenta cuadro de abdomen agudo, se decide ingresar para su estudio y tratamiento.*

*Se confirma ecográficamente el día 06.04.04 diagnóstico de EIP (pio-ovario).*

*El día 09.04.04 se realiza intervención ginecológica con diagnóstico de acceso (sic) tubo-ovárico izquierdo, realizándose anexectomía del mismo lado.*

*El postoperatorio hospitalario evoluciona dentro de la normalidad, siendo dada de alta el día 15.04.04 con tratamiento antibiótico y Fe, para su seguimiento en consultas Externas de Ginecología.*

*En contestación al escrito de la paciente que cree mermada su capacidad reproductiva y una menopausia precoz, debe saber que si su otro ovario y trompa están sanos esto no le ocurrirá”.*

**CUARTO.-** El 26 de octubre de 2005 se solicita a la Gerencia de Atención Primaria copia de la historia clínica de la reclamante e informes de los facultativos que la asistieron, remitiéndose éstos el 15 de noviembre. De ellos destaca el del médico del Centro de Salud de Mula, que manifiesta que atendió a la reclamante en el referido consultorio el 2 de marzo de 2004 y que la derivó de urgencia al Hospital ante el cuadro de dolor abdominal agudo, que estimó compatible con embarazo ectópico u otra afección ginecológica.

Constan, asimismo, un informe de Planificación Familiar del indicado centro de salud y el de un matrn del mismo, que da cuenta de una gestación de la paciente posterior a la intervención por la que ahora reclama y que terminó con el nacimiento de un varón el 23 de octubre de 2005.

**QUINTO.-** Consta en el expediente la interposición de recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de la reclamación, que da lugar al Procedimiento Ordinario número --/2006, seguido ante la Sala del indicado orden del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

**SEXTO.-** Con fecha 15 de diciembre de 2005, el órgano instructor solicita informe a la Inspección Médica, que es emitido el 24 de julio de 2007, alcanzando las siguientes conclusiones:

*“— X, fue diagnosticada de forma correcta de EIP.*

*— Además se le realizaron las exploraciones precisas y los exámenes complementarios necesarios para descartar otras patologías; hemograma, orina elemental, ecografía, test de embarazo.*

*— La ecografía ginecológica realizada al inicio del proceso fue normal, sin existencia de masas anexiales ni evidencia de hallazgos que aconsejaran la hospitalización. El tratamiento antibiótico pautado tanto a ella como a su pareja fue correcto.*

*— A pesar del tratamiento antibiótico la evolución fue mala, produciéndose un absceso tubo-ovárico, proceso que complica la evolución de 1/3 de las EIP. Las manifestaciones insidiosas sin sintomatología clara que sugiriera mala evolución provocaron un retraso en el diagnóstico.*

*— Tras el diagnóstico de absceso ovárico izquierdo, ingreso e instauración de tratamiento antibiótico IV según pautas recomendadas en los protocolos de las sociedades científicas, persistió evolución tórpida, con rotura del absceso que hizo necesaria la cirugía de urgencia y realización de anexectomía izquierda. La anatomía-patológica confirma la naturaleza infecciosa del proceso. La cirugía se realizó sin complicaciones con resolución del proceso tras completar tratamiento antibiótico.*

— *Tras la cirugía el funcionamiento del ovario remanente es normal y no afectó a su capacidad reproductora, como lo demuestra el nuevo embarazo antes de que haya transcurrido un año”.*

**SÉPTIMO.-** Por la compañía de seguros del SMS se aporta informe médico elaborado por dos especialistas en Obstetricia y Ginecología, según el cual:

“— *X, es una paciente de 27 años, sin antecedentes de interés. Fue diagnosticada de Enfermedad Inflamatoria Pélvica recibiendo tratamiento antibiótico ambulatorio, a pesar de lo cual se produjo un absceso tubo-ovárico, motivo por el que tuvo que ser ingresada en el H.U. Virgen de la Arrixaca y sometida a laparotomía con extirpación del anejo izquierdo.*

— *La actuación de los médicos y matronas del Centro de Salud y del Centro de Planificación Familiar de Mula fue correcta, remitiendo a la paciente al hospital cuando ésta presentó patología que así lo requería.*

— *La actuación de los médicos de Urgencias del H. U. Virgen de la Arrixaca fue correcta en el diagnóstico y tratamiento del cuadro de EIP presentado por la paciente, ajustándose a los protocolos existentes para el manejo de la enfermedad.*

— *La hospitalización de la paciente no era obligatoria dado que no presentaba criterios de gravedad, pudiendo considerarse el cuadro como una EIP leve o moderada que evolucionó desfavorablemente a la formación de un absceso, hecho que sucede hasta en el 30% de los casos.*

— *Se practicaron las pruebas precisas para el diagnóstico de la patología. Se realizó una ecografía en el momento del diagnóstico, sin hallazgos, por lo que no era necesario repetirla cuando volvió a Urgencias tres días después. Se volvió a repetir cuando la paciente consulta de nuevo por dolor hipogástrico el día 05/04/2004.*

— *La actuación de los facultativos fue correcta, ingresando a la paciente cuando se comprueba la tórpida evolución del cuadro, instaurando el tratamiento intravenoso protocolizado y recurriendo a la cirugía cuando se produjo la rotura del absceso.*

— *La extirpación del anejo era obligatoria dada la afectación del mismo por la infección, que se confirma en el estudio histológico de la pieza. El potencial hormonal y reproductivo de la paciente no se ve comprometido por la ausencia de un ovario, como lo demuestra el hecho de que consiguiera al año siguiente un embarazo espontáneo con parto a término.*

— *La actuación de los facultativos del Servicio de Ginecología del H.U. Virgen de la Arrixaca fue correcta, acorde a los protocolos de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia y ajustada a la “lex artis ad hoc”, a pesar de lo cual el proceso evolucionó tórpidamente, siendo precisa la intervención quirúrgica para conseguir la resolución del mismo”.*

**OCTAVO.-** Conferido trámite de audiencia a los interesados, la reclamante presenta escrito de alegaciones para poner de manifiesto que la asistencia prestada incumplió las recomendaciones establecidas en el Protocolo 50 de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, en la medida en que:

a) No se le realizó de forma temprana una ecografía abdominal ni, sobre todo, transvaginal. De hecho cuando se le cita para hacérsela, el 12 de abril de 2004, ya había sido

operada. Se afirma asimismo, en relación con la fase de diagnóstico de la enfermedad, que la paciente era portadora de un DIU, factor predisponente a padecer EIP, sin que se realizara un cultivo del dispositivo una vez retirado en el hospital.

b) El tratamiento antibiótico inicialmente instaurado (Augmentine) no se ajustaba al indicado para el tratamiento de la EIP, consistente en la combinación de antibióticos recomendada por la SEGO.

c) Debió haber sido hospitalizada antes.

d) No se reevaluó a la paciente, tras la instauración del tratamiento, en los plazos establecidos.

Como consecuencia de estos incumplimientos, que califica como indicios de mala praxis, se generó el absceso tubo-ovárico y la posterior pérdida del ovario.

Considera, en suma, que *“un diagnóstico precoz de la EIP que padecía, la aplicación de las asociaciones de antibióticos necesarias según su etiología (cefalosporinas de 3ª generación, doxiciclina, tetraciclina o metronidazol) en los momentos precisos, y la ejecución exacta de las evaluaciones de seguimiento, habrían conformado una buena praxis médica y muy posiblemente habrían logrado disminuir la sintomatología, preservar la función tubárica sin alcanzar estadio II y III, y erradicar la infección sin secuelas”*, lo que le lleva a establecer una clara relación causal entre la asistencia recibida en la sanidad pública y el daño padecido.

En apoyo de tales alegaciones, aporta la reclamante un informe pericial en el que se afirma la existencia de mala praxis y se valora el daño sufrido por la paciente —pérdida de la trompa y ovario izquierdos, trastorno adaptativo depresivo y perjuicio estético moderado— en 41 puntos del sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Afirma, además, que la enferma tardó en curar 120 días, de los cuales 9 fueron de hospitalización y 72 improductivos.

**NOVENO.-** Remitidas las alegaciones a la Inspección Médica solicitando informe complementario, es emitido el 13 de diciembre de 2007. En él se analizan las diversas imputaciones de *mala praxis* efectuadas por la reclamante en su escrito de alegaciones y se rebaten una a una. Así:

a) La primera valoración en urgencias, lo es por un proceso crónico, sin que aparezcan signos de patología urgente, por lo que la cita para la ecografía se realiza para una revisión periódica o rutinaria.

b) Ser portadora de DIU es, en efecto, un factor predisponente a sufrir EIP —si bien sólo en el período (1 a 3 meses) posterior a su inserción—, como también lo son otros muchos. Es cierto que no se hizo un cultivo del dispositivo retirado de la paciente, pero no es una práctica común, ni siquiera aconsejada, dada la baja rentabilidad, atendida la alta incidencia de gérmenes contaminantes por la gran variedad y cantidad de flora comensal en la zona.

c) En relación con la no realización de ecografía temprana, falta de diagnóstico precoz y tardanza en la instauración del tratamiento antibiótico adecuado, la Inspección Médica afirma que:

— Se le realizó una ecografía el 28 de febrero, primer día en que aparece sintomatología compatible con EIP. Su resultado fue normal, descartando la existencia del absceso en ese momento.



— LA EIP es una enfermedad de difícil diagnóstico sin que existan pruebas precisas para su detección, por lo que el tratamiento está justificado sólo con la base clínica, sin ninguna prueba exploratoria. A pesar de ello se realizó ecografía y analítica completa que no permitió el diagnóstico diferencial entre un cólico nefrítico y una EIP, por lo que se inició el tratamiento con Amoxicilina. Al volver la paciente a urgencias a las 48 horas, existe una cierta mejoría y han desaparecido síntomas sugestivos de otras patologías, lo que permite ajustar el diagnóstico a una EIP y, en ese momento, se pauta el tratamiento indicado por la SEGO y la SEIMC (Sociedad Española de Infecciosas y Microbiología Clínica).

De estas consideraciones extrae las siguientes conclusiones:

*“La asistencia prestada fue correcta: se pusieron los medios y recursos necesarios y aconsejados, aunque no imprescindibles, para el diagnóstico; hubo sospecha diagnóstica el mismo día que aparecieron los síntomas; esta sospecha se confirmó en 48 horas, y no tras 14 días, con instauración de un tratamiento antibiótico totalmente acorde, tanto en fármacos seleccionados como en duración, con los protocolos existentes”.*

d) En cuanto a la falta de reevaluación y revisión, se indica por la Inspección que tras la valoración del día 2 de marzo, fecha en que ya se alcanza el diagnóstico de EIP, se remite a la paciente a control por su ginecólogo, si bien no se le precisa que debe hacerlo a las 72 horas. En cualquier caso esa evaluación viene indicada por la SEGO en los casos en que no existe mejoría clínica con el tratamiento ambulatorio inicialmente pautado, lo que no es el caso, pues existía una mejoría constatada entre el 28 de febrero y el 2 de marzo.

Además, aunque se hubiera efectuado la revisión a las 72 horas, probablemente no hubieran aparecido datos de empeoramiento que justificaran el ingreso de la paciente o la realización de nuevas pruebas, porque, cuando 9 días más tarde acude al centro de salud, no alude a la persistencia de las molestias o fiebre. Tampoco cuando acude a la sanidad privada, el 23 de marzo, aparece sospecha de una mala evolución de la EIP. No es hasta el 5 de abril, que consulta por *“dolor abdominal de inicio brusco”*, cuando aparecen síntomas que alertan de un posible empeoramiento, momento en que se decide su ingreso y se realiza la confirmación ecográfica del absceso.

Concluye la Inspección Médica que *“tanto la EIP y su complicación, el absceso tubo-ovárico izquierdo, se diagnosticaron cuando aparecieron datos clínicos que permitieron sospecharlos. No hay que olvidar que estamos ante un cuadro de difícil diagnóstico, con unos síntomas variables e inespecíficos y sin pruebas precisas para su diagnóstico. La realización por la medicina privada de exploraciones, tan invocadas por la reclamante, tampoco permitieron el diagnóstico del absceso ovárico, que en esa fecha ya presentaba la paciente a tenor de las imágenes ecográficas. Un diagnóstico más precoz no permite garantizar la no existencia de secuelas. Aun en pacientes hospitalizadas y tratamiento antibiótico IV hasta un tercio de las EIP se complican con la aparición de un absceso ovárico”.*

**DÉCIMO.-** Dado traslado del anterior informe a los interesados, la reclamante presenta nuevo escrito de alegaciones en el que, además de ratificarse en su pretensión inicial y reiterar sus imputaciones de mala praxis, combate algunas de las afirmaciones vertidas por la Inspección, a la que acusa de extraer de su contexto las partes del informe pericial analizadas en el nuevo dictamen. Así, dirá que no es cierto que cuando la paciente acude a urgencias por primera vez no presente un cuadro de una patología urgente.

Del mismo modo, afirma que la falta de toma en consideración en el diagnóstico del hecho de portar un DIU como factor predisponente a padecer una EIP no puede excusarse

en la existencia de otros muchos factores, como tampoco la no realización de un cultivo sobre el dispositivo retirado puede ampararse en que no se trate de una práctica común, porque ha de valorarse en el contexto en que aquél se retira, que no es otro que la existencia de sangrado vaginal y molestias.

**UNDÉCIMO.-** Con fecha 16 de mayo de 2008, se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar el órgano instructor que no ha quedado acreditada la relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos y el daño por el que se reclama.

Una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido el pasado 4 de junio de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

#### **SEGUNDA.-** Legitimación, plazo y procedimiento de tramitación.

1. La legitimación activa corresponde a la reclamante en su condición de paciente que sufre en su persona los daños imputados a la atención sanitaria recibida, a tenor de lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el artículo 4.1 RRP.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, como titular del centro hospitalario y del servicio público de asistencia sanitaria a cuyo funcionamiento se imputan los daños, conforme a lo previsto en el artículo 142.2 LPAC y 3 RRP, correspondiendo su resolución a la Consejera de Sanidad.

2. La reclamación se ha interpuesto dentro del plazo de un año que, para la prescripción del derecho a reclamar, establece el artículo 142.5 LPAC. En el supuesto sometido a consulta, la atención a la que se imputa el daño tuvo lugar el 2 de agosto de 2005 y la reclamación se interpuso el 9 de septiembre de ese mismo año.

3. En cuanto a la tramitación, el examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP.

Por otra parte, la circunstancia de que se haya interpuesto por la reclamante el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la

reclamación, no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (artículo 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues la reclamante podría desistir o solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa. En todo caso convendría que el departamento consultante actuara coordinadamente con la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad, en su condición de centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que es parte la Administración regional (artículo 4.2 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), como ya sugerimos en nuestro Dictamen núm. 72/06.

**TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
- b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada “*lex artis ad hoc*” o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni

a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

**CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos.**

Si bien la reclamación inicial es bastante inespecífica a la hora de establecer las concretas acciones y omisiones a las que la interesada anuda las consecuencias dañosas para su salud, las alegaciones presentadas durante los dos trámites de audiencia conferidos permiten una mayor concreción. Así, el retraso en alcanzar el diagnóstico certero de la EIP y la instauración de un tratamiento adecuado se concretan en el incumplimiento de las recomendaciones establecidas en el Protocolo 50 de la SEGO, en la medida en que:

a) En relación con la fase de diagnóstico de la enfermedad, no se le realizó de forma temprana una ecografía abdominal ni, sobre todo, transvaginal. No se tuvo en consideración que la paciente era portadora de un DIU, factor predisponente a padecer EIP, sin que se realizara un cultivo del dispositivo una vez retirado en el hospital.

b) El tratamiento antibiótico inicialmente instaurado (Augmentine) no se ajustaba al indicado para el tratamiento de la EIP, consistente en la combinación de diversos antibióticos recomendada por la SEGO.

c) Debió haber sido hospitalizada antes.

d) No se reevaluó a la paciente tras la instauración del tratamiento, en los plazos establecidos, esto es, ni en las 72 horas desde el inicio del tratamiento ambulatorio para valorar mejoría, ni se realizó control microbiológico en los 7-10 días posteriores a la finalización del tratamiento antibiótico.

1. El retraso en el diagnóstico.

En esta imputación, la determinación de si se adoptaron las medidas necesarias para llegar al temprano diagnóstico de la enfermedad y si los facultativos valoraron adecuadamente los síntomas y resultados de las pruebas realizadas, se convierte en cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación de la Administración.

Y es que la obligación que incumbe a la Administración en la prestación sanitaria es, como ya se ha dicho, de medios, no de resultados, por lo que debe prestar la asistencia sanitaria con el despliegue de todos los medios a su alcance. De no hacerlo así, o de no acreditar su efectiva utilización, el daño devendrá en antijurídico.

Aplicado al supuesto objeto de consulta, la antijuridicidad del daño y el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño sufrido, derivarían de una valoración médica errónea de los datos aportados por las manifestaciones de la paciente en la anamnesis y los arrojados por las pruebas practicadas en las consultas anteriores al 2 de marzo de 2004, fecha en la que se alcanza el diagnóstico definitivo de la EIP.

Tales cuestiones aparecen íntimamente relacionadas con el criterio jurisprudencialmente configurado de la “lex artis”, que actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones (por todas, STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001).

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la “*lex artis*”, que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica “*ad hoc*”, en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la *lex artis* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica, o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico.

La valoración de la actuación diagnóstica y en qué medida en la asistencia facilitada a la paciente antes del 2 de marzo de 2004 podía ya haberse identificado la verdadera etiología de la dolencia que aquella presentaba, bien con las técnicas exploratorias utilizadas bien mediante la realización de cualesquiera otras, exige un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la medicina. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto —artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)—, resulta trascendental la valoración de los informes técnicos unidos al expediente.

Para el perito de la reclamante, ésta era portadora de un DIU (dispositivo intrauterino), lo que constituye un factor de riesgo predisponente a padecer EIP, presentando también sangrado intermenstrual. El dispositivo es extraído el 18 de febrero en la Arrixaca, a petición de la paciente y no se realiza cultivo del mismo. Además, se le cita para ecografía el día 12 de abril, lo que resulta incompatible con la necesidad de un diagnóstico precoz de la EIP. El 28 de febrero se sienta el diagnóstico de “Cólico nefrítico. EIP leve”.

Para la Inspección Médica, la cita para la realización de la ecografía el 12 de abril ha de entenderse en un contexto de revisión rutinaria o periódica, sin que en ese momento la paciente presentara patología urgente. En cualquier caso, se realizó ecografía ya el 28 de febrero, primer día en el que existe sintomatología compatible con EIP, y ello aunque no era estrictamente necesaria pues el diagnóstico de la EIP se basa en hallazgos clínicos, de modo que la realización de pruebas complementarias se destina a efectuar un diagnóstico diferencial con otras patologías.

A pesar de las pruebas realizadas (analítica completa y ecografía ginecológica) persistieron las dudas diagnósticas entre una EIP y un cólico nefrítico. Debe recordarse aquí lo dificultoso del diagnóstico de esta enfermedad por la inespecificidad y poco detalle de la historia clínica. No obstante, cuando el 2 de marzo la paciente vuelve a consulta, hay una mejoría clínica y han desaparecido síntomas (dolor en ambas fosas renales), lo que permite descartar el cólico nefrítico y ajustar el diagnóstico y su tratamiento a una EIP. Por tanto, la actitud diagnóstica fue correcta en la medida en que se pusieron los medios necesarios y aconsejados para el diagnóstico, hubo sospecha diagnóstica el mismo día en que aparecieron los síntomas y se confirmó en 48 horas.

En cuanto a la existencia de un factor predisponente como es el ser portadora de un DIU, éste por sí sólo no justifica el diagnóstico de un proceso patológico ni el sometimiento a exploraciones, toda vez que existen muchos otros factores. Por otra parte, la Inspección afirma que realizar un cultivo del dispositivo extraído, no constituye una práctica común

—ni tan siquiera aconsejada— porque es poco rentable en términos de diagnóstico por la gran cantidad y variedad de la flora comensal existente en la zona.

Cabe concluir, con la Inspección Médica, que no hubo omisión de pruebas necesarias para alcanzar el diagnóstico de la enfermedad, que ésta se sospecha en el momento en que aparecen los primeros síntomas sugestivos de la misma y que se confirma cuando desaparecen los indicios de otras patologías.

## 2. Tratamiento antibiótico.

Para el perito de la reclamante, según el protocolo asistencial núm. 50 de la SEGO, la existencia de tres síntomas, a saber, dolor abdominal, dolor a la movilización cervical en la exploración y dolor anaxial en la exploración, justifican el tratamiento antibiótico empírico, consistente en la administración de cualquiera de los combinados de antibióticos recomendados por el CDC (Center for Diseases Control) o la Organización Mundial de la Salud, en lugar del Augmentine, que se le instauró, de donde la reclamante extrae como consecuencia que tuvieron que pasar 14 días y 6 consultas para que se le pusiera un tratamiento acorde con una EIP.

Para la Inspección Médica el tratamiento antibiótico instaurado fue correcto. En primer lugar, el Augmentine (amoxicilina-clavulánico) se pauta el 28 de febrero ante la sospecha diagnóstica de cólico nefrítico, que en aquel momento todavía existía. Sólo cuando desaparece esta sospecha, el 2 de marzo, se cambia la pauta antibiótica y se ajusta a la específica de una EIP, conforme a los protocolos SEGO.

Además, ha de advertirse que, tras el tratamiento inicialmente instaurado, se produce una mejoría clínica en la paciente, pues en dos días desaparece la fiebre y la leucocitosis, al tiempo que ya no se refiere dolor en ambas fosas renales. En este punto, y aunque ninguno de los informes médicos traídos al procedimiento inciden en ello, cabe señalar dos circunstancias: a) la amoxicilina-clavulánico está indicada en el tratamiento del cólico nefrítico; y b) la amoxicilina es utilizada como antibiótico alternativo en las mujeres gestantes para el tratamiento de las infecciones por *Clamydia*, germen causante de la mayoría de las EIP.

En consecuencia, si bien el tratamiento inicialmente instaurado no se ajustaba a los protocolos asistenciales de la EIP, aquél era correcto en función de la sospecha diagnóstica de un cólico nefrítico. Además, resultó eficaz en la medida en que mejoró la situación clínica de la paciente, y fue sustituido por un tratamiento específico para la EIP sólo 48 horas después (no 14 días como afirma la reclamante) de existir síntomas sugestivos de dicha enfermedad, cuando pudo ajustarse el diagnóstico ante la desaparición de los síntomas de otras patologías.

## 3. Hospitalización anterior de la paciente.

Esta alegación no tiene fundamento en el informe pericial de parte unido al procedimiento por la reclamante, pues en él no se contiene referencia alguna a la necesidad de hospitalización de la paciente con anterioridad al momento en que fue ingresada para la resolución de la complicación tubo-ovárica surgida.

Por el contrario, el informe de la compañía aseguradora del SMS revisa la actuación médica desde la perspectiva del momento en que estaba indicado el ingreso hospitalario, concluyendo que el cuadro que presentaba la paciente con ocasión de las consultas en urgencias anteriores al 5 de abril de 2004 no reunía los criterios que aconsejan la hospitalización, afirmando de forma expresa la corrección de la actuación médica al no decidir el

ingreso hospitalario de la paciente sino su tratamiento ambulatorio, hasta el momento en que aparece un dolor en hipogastrio de inicio brusco y fiebre, reapareciendo la sintomatología de la EIP a pesar del tratamiento recibido.

Así también cabe deducirse del informe de la Inspección Médica, donde se afirma que en la consulta de 2 de marzo de 2004 la paciente no presenta los criterios de ingreso hospitalario previamente descritos en el citado informe. Asimismo, en sus conclusiones, la Inspección afirma que la ecografía realizada al inicio del proceso (el 28 de febrero) fue normal, sin evidencia de hallazgos que aconsejaran la hospitalización.

No cabe, en consecuencia, considerar acreditado que existió una infracción de la *lex artis* al no decidir el ingreso hospitalario de la paciente hasta el 5 de abril de 2004.

#### 4. Reevaluación de la paciente.

Según la reclamante, no se reevaluó a la paciente, tras la instauración del tratamiento, en los plazos establecidos, esto es, ni en las 72 horas desde el inicio del tratamiento ambulatorio para valorar mejoría, ni se realizó control microbiológico en los 7-10 días posteriores a la finalización del tratamiento antibiótico.

Veamos cada una de estas dos fases de evaluación por separado:

##### a) Evaluación a las 72 horas del comienzo del tratamiento ambulatorio.

Según el perito de la reclamante, el protocolo 50 de la SEGO establece que *“las pacientes tratadas ambulatoriamente deben ser evaluadas a las 72 horas y si no hay mejoría clínica evidente deben ser hospitalizadas y tratadas con terapia parenteral”*, y la Sra. Lucas no lo fue, de donde deduce un incumplimiento del protocolo y, en consecuencia, una infracción a la *lex artis*.

Por su parte, el informe unido al procedimiento por la compañía aseguradora del SMS afirma que en el supuesto de tratamiento ambulatorio resulta preceptiva la reevaluación del proceso en 72 horas, y la propia Inspección Médica, en su segundo informe, transcribe el protocolo en idénticos términos a los indicados por la reclamante.

En este último informe, sin embargo, la Inspección no comparte la valoración realizada por el perito de la reclamante, toda vez que, tras la consulta del 2 de marzo de 2004, la paciente fue remitida a su ginecólogo para control, si bien reconoce que no se explicita el plazo en que debía realizarse dicho control. En cualquier caso, entre las consultas del 28 de febrero y el 2 de marzo, se había constatado una evidente mejoría clínica, lo que excluiría la necesidad de proceder a la reevaluación, en la medida en que el proceso evolucionaba favorablemente. De hecho, se constata que en las siguientes consultas en la sanidad pública, con el matrón del centro de salud a los 9 y a los 15 días desde el 2 de marzo, la paciente no refiere que persistan las molestias o que tenga fiebre. Tampoco en la consulta con el ginecólogo privado, el 23 de marzo, parece que existan datos que apunten hacia una mala evolución de la EIP. Estas consideraciones llevan a la Inspección Médica a la conclusión de que, *“aunque faltó la recomendación formal de revisión en 48-72 horas, consideramos que, de producirse la misma, la evolución no habría sido diferente por la no existencia de datos que indicaran una mala evolución y con ello la necesidad de nuevas exploraciones o de modificación del esquema terapéutico”*.

En consecuencia, nos encontramos con una omisión que, si bien constituye una infracción objetiva de la *lex artis*, de ella no cabe extraer consecuencias desfavorables para la

salud de la paciente, en la medida en que, de haberse cumplido con las indicaciones de los protocolos asistenciales, la evolución de la enfermedad, con toda probabilidad, habría sido la misma. Nos encontramos, en suma, ante un supuesto de infracción de la normopraxis que, sin embargo, no tiene un efecto nocivo para la paciente, de donde se desprende la inimputabilidad de las secuelas por ella sufridas a ese concreto actuar omisivo de la Administración sanitaria.

b) El control microbiológico a los 7-10 días desde la finalización del tratamiento.

Según el perito de la reclamante, los protocolos asistenciales recomiendan que “*todas las pacientes que han padecido una EIP deben ser reevaluadas microbiológicamente a los 7-10 días de terminar el tratamiento, mediante cultivos cervicales para Chlamydia Trachomatis*”. El 22 de marzo, cuando es asistida en el Hospital Maternal Virgen de la Arrixaca y ya habían pasado seis días desde la finalización del ciclo de doxicilina con que se le había tratado, no constan datos de exploración ni analíticos y, en lugar de efectuarle la reevaluación microbiológica indicada por la SEGO, sólo se le recomienda actitud expectante y analgésicos, si precisa. La ausencia de los controles establecidos en los protocolos asistenciales contribuyó a la aparición, como complicación en la fase aguda del proceso, de un absceso tubo-ovárico izquierdo que precisó su resolución quirúrgica con las secuelas ya conocidas.

Estas afirmaciones no son rebatidas por los informes de la Inspección Médica y de los peritos de la aseguradora del SMS, que guardan silencio acerca de la no realización de los cultivos cervicales para control del germen implicado en la mayoría de las EIP. De hecho, ambos informes aluden a que tras el 2 de marzo, fecha en que se ajusta el tratamiento antibiótico, la ausencia de sintomatología relacionada con una EIP, junto con haber completado de forma correcta el tratamiento pautado hizo que no existieran datos para sospechar una evolución desfavorable.

No obstante, ello no es suficiente para obviar la necesidad de realizar unos controles cuya finalidad es la de evaluar la eficacia real del tratamiento, y cuya previsión no se condiciona en los protocolos asistenciales a la existencia o previsión de una mala evolución, sino que están indicados en todo caso tras la finalización del tratamiento antibiótico. En consecuencia, en este concreto aspecto, cabe apreciar la existencia de una mala praxis. Y aunque la Inspección Médica afirma en el segundo de sus informes que un diagnóstico más precoz no permite garantizar la no existencia de secuelas, pues aun en pacientes hospitalizadas y con tratamiento antibiótico intravenoso hasta un tercio de las EIP se complican con la aparición de un absceso ovárico, lo cierto es que la indebida actuación omisiva de la Administración, que no puso al servicio de la sanidad de la paciente todos los medios de que disponía y eran exigidos por la ciencia médica, la privó de la posibilidad de obtener un resultado distinto y más favorable para su salud, pues, de haberse realizado los controles indicados por la ciencia médica, quizás hubieran existido datos que permitieran anticipar o, al menos, hicieran sospechar la posibilidad de la evolución desfavorable y habrían propiciado la adopción de nuevas medidas terapéuticas.

Ello convierte el daño en antijurídico, pues aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica, como dijimos, la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia, aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las



administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una “falta de servicio”.

Nos encontramos, pues, ante una infracción de la *lex artis* que permite establecer el nexo causal entre el funcionamiento, en este caso anormal, de los servicios públicos y los daños padecidos por la reclamante, los cuales cabe calificar de antijurídicos, en la medida en que el ordenamiento no le impone el deber de soportarlos.

**QUINTA.- Cuantía de la indemnización.**

Alcanzada la conclusión de que se dan en el supuesto sometido a consulta todos los elementos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, resta por determinar el importe de la indemnización a satisfacer a la interesada, quien ha guardado silencio al respecto tanto en su reclamación como en sus alegaciones. No obstante, en éstas sí ofrece criterios que permiten efectuar una valoración económica del daño, toda vez que afirma que tardó en curar 120 días, de los cuales 9 fueron de hospitalización, 72 improductivos y los restantes no improductivos, solicitando una cantidad de 50 euros/día.

En el informe médico que acompaña a sus alegaciones afirma que le restan como secuelas imputables a la asistencia recibida las de “pérdida del ovario y la trompa izquierda, trastorno adaptativo depresivo y perjuicio estético moderado”, que estima en 41 puntos del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

**I. Criterios de valoración económica.**

La doctrina de este Consejo Jurídico viene recogiendo de forma constante los siguientes criterios legales y jurisprudenciales, como pautas principales a seguir en la cuantificación de la indemnización:

a) La extensión de la obligación de indemnizar responde al principio de reparación integral, es decir, se extiende a todos los daños alegados y probados por el perjudicado incluyendo el daño moral o, con carácter más general, el denominado *pretium doloris*, concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (SAN, Sección 4ª, de 27 de noviembre de 2002 y STS, Sala 3ª, de 3 de abril de 2002).

b) La legislación sobre indemnización en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo (STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998), debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del mismo en relación con el funcionamiento de la Administración que ha ocasionado el daño.

c) Incumbe a la parte reclamante la carga de probar cuantos elementos de cuantificación de los daños en virtud de los cuales reclama, como recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre otras, las Sentencias de la Sala 3ª, de 3 de febrero de 1989 y 19 de febrero de 1992.

d) La cuantía de indemnización ha de calcularse con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo (artículo 141.3 LPAC).

## II. Daño acreditado.

En el supuesto sometido a consulta, ha quedado acreditada la secuela de pérdida de la trompa y ovario izquierdos, como consecuencia de una intervención quirúrgica realizada por laparotomía. No consta acreditada en el expediente la secuela psicológica (trastorno adaptativo depresivo) mencionada en el informe aportado con ocasión del trámite de audiencia. El informe médico, que se limita a afirmar su presencia en la reclamante, no puede considerarse en este punto prueba suficiente para acreditar su existencia, en la medida en que no hay en la historia clínica ni en el resto del expediente el más mínimo indicio de dicha patología, ni existe documentación alguna que acredite demanda de atención sanitaria para dicha patología por parte de la reclamante. Por otra parte, el informe es extremadamente inexpresivo en la medida en que se limita a mencionar la secuela, sin proceder a su descripción ni a conectarla causalmente con los hechos de los que se pretende derivar.

Del mismo modo, el perjuicio estético, que se considera en el informe de constante referencia como “moderado”, no queda suficientemente acreditado en el expediente. Una vez más el informe resulta inexpresivo de las secuelas estéticas que dicha intervención dejó en la paciente, pues omite cuestiones tan relevantes al efecto de la valoración por este concepto, como son el número de cicatrices, su localización exacta, sus dimensiones, su morfología y sus niveles de alteración cromática y estructural, su nivel de atrofia o hipotrofia, etc. De hecho, la intervención quirúrgica a que se sometió a la reclamante para superar la crisis determinada por la rotura del absceso tubo-ovárico se realizó por laparotomía abdominal, cuya incidencia estética, en principio y en ausencia de mayores precisiones, cabe presumir mínima, pues la técnica utilizada evita grandes heridas quirúrgicas y accede a la cavidad abdominal mediante pequeñas incisiones en su pared.

Asimismo, tampoco acredita la reclamante los días que precisó para su curación (120 según el informe médico aportado), más allá de los 9 días en que permaneció hospitalizada, entre el 5 y el 15 de abril de 2004, y los días siguientes al alta hospitalaria en que estuvo sometida a un tratamiento antibiótico (5 días) y con hierro (25 días) para superar la anemia ferropénica que presentaba. En el informe de alta hospitalaria se le cita para revisión el 21 de mayo de 2004 en consultas externas de Ginecología, pero no consta que acudiera a ella. Por su parte, el informe unido al expediente por la reclamante sitúa la fecha de su curación en el 24 de junio de 2004, pero no expresa las razones que llevan a tomar ese día como final del proceso médico, ni el expediente ofrece indicios de que la curación de la paciente se retrasara hasta dicho momento. De hecho, al enumerar la documentación médica en que se basa el informe, se citan como últimos actos médicos dos ecografías ginecológicas fechadas los días 25 de mayo y 8 de junio de 2004 que, en las consideraciones médicas efectuadas por el perito, no son citadas ni, por tanto, puestas en relación con el proceso de consolidación de las secuelas o de su curación.

Tampoco aporta la reclamante documentación acreditativa de incapacidad laboral alguna que pudiera servir de base para acreditar los 72 días impositivos por los que reclama. Y es que, si bien no cabe identificar el concepto de día impositivo a efectos de indemnización, que es aquél en que la víctima está incapacitada para el desarrollo de su actividad u ocupación habitual (no necesariamente un trabajo), con la situación de baja laboral, lo cierto es que la documentación acreditativa de ésta sería un medio de prueba de fácil aportación al procedimiento por la interesada y que permitiría acreditar la situación de incapacidad temporal derivada de la lesión.

### III. Cuantificación.

Una vez determinados cuáles son los daños verdaderamente acreditados en el expediente, han de ser valorados económicamente. A tal efecto, y dado que los criterios que para el cálculo de la indemnización que ofrece el artículo 141.2 LPAC resultan inaplicables para la cuantificación de un daño que, como el aquí indemnizable, no sea patrimonial, su valoración queda abocada a un juicio prudencial que pondere las circunstancias que concurren, y atienda a lo fijado por los Tribunales de Justicia y por la doctrina del Consejo Jurídico sobre el resarcimiento en supuestos similares. En la conformación de ese juicio, y para tener una mínima referencia objetiva que oriente la labor valorativa, el Consejo Jurídico de ordinario acude al baremo correspondiente al sistema para la cuantificación de las lesiones producidas a las personas en accidentes de circulación.

El baremo vigente en el momento de producirse la asistencia sanitaria de la que derivan las lesiones es el aprobado por Resolución de 9 de marzo de 2004, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2004, el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, en la configuración que de dicho sistema resultó de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados.

De conformidad con dicho marco de referencia, la indemnización a abonar ascendería a las siguientes cantidades:

— Por la secuela (pérdida de trompa y ovario izquierdos), el baremo establece una horquilla de entre 20 y 25 puntos. El informe aportado por la reclamante no precisa qué puntuación otorga a la secuela, independientemente de las otras dos que no han quedado acreditadas en el expediente. Por tanto, considera el Consejo Jurídico que procede otorgar una valoración intermedia de 22 puntos. Aplicado el valor del punto correspondiente al momento en que se produce la lesión y a la edad de la víctima (27 años), la indemnización por este concepto debe ascender a 21.730,23 euros (987,737744 x 22).

— Por incapacidad temporal.

Ya hemos indicado que únicamente queda acreditada en el expediente la estancia de la reclamante en el hospital durante 9 días, por lo que, aplicando el baremo de referencia, corresponde a la interesada una indemnización de 507,46 euros (56,384386 x 9).

El resto de los días que transcurren hasta la curación, concepto éste que podemos definir como *“el momento en el cual se consigue la máxima evolución del proceso, el tratamiento ha sido aplicado al máximo y más aplicaciones no se prevén como necesarias si no es que se presenta algún tipo de complicación”* (SAP Girona 122/2007, de 6 de febrero), la paciente los divide en 72 días improductivos y 39 no improductivos.

Ya hemos indicado que, al margen de la mera indicación de esta circunstancia en el informe pericial de parte, realizada sin argumentación, justificación o sustento documental alguno, en el expediente nada consta acerca del impedimento que las lesiones sufridas por la reclamante supusieron para desarrollar su ocupación o actividad habitual, circunstancia ésta que, al no poder entender acreditada con las meras manifestaciones del perito, determina que no quepa indemnizar período alguno como días improductivos.

Por el contrario, sí consta en el expediente un informe del médico responsable, conforme al artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (folio 102), en el que expresamente se indica que la paciente debe seguir un tratamiento tras el alta hospitalaria, acaecida el 15 de abril de 2004, de 25 días de duración, para solventar la anemia ferropénica que presenta al alta. Estos 25 días cabe considerarlos como de curación y ser indemnizados como días no improductivos. En consecuencia, la indemnización a aplicar en este concepto debe alcanzar los 616,80 euros.

En suma, el total de la indemnización por todos los conceptos sería de 22.854,49 euros, cantidad a la que habría de sumarse 2.173,02 euros (10% en concepto de factor de corrección sobre secuelas), pues la víctima se encuentra en edad laboral y no ha justificado su nivel de ingresos.

Asimismo, la cantidad resultante (25.027,51 euros) habrá de ser actualizada con arreglo a lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, toda vez que el Consejo Jurídico sí advierte la concurrencia en el supuesto sometido a consulta de los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

**SEGUNDA.**- La cuantía de la indemnización debe calcularse atendiendo a lo expuesto en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 197/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)**

**Fecha: 03/12/08**

### **Extracto de Doctrina**

*(...) si el propio reclamante manifestó en su primer escrito de alegaciones que el tramo de carretera se encontraba anegado con una gran cantidad de agua donde se produjo el accidente (paso natural de aguas pluviales), para justificar el alcance de los daños del vehículo, de lo anterior se extraía la consecuencia de que debió adaptar la conducción a las características y estado de la vía, así como a las condiciones meteorológicas existentes (el día 18 de noviembre de 2003 fue de intensas lluvias según el Instituto Meteorológico),*

*de manera que pudiera detener el vehículo ante cualquier obstáculo que se pudiera presentar en la carretera (artículo 19.1 RD. Legislativo 339/1990, ya citado), como sostiene el informe técnico de la Dirección General, al existir otras vías alternativas próximas para evitar el tramo anegado por las aguas en la carretera (F-27 y F-29).*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha 26 de abril de 2004, se presenta en el Registro General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en San Javier reclamación por parte de x, por la que solicita a la Consejería de Obras Públicas, Vivienda y Transportes indemnización por los daños sufridos en el vehículo Ford Escort matrícula “—”, como consecuencia del accidente de circulación que tuvo lugar el 18 de noviembre de 2003, en la carretera F-28 de Pozo Aledo en dirección a Dolores de Pacheco, siendo la causa del accidente, según el reclamante, la existencia de un badén no señalizado oculto por el agua de lluvia caída, con la consiguiente inmovilización del vehículo.

Acompaña denuncia por comparecencia ante la 5ª Zona de la Guardia Civil, puesto de San Javier, presentada el 24 de noviembre (6 días después de producirse el accidente), y un informe del Jefe de Negociado de Patrimonio del Ayuntamiento de San Javier de 21 de abril de 2004, que, tras referirse a que el accidente se produjo en el término municipal de Torre Pacheco, según los datos facilitados, acompaña un reportaje fotográfico donde se produjo el accidente indicado por el reclamante, con la finalidad de resolver problemas puntuales de avenidas de aguas en dicha carretera (sic).

Por último, el reclamante señala que el valor de los daños sufridos asciende a 2.613,83 euros, según la factura que se acompaña.

**SEGUNDO.-** El 4 de mayo de 2004 se solicita informe de la Dirección General de Carreteras, acompañando la reclamación y documentación adjunta a dicho centro directivo.

**TERCERO.-** Con fecha 5 de mayo de 2004 la instructora notifica al interesado la información exigida por el artículo 42.4, segundo párrafo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), acerca del plazo máximo para resolver y notificar, y el sentido del silencio administrativo, al mismo tiempo que le requiere para que subsane y mejore la solicitud presentada con la documentación indicada en el documento núm. 3 del expediente (folios 13 a 17).

**CUARTO.-** El 13 de mayo de 2004, en relación con el requerimiento efectuado por la instructora, D. Roberto A. Molina Acosta, padre del reclamante y propietario del vehículo, presenta la documentación que obra en el expediente (folios 18 a 35), entre la que se encuentra el parte de trabajo de la empresa de grúas que retiró el vehículo el día 18 de noviembre de 2003, que consigna en sus observaciones “mojado” (folio 18). Acompaña también la documentación solicitada a su hijo x, que conducía el vehículo accidentado en el momento de producirse el accidente.

**QUINTO.-** Solicitado informe de la Dirección General de Carreteras, es evacuado el 3 de junio de 2004 en el siguiente sentido:

*“1) No existe constancia ni conocimiento en este Servicio de la realidad y certeza del evento lesivo. Tampoco existe aviso del CECOP ni Guardia Civil para señalar algún*

*peligro ni el tramo de carreteras afectado por el charco, dado que mientras el vehículo estuviera inmovilizado obstaculizaría e incluso impediría el paso de otros vehículos.*

*2) Los días 17 y 18 de noviembre de 2003 fueron de intensas lluvias por lo que tanto los pasos de agua a través de las carreteras o zonas inundables quedaron anegadas de agua.*

*3) No existe relación de causalidad entre el siniestro y el funcionamiento del servicio público de carreteras.*

*4) El tramo de carretera no tiene iluminación ni una señalización específica para las circunstancias que produjeron el siniestro. La velocidad está limitada a 60 km./h.*

*5) Existen dos vías alternativas próximas para evitar el charco existente en la carretera F-28 a través de las carreteras F-27 o F-29.*

*6) Se adjunta foto del tramo de la carretera F-28 que quedó inundada por las aguas pluviales por lo que se puede comprobar que no existe ningún bache o depresión del firme en ese tramo ni se ha realizado actuación alguna para modificar o reparar la calzada.*

*El punto donde ocurrió el siniestro es un paso natural de aguas pluviales.*

*Por otra parte en las fotos que se adjuntan a la reclamación se observa el paso de vehículos a través del charco sin ningún problema sin que ello implique que sea necesario cortar la carretera al tráfico dado que la profundidad del mismo no lo requiere.*

*Por lo tanto parece una actuación inadecuada del reclamante dado que podría haber tomado una vía alternativa para evitar atravesar el charco y no quedarse inmovilizado en él”.*

**SEXTO.-** El 12 de julio de 2004 (registro de salida) se solicita del reclamante que acredite la representación, pues su progenitor es el propietario del vehículo, lo que se efectúa mediante comparecencia *apud acta* el 21 de julio de 2004 (folio 48).

**SÉPTIMO.-** El 22 de septiembre de 2004 se solicita de la Comandancia de la Guardia Civil de Tráfico del Subsector de Murcia la remisión de la copia debidamente compulsada del Atestado, siendo remitida por el Alférez Jefe del Destacamento copia de la Diligencia Policial núm. --, instruida por el Puesto de la Guardia Civil de Tráfico de San Javier el 24 de noviembre de 2004, en la que figura una diligencia de reconocimiento del itinerario (folio 56), observando “*como a un km. de distancia aproximadamente antes del mencionado cruce se encuentra un cambio de rasante bastante pronunciado sin que exista señal vertical que indique tal circunstancia*”.

Con posterioridad se recibiría nuevo escrito del Sargento Comandante del Puesto de San Javier, de 27 de octubre de 2004 (folio 67), en el que manifiesta que “*se desconoce la presencia de testigos que puedan ratificar lo sucedido, así como indicios de posible actuación inadecuada del perjudicado, al no existir en la calzada señales que así lo indiquen debido seguramente a que los hechos ocurrieron el día 18-11-03 y la denuncia formulada se presentó en estas dependencias seis después, el 24-11-03. No pudiendo realizar inspección ocular del vehículo en el mismo momento del accidente y haber sido retirado por una grúa y llevado a algún taller mecánico llevando ya seis días en fase de reparación*”. También se indica que cuando se realizó la inspección ocular del reconocimiento del itinerario (ya que no se precisó el lugar exacto en la denuncia formulada), además de la existencia de un cambio de rasante prolongado sin señalización vertical, no se localizó desperfecto alguno en la calzada.

**OCTAVO.-** También se solicita del Ayuntamiento de San Javier la remisión del expediente tramitado por dicha Corporación, que es reiterado el 14 de octubre y 15 de noviembre de 2004. El 5 de enero de 2005 se recibe oficio del Jefe de Sección de Asuntos Generales del citado Ayuntamiento (folio 80) que señala, en relación con la fecha exacta de las fotografías del lugar del siniestro que se acompañaban al informe del Jefe de Negociado de Patrimonio de 21 de abril de 2004, que no figura tal dato en el expediente, si bien fueron tomadas unos días antes presumiblemente el 19 o 20 de abril del mismo año, cuando, aprovechando un episodio de lluvias en la localidad, fueron invitados por el reclamante a personarse en el lugar exacto del siniestro, y así lo hicimos junto a él, el Jefe de Negociado de Patrimonio y el que suscribe el oficio. Se acompaña el informe del Jefe de Negociado de Patrimonio del Ayuntamiento de San Javier de 21 de abril de 2004, ya citado, que refiere, según los datos facilitados, que el accidente se produjo en el término municipal de Torre Pacheco, en una carretera catalogada como comarcal.

**NOVENO.-** El 4 de febrero de 2005 se solicita al Instituto Nacional de Meteorología informe acerca de las precipitaciones acaecidas el día 18 de noviembre de 2003, siendo evacuado el 15 de abril de 2005 (registro de salida), en el sentido de indicar que *“la máxima intensidad de precipitación registrada en la estación meteorológica de Murcia/San Javier, que es la única de las anteriores que mide dicha variable durante el día mencionado, fue de 33,6 litros por metro cuadrado y hora y se registró a las 6,10 horas TMG (hora oficial invierno = hora TMG + 1 hora).*

**DÉCIMO.-** Otorgado un trámite de audiencia al reclamante, presenta alegaciones el 11 de octubre de 2005 (registro de entrada), cuestionando el informe de la Dirección General de Carreteras; a este respecto señala que dicho informe reconoce que en el lugar donde ocurrió el accidente es un paso natural de aguas pluviales, sin que se adoptaran las correspondientes medidas preventivas de señalización o de advertencia, produciéndose el accidente por el trazado de la calzada que oculta el charco. Propone como testifical la declaración del conductor de la grúa y de otros afectados por los mismos hechos.

**UNDÉCIMO.-** Con fecha 25 de mayo de 2006 se presenta un escrito del letrado x, en representación del reclamante, como acredita con el poder de representación que acompaña, a fin de que se entiendan con él las sucesivas actuaciones.

**DUODÉCIMO.-** Siete meses después, el 19 de diciembre de 2006 (notificado el 27 siguiente), la instructora comunica al reclamante que ha sido admitida la prueba testifical, y que en el plazo de 15 días le suministre los datos personales de los testigos propuestos, a lo que contesta el letrado actuante, por escrito del 28 de diciembre del mismo año, que como los hechos objeto de la reclamación se remontan al año 2003 y su cliente no puede localizar a los testigos, no puede perjudicarle la imposibilidad de practicar la prueba que en su día propuso, por la tardanza en la tramitación del expediente, ratificándose en la documentación ya presentada, así como interesa la continuación del procedimiento.

**DECIMOTERCERO.-** Con fecha 12 de enero de 2007 se solicita informe del Parque de Maquinaria de la Dirección General de Carreteras, que lo emite el 26 de abril de 2007, manifestando que el valor venal del vehículo en la fecha del accidente era de 2.694 euros, que revisada la factura que se aporta no se deberían incluir como conceptos a abonar por esta Administración, en el caso de que se debiera imputar la responsabilidad por el accidente, determinadas partidas porque no pudieron resultar afectadas por el siniestro apuntado por el reclamante; y que asimismo se deben descontar 7 horas de trabajo del total que aparecen en la factura, al mismo tiempo que realiza las siguientes observaciones:

*“Casualidad o no, el importe de la factura presentada es muy cercano al valor venal del vehículo. En el expediente aparece un informe del Jefe de Negociado de Patrimonio de San Javier, al que se une una foto de un tramo de carretera inundado, fechado el 21 de abril de 2004, cinco meses después de la fecha del siniestro. No vemos que se haya adjuntado foto del badén en el que presuntamente quedó atrapado el vehículo”.*

**DECIMOCUARTO.-** Otorgado un nuevo trámite de audiencia al reclamante, presenta alegaciones el 5 de junio de 2007 (registro de entrada), en el que señala que el informante del Parque de Maquinaria ignora que se trataba de una gran cantidad de agua que arrastraba barro, suciedad, maleza y sobre todo piedras, que ocasionaron daños en diversas piezas y que *“el agua al entrar en el motor y el pistón del motor al subir dobló la biela, rayó la cámara de combustión y se rompió la junta del carter y la correa de distribución la partió, y entró agua en los conductos de los frenos, y al lanzar el agua con piedras contra el coche se rompió las pastillas de frenos, golpeando el agua con piedras también el carter.* En cuanto a que hay que descontar 7 horas de trabajo total de la factura, considera que no procede dicha observación puesto que son las que recogen y han sido abonadas por su cliente al taller. Por último refiere que toda la documentación presentada corrobora la certeza de los hechos, por lo que las suspicacias del informe del Parque de Maquinaria no proceden, en tanto que existe documentación del Ayuntamiento de San Javier que certifica el lugar donde ocurrieron los hechos, denuncia ante la Guardia Civil, factura de la grúa, factura de reparación del vehículo, y demás documentación obrante en el expediente.

**DECIMOQUINTO.-** La propuesta de resolución, de 19 de octubre de 2007, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por cuanto:

*“En el informe de la Dirección General de Carreteras se manifiesta que en las fotos que se adjuntan a la reclamación se observa el paso de vehículos a través del charco sin ningún problema, sin que ello implique que sea necesario cortar la carretera al tráfico dado que la profundidad del mismo no lo requiere. Además se adjunta fotocopia del tramo de la vía y se observa claramente que no hay badén alguno. En la reclamación se hace referencia también a que se produjeron otros accidentes en esa vía por la misma causa pero no se prueba en modo alguno”.*

Además señala que no se ha probado nada, ni el daño producido por ese hecho, ni el momento en que se produjo el hecho, ni el hecho mismo.

**DECIMOSEXTO.-** Recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, fue evacuado en la sesión de 25 de febrero de 2008 bajo el núm. 33/2008, en el sentido de dictaminar desfavorablemente la propuesta de resolución, al considerar que ha de ser estimada la reclamación, si bien aprecia una concurrencia de culpas en la producción del daño, que ha de tener incidencia en la cuantía indemnizatoria (50%). En tal sentido, puesto que la propuesta de resolución elevada no entra a considerar el *quantum* indemnizatorio, se indicó la conveniencia de recabar informe del Parque de Maquinaria sobre las alegaciones realizadas por el reclamante, concernientes a la exclusión de determinadas partidas incluidas en la factura.

**DECIMOSEPTIMO.-** Con fecha 27 de octubre de 2008, se ha recabado de nuevo el parecer del Consejo Jurídico, acompañando la siguiente documentación:

— Informe del Jefe del Parque de Maquinaria, de 15 de mayo de 2008, que alcanza las siguientes conclusiones:



*“Teniendo en cuenta el tipo de siniestro descrito por el reclamante y haber quedado el motor del vehículo cubierto por el agua, entendemos que es perfectamente posible que se ha haya hecho necesario la reparación del motor:*

*Ahora bien, revisada la factura que se aporta, justificativa de las piezas de repuesto intercambiadas y de los trabajos realizados, se ha llegado a las siguientes conclusiones:*

*1º) Se ha incluido un concepto denominado “cojinete de biela (cantidad: 4)” y otro denominado “juego de casquillos de biela (cantidad: 1)”. Entendemos que se debe tratar, en ambos casos, de los cojinetes de biela de motor; por lo que este concepto está duplicado. El precio actual de cada uno de los casquillos de biela es de 8,87 euros, sin IVA (monta cuatro de ellos este motor).*

*2º) Aparecen tres conceptos denominados en la factura como “correa de distribución”, “correa de distribución” y “correa de distribución”. Pues bien el motor de este vehículo sólo lleva 2 correas de distribución, por lo que sobra una de las partidas de la factura. El precio actual de una correa de distribución es de 32 euros, sin IVA.*

*3º) Aparece un concepto denominado “Junta de carter aluminio” al que se le ha imputado un precio de 112,52 euros, sin IVA. El precio actual de dicha junta, es de 26,43 euros, sin IVA, por lo que debe considerarse un error del precio que se ha considerado en la factura.*

*4º) En la factura se ha incorporado una partida correspondiente a “Juego de Pastillas”, que entendemos que debe referirse a las pastillas de freno y que no vemos que hayan podido inutilizarse por el siniestro descrito por el reclamante. A dicha partida se le ha imputado un costo de 38,48 euros sin IVA.*

*5º) En la factura se ha cuantificado el tiempo de la mano de obra empleada en la reparación de este vehículo en 27 horas de trabajo. Entendemos que el tiempo empleado en dicha reparación no debe exceder de 20 horas, por lo que consideramos que se han imputado 7 horas de trabajo de más”.*

— El escrito de alegaciones presentado por el reclamante, tras un nuevo trámite de audiencia otorgado (documento 37, folio 171), en el que se ratifica en la reclamación en su día presentada y en la cantidad solicitada, según factura aportada, oponiéndose a la concurrencia de culpas apreciada, así como a la supresión de algunas de las partidas, pues, en su opinión, el parecer del Parque de Maquinaria no le merece ninguna credibilidad.

— La nueva propuesta de resolución de 10 de octubre de 2008, acorde con nuestro Dictamen anterior, estima la reclamación de responsabilidad patrimonial con la concurrencia de culpas indicada y determina una cuantía indemnizatoria de 923,186 euros, excluyendo determinadas partidas.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

Este Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de

mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

La reclamación ha sido interpuesta por quien goza de legitimación activa para ello, en tanto que propietario del vehículo, representado por su hijo x según se acredita mediante comparencia *apud acta*, ha sufrido un perjuicio patrimonial (daños en su vehículo) como consecuencia del percance, lo que le confiere la condición de interesado (artículos 31.1 y 139.1 LPAC, y artículo 4.1 RRP), viniendo pues legitimado para reclamar la indemnización de aquellos daños.

En cuanto a la legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través de la Consejería consultante, en virtud de su condición de titular de la carretera comarcal (F-28), según reconoce el informe de la Dirección General de Carreteras, a cuyas defectuosas condiciones de conservación se imputa el daño.

La reclamación se presentó dentro del plazo de un año previsto en el artículo 4.2 RRP.

En cuanto al procedimiento seguido, la Consejería consultante ha recabado de nuevo el Dictamen del Consejo Jurídico, tras otorgar otro trámite de audiencia al reclamante sobre la determinación del *quantum* indemnizatorio, elevando una nueva propuesta de resolución estimatoria (frente a la anterior que era de carácter desestimatoria), por la concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial en el sentido indicado en nuestro Dictamen núm. 33/2008, anteriormente recaído en este asunto.

**TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.**

En aquel Dictamen, tras reconocer la existencia de ciertos vacíos probatorios en relación con el nexo causal entre la actividad de la Administración y el daño alegado, y examinar las pruebas indiciarias que situaban al vehículo en la carretera donde se produjo el accidente, y que la acumulación del agua pudo producir los daños alegados (retirada de la grúa en Dolores de Pacheco con la anotación de mojado), además de tener en cuenta el informe de reconocimiento del itinerario por el Puesto de San Javier de la Guardia Civil (días después de ocurrir los hechos), que puso de manifiesto la existencia de un cambio de rasante bastante pronunciado sin la existencia de señal vertical, el Consejo Jurídico alcanzó la conclusión de la verosimilitud del nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, tratándose de daños que el perjudicado no está obligado a soportar, conforme a lo establecido en el artículo 141.1 LPAC.

Sin embargo también apreció, sobre la base de los vacíos probatorios citados y la distribución de la carga de la prueba entre las partes, una concurrencia de culpas, en tanto si el propio reclamante manifestó en su primer escrito de alegaciones que el tramo de carretera se encontraba anegado con una gran cantidad de agua donde se produjo el accidente (paso natural de aguas pluviales), para justificar el alcance de los daños del vehículo, de lo anterior se extraía la consecuencia de que debió adaptar la conducción a las características y estado de la vía, así como a las condiciones meteorológicas existentes (el día 18 de noviembre de 2003 fue de intensas lluvias según el Instituto Meteorológico), de manera que pudiera detener el vehículo ante cualquier obstáculo que se pudiera presentar en la carretera (artículo 19.1 RD. Legislativo 339/1990, ya citado), como sostiene el informe técnico de la

Dirección General, al existir otras vías alternativas próximas para evitar el tramo anegado por las aguas en la carretera (F-27 y F-29). También ha contribuido a considerar la concurrencia de culpas, las fotografías aportadas por el reclamante, realizadas por el Negociado de Patrimonio del Ayuntamiento de San Javier (aunque el accidente se produjo en el término municipal de Torre Pacheco) varios meses después de lo ocurrido, en las que se advierte el tránsito de un vehículo pese a la acumulación del agua existente en dicho tramo de la carretera; del mismo modo la tardanza en denunciar los hechos ocurridos ante el puesto de la Guardia Civil de San Javier (6 días después), tampoco ha permitido probar al reclamante que el daño alegado sea atribuible de forma exclusiva a la actuación de la Administración titular de la carretera, en tanto, según señala el Sargento Comandante del Puesto de San Javier (folio 67), en el reconocimiento posterior que se hizo, aparte de advertir la existencia de un cambio de rasante sin señalizar, no se localizó desperfecto alguno en la calzada.

#### CUARTA.- Cuantía indemnizatoria.

La nueva propuesta de resolución elevada determina una cuantía indemnizatoria de 923,18 euros, frente a los 2.613,83 euros reclamados que coinciden aproximadamente con el valor venal del vehículo, al excluir el instructor determinadas partidas de la factura bien por encontrarse repetidas, bien por considerarse no ajustadas a la forma de producción del daño.

En relación con las partidas excluidas, en ausencia de motivación concreta por el reclamante en su último escrito de alegaciones, que se limita a señalar la falta de credibilidad del parecer del Parque de Maquinaria para cuestionarlas, el Consejo Jurídico señala:

1) Dice el informe del Parque de Maquinaria que “1º) *Se ha incluido un concepto denominado “cojinete de biela (cantidad: 4)” y otro denominado “juego de casquillos de biela (cantidad: 1)”.* Entendemos que se debe tratar, en ambos casos, de los cojinetes de biela de motor, por lo que este concepto está duplicado. El precio actual de cada uno de los casquillos de biela es de 8,87 euros, sin IVA (monta cuatro de ellos este motor)”.

Consecuencia de lo anterior es que debe mantenerse el concepto cojinete de biela (4 unidades) por el precio indicado en la factura, coincidente con el abonado por el reclamante, y excluir la segunda partida por repetida (1 juego de casquillos de biela), con un precio de 25,80 euros.

2) Afirma el informe del Parque de Maquinaria que “*aparecen tres conceptos denominados en la factura como “correa de distribución”, “correa de distribución” y “correa de distribución”.* Pues bien el motor de este vehículo sólo lleva 2 correas de distribución, por lo que sobra una de las partidas de la factura. El precio actual de una correa de distribución es de 32 euros, sin IVA”. Por lo tanto, debería excluirse una partida correspondiente a correa de distribución.

3) Según el Informe del Parque de Maquinaria “*aparece un concepto denominado “Junta de carter aluminio” al que se le ha imputado un precio de 112,52 euros, sin IVA. El precio actual de dicha junta, es de 26,43 euros, sin IVA, por lo que debe considerarse un error del precio que se ha considerado en la factura”.*

A diferencia de los conceptos anteriores que se encuentran repetidos, en este caso se discute el precio aplicado por el taller de reparación, que guarda, en opinión del técnico, una gran desproporcionalidad con el reseñado en la factura y que considera, por tanto, erróneo. Por ello, al no tratarse de una mínima diferencia, ha de estarse a lo indicado por el

informe técnico citado. Distinto parecer merece la reducción de las horas empleadas para la reparación (de 27 a 20), entendiendo el Consejo Jurídico que ha de estarse a lo establecido en la factura, en tanto es una cuestión difícilmente objetivable.

4) Por último, afirma el Parque de Maquinaria que en la factura se ha incorporado una partida de 38,48 euros sin IVA correspondiente a “Juego de Pastillas” (pastillas de freno), que considera que no ha podido inutilizarse por el siniestro descrito por el reclamante.

En consecuencia, habrán de excluirse de la cuantía reclamada un juego de casquillos de biela (25,80 euros) y una correa de distribución, por tratarse de partidas repetidas, y la relativa a un juego de pastillas de freno, por no guardar relación con el siniestro, según el informe técnico. También, por considerarse un error en el precio, la cuantía de la junta de carter de aluminio ha de reducirse al precio indicado por el Parque de Maquinaria. A la cantidad que resulte será de aplicación el 50%, en concepto de la concurrencia de culpas ya expresada.

Además, dicha cantidad habrá de ser actualizada a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial con arreglo al índice de precios al consumo, conforme a lo previsto en el artículo 141.3 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que estima la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional, si bien de forma concurrente con la actuación del interesado.

**SEGUNDA.-** La cuantía indemnizatoria será determinada de la forma descrita en la Consideración Cuarta, si bien habrá de actualizarse dicha cantidad de la forma indicada por el artículo 141.3 LPAC.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 198/08.- Anteproyecto de Ley de los derechos y deberes de los usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 10/12/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Desde el punto de vista de la competencia funcional sobre sanidad, la Constitución Española reserva al Estado sus “bases y coordinación general”, debiendo significar que el Tribunal Constitucional viene entendiendo que el concepto de “bases” es más amplio que el de “legislación básica”, ya que este último lo que incluye son potestades ordinariamente*

*normativas, mientras que en el primero (que es el aquí aplicable) pueden estar incluidas normalmente potestades ejecutivas (cfr. SSTC de 28 de enero de 1982, 7 y 28 de abril de 1983, 20 de mayo de 1983 y 28 de junio de 1983).*

*De acuerdo con lo expuesto, el sistema sanitario y los derechos y deberes de sus usuarios son establecidos, en primer lugar, por lo que la ley ordinaria estatal determine. Así lo fijó el legislador a partir de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, vigente en buena parte de su articulado, extendiendo el derecho a la protección de la salud a todos los españoles y a los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional —disposición concordante con el posterior art. 12 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social— por medio de un sistema de salud basado en una política orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales. Por lo demás, el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones Públicas competentes quedan comprometidas a organizar y desarrollar todas las acciones sanitarias dentro de una concepción integral del sistema sanitario, de tal modo que todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integran el sistema nacional de salud, definido como el conjunto de los servicios de la salud de la Administración del Estado y los servicios de salud de las Comunidades Autónomas.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El expediente y la documentación aportadas acreditan el largo itinerario y la amplia labor desarrollados para la confección del Anteproyecto. El procedimiento fue iniciado a propuesta de la Secretaría Autonómica de Atención al Ciudadano, Ordenación Sanitaria y Drogodependencias, que elaboró el primer borrador del Anteproyecto y una memoria técnica y jurídica en la que expone ampliamente el marco jurídico en el que se inscribe la iniciativa y las opciones consideradas para su elaboración. También añade un informe de necesidad y oportunidad y otro de impacto por razón de género, así como una memoria económica fechada en junio de 2006. La propuesta, junto a la restante documentación, fue remitida a la Secretaría General de la Consejería de Sanidad para que continuara la tramitación procedente.

**SEGUNDO.-** Fue solicitado informe a la Dirección General de Administración Local, que fue evacuado el 8 de julio de 2006 indicando que el Anteproyecto era respetuoso con las competencias de las entidades locales, a las que se debiera consultar.

**TERCERO.-** El Consejo de Gobierno acordó, el 30 de julio de 2006, qué organizaciones habrían de ser consultadas, resultando de ello que formularon alegaciones las siguientes:

— Departamentos de la Administración regional: Consejerías de Turismo, Comercio y Consumo; de Industria y Medio Ambiente; de Agricultura y Agua; de Presidencia; de Economía y Hacienda; y de Trabajo y Política Social. Refieren observaciones sobre aspectos parciales, coincidiendo, en términos generales, en informar favorablemente el Anteproyecto.

— La Academia de Medicina y Cirugía de la Región de Murcia presenta observaciones concretas a los artículos 30, 42 y 49.

— El Colegio Oficial de Médicos de la Región de Murcia, lo hace a los artículos 11, 31.3, 42.3 y 59, y una reflexión sobre la responsabilidad de los médicos en el ámbito de la sanidad pública.

— El Colegio Oficial de Enfermería alegó al contenido de artículos diversos, y transmite una opinión general favorable sobre el texto.

— El Tribunal Superior de Justicia (Sala de Gobierno) formula una alegación sobre qué juez es competente para decidir si se confirma o no el alta forzosa en caso de rechazo de tratamientos.

— El Consejo Asesor de Consumo informó favorablemente el Anteproyecto.

— El Consejo Asesor Regional de Ética Asistencial “Dr. D. Juan Gómez Rubí” emitió un amplio informe sobre observaciones generales y particulares. Las primeras valoran positivamente el Anteproyecto, entre otras razones por regular el estatuto del paciente y las obligaciones de los centros y servicios de salud, públicos y privados, sobre información y documentación clínica. Las segundas manifiestan matices respecto a los artículos 11, 20, 36.4,c), 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50, 56, 71 y 72.

— El Consejo de Cooperación Local también emitió informe favorable.

— El Consejo de Salud, igualmente.

**CUARTO.-** El informe del Servicio Jurídico de la Consejería abunda en fundamentar el marco normativo en el que se inscribe el Anteproyecto. También expone el contenido y la sistemática seguida en la elaboración del texto; se refiere al procedimiento considerando que se han respetado los preceptos de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno (en adelante, Ley 6/2004); a continuación realiza una valoración jurídica de las alegaciones formuladas y una explicación de las disposiciones legales que resultan derogadas o modificadas; finaliza con unas observaciones concretas sobre algunos artículos y con una conclusión favorable al Anteproyecto.

**QUINTO.-** Con las alegaciones formuladas fue elaborado un segundo borrador del Anteproyecto, sometido al Consejo Económico y Social de la Región de Murcia (CES), el cual, en el Dictamen 4/2007, concluyó, en síntesis, lo siguiente:

1) Valora positivamente el Anteproyecto, porque el mismo supone una respuesta adecuada a las nuevas realidades sociales y legislativas en el ámbito de la protección del derecho a la salud, y a la posición que los pacientes y usuarios de los sistemas sanitarios tienen como titulares de derechos y obligaciones, sin perjuicio de las observaciones que realiza el dictamen.

2) Valora positivamente, también, el carácter integral de la regulación contenida en el Anteproyecto de Ley en relación con los derechos y deberes de los pacientes y usuarios. Esta opción legislativa, frente a las otras posibles de regulación parcial o sectorial, ofrece la ventaja de la accesibilidad de su conocimiento por parte también de los profesionales sanitarios y de las entidades y organismos encargados de su aplicación y salvaguarda.

3) Considera que el texto supone un importante refuerzo de la seguridad jurídica necesaria no sólo para los pacientes y usuarios del sistema sanitario sino también para los profesionales sanitarios, al establecer un marco definido para el ejercicio de los derechos relacionados con la autonomía del paciente.

4) Una valoración expresa merece al Consejo Económico y Social que el Anteproyecto posibilite el acceso a la asistencia sanitaria a los extranjeros no empadronados y sin recursos económicos que se encuentren en la Región de Murcia y que no tengan reconocido tal derecho al amparo de la normativa estatal. Esta opción legislativa pone de manifiesto el compromiso solidario de la sociedad de la Región de Murcia con el derecho a la salud de todas las personas que se encuentren en su territorio.

5) Considera conveniente que se consignara de forma expresa el derecho de las mujeres a ser acompañadas durante el parto, para evitar dudas en cuanto a su alcance.

6) También considera conveniente que se determine de forma expresa que en el documento de instrucciones previas se puedan incluir disposiciones en relación con el destino del cuerpo o de los órganos del paciente, como hace el artículo 11.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

7) Considera excesivo el plazo de veinte años establecido con carácter general para la conservación de la documentación e información contenida en las historias clínicas, si se tiene en cuenta que tanto la legislación básica estatal como la de las comunidades autónomas que han regulado la cuestión fijan en cinco años este plazo, sin perjuicio de otros plazos específicos que puedan establecerse.

**SEXTO.-** El Vicesecretario emitió su informe favorable el 27 de septiembre de 2007. Formulado el extracto de secretaría, se exponen en él las observaciones recogidas en el dictamen del Consejo Económico y Social que se han incorporado al texto (tercer borrador), tras lo cual fue ordenada la consulta, que tuvo entrada en el registro del Consejo el 4 de octubre de 2007.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

De conformidad con lo establecido en el artículo 12.2 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

### **SEGUNDA.-** Contenido y procedimiento.

I. El Anteproyecto consta de una Exposición de Motivos, y de 73 artículos, estructurados en un Título Preliminar y 8 Títulos, tres Disposiciones adicionales, una derogatoria y tres finales. Los Títulos son los siguientes: Preliminar (arts 1 a 6); Primero: Principios rectores y ámbitos de protección (arts. 7 a 9); Segundo: Derechos relacionados con la promoción de la salud y la asistencia sanitaria (arts. 10 a 20); Tercero: Derechos en relación a la intimidad y la confidencialidad (arts. 21 a 28); Cuarto: Derechos en materia de información y participación sanitaria (arts. 29 a 40); Quinto: Derechos relativos a la autonomía de decisión (arts. 41 a 51); Sexto: Derechos en materia de documentación e información sanitaria (arts. 52 a 60); Séptimo: Deberes de los usuarios (arts. 61 a 63); Octavo: Régimen de protección y garantías (arts. 64 a 73).

II. Procedimiento. De la documentación que ha sido incorporada al expediente resulta que se han cumplido las prescripciones establecidas por el artículo 46 de la Ley 6/2004. Se ha indicado que la afección a las Corporaciones Locales hubiera requerido consultar a las mismas, mas es de observar que consta la consulta realizada al Consejo de Cooperación Local, el cual permite la intervención de los representantes de los entes locales de la Región en todas aquellas decisiones e instrumentos de planificación o programación que les afecten, evitando que se elaboren sin su participación o con desconocimiento de algunas realidades difíciles de apreciar debidamente desde instancias superiores (Exposición de Motivos de la Ley 9/1994, de 30 diciembre). De ahí que el artículo 2.1,a) de la indicada Ley 9/1994, establezca como función de dicho Consejo la de informar sobre los anteproyectos de ley reguladores de los distintos sectores de la acción pública de la Administración regional que afecten al ámbito de competencias de la Administración local.

Es de destacar la cuidada composición del expediente que permite apreciar que se ha cumplido la legalidad material en cuanto al procedimiento, y cómo se ha puesto atención en reflejar adecuadamente los distintos borradores y la razón de las modificaciones introducidas hasta llegar al texto final. Igualmente es elogiable que, a través de las memorias e informes elaborados por la Consejería proponente, se haya realizado un estudio jurídico y económico de superior calado al habitual en este tipo de procedimientos.

**TERCERA. Marco competencial y normativo.**

I. La Constitución Española establece en su artículo 43 que:

*“1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.*

*2. ... La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”.*

Partiendo de este principio material, la distribución territorial de la competencia tiene por ejes, primero, el artículo 149.1.16ª CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre *“sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos”* y, después, el artículo 11. Uno del Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia, que complementa a la CE disponiendo lo siguiente:

*“En el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca, corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en las siguientes materias:*

*1. Sanidad, higiene, ordenación farmacéutica y coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 16 del artículo 149.1 de la Constitución”.*

Con arreglo a ello corresponden al Estado todas las competencias legislativas y reglamentarias sobre sanidad exterior, la competencia legislativa sobre productos farmacéuticos y, en lo que ahora más interesa, la competencia restringida a fijar las bases -es decir, lo fundamental, los aspectos nucleares- del sistema nacional de salud, coordinando la actuación de las Comunidades Autónomas.

En todo lo demás, la competencia sobre sanidad se atribuye ampliamente a las Comunidades Autónomas, y en dicho sector material se ubican sin dificultad los contenidos regulados por el Anteproyecto, porque el acceso a la asistencia médica, con toda su problemática de derechos y deberes, se engloba en tal ámbito competencial.



Aun así, es destacable que el sistema nacional de salud es único, por lo que la competencia autonómica debe compatibilizar con los principios de unidad, solidaridad y autonomía en lo relativo al derecho constitucional a la salud (entre otras, STC 54/90). En efecto, el sistema nacional de salud se configura a partir del art. 43 CE como un dispositivo público de protección social de alcance universal, tanto desde el punto de vista de los beneficiarios (los ciudadanos en su conjunto) como desde el de las acciones administrativas, porque expresamente se encomienda a los poderes públicos la organización y la tutela de la salud pública y la determinación de los derechos y deberes de todos al respecto (art. 43.2 CE). Por otro lado, el contenido de la atención sanitaria comprende acciones de carácter preventivo y reparador a través de las prestaciones y los servicios necesarios (art. 43.2 CE).

Desde el punto de vista de la competencia funcional sobre sanidad, la Constitución Española reserva al Estado sus “*bases y coordinación general*”, debiendo significar que el Tribunal Constitucional viene entendiendo que el concepto de “bases” es más amplio que el de “legislación básica”, ya que este último lo que incluye son potestades ordinariamente normativas, mientras que en el primero (que es el aquí aplicable) pueden estar incluidas normalmente potestades ejecutivas (cfr. SSTC de 28 de enero de 1982, 7 y 28 de abril de 1983, 20 de mayo de 1983 y 28 de junio de 1983).

De acuerdo con lo expuesto, el sistema sanitario y los derechos y deberes de sus usuarios son establecidos, en primer lugar, por lo que la ley ordinaria estatal determine. Así lo fijó el legislador a partir de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, vigente en buena parte de su articulado, extendiendo el derecho a la protección de la salud a todos los españoles y a los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional —disposición concordante con el posterior art. 12 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social— por medio de un sistema de salud basado en una política orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales. Por lo demás, el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones Públicas competentes quedan comprometidas a organizar y desarrollar todas las acciones sanitarias dentro de una concepción integral del sistema sanitario, de tal modo que todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integran el sistema nacional de salud, definido como el conjunto de los servicios de la salud de la Administración del Estado y los servicios de salud de las Comunidades Autónomas.

El contenido del sistema nacional de salud está expresado básicamente en la Ley 16/03, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, aunque conforme a la misma cabría diferenciar, como en todo sistema de protección social, un nivel de cobertura y un nivel de garantía. El nivel de cobertura abarca nueve bloques de prestaciones y servicios (art. 5) con la importante novedad de ser enunciados, por vez primera en el ordenamiento español, en una disposición general de rango de ley, respetuosa con la reserva explícita del art. 43.2, párrafo segundo CE. Por su lado, el nivel de garantía coincide con la que se exige a los poderes públicos en materia de seguridad y calidad de aquellas prestaciones y servicios, para que el ciudadano haga efectivos los derechos a la libre elección de facultativo, a una segunda opinión médica, a la humanización de la asistencia, a la accesibilidad a los centros sanitarios, a la libertad de movimiento por todo el territorio nacional, a la información adecuada, a la prestación sanitaria en tiempo razonable, etc.

II. En relación con el derecho a la intimidad personal y familiar, se habrá de considerar la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter

Personal, que regula el tratamiento de datos personales, en lo que concierne a la protección de los derechos fundamentales de las personas físicas y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar, contemplando expresamente, en su artículo 8, los datos relativos a la salud, disponiendo que las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados, y los profesionales correspondientes, podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad. Los datos relativos a la salud de las personas se consideran especialmente protegidos, estableciendo un régimen singularmente riguroso para su obtención, custodia y eventual cesión en los artículos 7 y 11. No se aprecian en el Anteproyecto contradicciones con tal normativa, a la cual ha realizado las remisiones necesarias (arts. 54 y 55, principalmente).

#### **CUARTA.- Observaciones de carácter general.**

##### **I. Técnica normativa.**

Como en otras ocasiones ha declarado este Consejo Jurídico, con especial intensidad en la Memoria del año 2004, la observación de las reglas más esenciales de técnica normativa no reviste una trascendencia meramente formal o “estética”, pues persigue hacer efectivo el principio de seguridad jurídica consagrado por el artículo 9.3 CE, garantizando la certeza del ordenamiento, como ha tenido ocasión de manifestar el Tribunal Constitucional en su Sentencia 150/1990. En particular, ya es constante la advertencia que efectúa el Consejo Jurídico acerca de los riesgos de la técnica denominada “lex repetita”, práctica consistente en reproducir en un texto legal o reglamentario preceptos o contenidos normativos procedentes de normas de diverso origen (estatales, incluso básicas) o de distinto rango normativo, como ocurre en el caso de los reglamentos ejecutivos de leyes regionales, que incluyen artículos de éstas. En el Dictamen 151/04, con ocasión de un Anteproyecto de Ley que reproduce normas legales básicas, se recoge una doctrina presente ya en nuestros primeros pronunciamientos, para recordar que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 150/1998, ha advertido que la reproducción de derecho estatal en los ordenamientos autonómicos “*además de ser una peligrosa técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad por invasión de competencias en materias cuya regulación no corresponde a la Comunidad Autónoma*”. Esa ausencia de competencia puede salvarse bien mediante la remisión genérica a la norma básica, sin reiterar su contenido, bien mediante las expresiones “de acuerdo con”, “de conformidad con”, u otra similar referida al precepto básico que se reproduzca, o bien, de forma excepcional y como última solución, acudiendo al recurso de citar claramente en el precepto autonómico que su contenido es reproducción de la norma estatal, evitando así una eventual confusión acerca del rango u origen del precepto, debiendo en tal caso efectuar una mera transcripción literal de aquélla. En el mismo sentido, aunque en referencia a disposiciones de rango reglamentario, se expresa el Consejo de Estado en los Dictámenes 44.119, de 25 de marzo de 1982, y 50.261, de 10 de marzo de 1988 (Dictamen de este Consejo Jurídico 91/2005).

El Consejo de Estado en el Dictamen 3.164/1997, de 19 de junio, expuso que “sin negar que en ocasiones la propia redacción de una norma autonómica exige la transcripción literal, total o parcial, de un precepto dictado por el Estado, sin embargo debe procurarse en estos casos poner de manifiesto en la propia norma autonómica el origen del carácter obligatorio de tal previsión normativa. Esta observación es congruente con la posición sustentada por el Tribunal Constitucional, que ha puesto de manifiesto en diversas ocasiones las disfunciones

e incertidumbres que puede producir la trascripción en normas autonómicas de preceptos dictados por el Estado con base en un título competencial propio”.

Tales observaciones son plenamente trasladables al Proyecto que, aunque se encuentra racionalmente estructurado en cuanto a la división formal realizada, incurre en la reiteración de normas básicas estatales. No es una técnica acertada la mera reproducción de preceptos legales básicos —o cuyo contenido pertenece a la competencia estatal— en normas autonómicas, o su inclusión con algunas modificaciones concretas, que, en determinados supuestos, pueden crear confusión en la aplicación posterior. Deben evitarse, por tanto, las incorporaciones de preceptos legales que resulten innecesarias (por limitarse a reproducir literalmente la ley) o que puedan inducir a confusión por crear la apariencia de que se trata de una norma exclusivamente autonómica (por reproducir con matices el precepto legal estatal).

El problema se advierte claramente en la redacción del artículo 42, según el cual toda actuación asistencial *relevante* que afecte a la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y consciente de éste tras recibir la información asistencial necesaria para valorar las opciones propuestas. Este precepto, como ha manifestado el CES en su dictamen, tiene su causa en el artículo 8.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que establece que *“toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”*. Como puede apreciarse, en la regulación contenida en el Anteproyecto se restringe el ámbito del consentimiento informado a las actuaciones asistenciales *relevantes*, limitación que carece de justificación y que no se legitima en las competencias autonómicas, las cuales pueden aportar una mayor garantía o amplitud de los derechos reconocidos con carácter básico, pero no una merma de los mismos. Y, por otra parte, la realidad clínica debe incorporar el pleno cumplimiento de la legislación estatal, no siendo correcto el proceso contrario, es decir, ajustar la norma a la práctica que se desea.

También hay reiteraciones no literales de normativa básica al regular las instrucciones previas (arts. 50 y 51, en relación con el 11 de la Ley 41/2002), reiteraciones no exentas de dificultades. El derecho a la autonomía del paciente fue regulado por la Ley 41/2002 estableciendo en su artículo 11 la regulación del documento de instrucciones previas, remitiendo, para su formalización, a *“lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas”*, salvo en tres puntos: la necesidad de que se formalicen por escrito (apartado 2 del artículo 11); la posibilidad de que en cualquier momento puedan revocarse (apartado 4); y que en la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones (apartado 3) (Dictamen del Consejo de Estado 564/2005). Así pues, la competencia autonómica no alcanza a regular plenamente el instituto jurídico de las instrucciones previas (su contenido, elementos estructurales subjetivos, objetivos, y eficacia), sino sólo el procedimiento que salvaguarde la específica aplicación práctica de las voluntades formalizadas por sus autores y el modo de formalización de las mismas (Dictamen 91/2005, de este Consejo Jurídico). Así pues, en este concreto ámbito se aprecia claramente, primero, la falta de necesidad de definir las finalidades de las instrucciones previas, y, segundo, la inconveniencia de hacerlo en términos, aunque parecidos, diferentes a los de la legislación básica.

Semejantes consideraciones caben respecto a la regulación del derecho a la información sanitaria (arts. 29 a 34), sustancialmente recogido en la Ley 41/2002 (arts. 4 a 6), y respecto

al contenido de la historia clínica recogido en el artículo 53, comparado con el del artículo 15 de la indicada Ley 41/2002.

Así, por tanto, el aspecto del Anteproyecto sobre el que se insiste es el de destacar los posibles inconvenientes que resultan de utilizar la técnica duplicativa consistente en la reiteración de lo que ya se halle establecido en normas emanadas de quien tiene la competencia material, ya que se presta a un margen de inseguridad y error, y siempre queda sometida a la necesidad de atender en su día a las eventuales modificaciones de las normas así “reiteradas” (STC 86/1988, de 3 de mayo, entre otras, y Dictamen del Consejo de Estado 4410/1997, de 23 de octubre de ese año).

Dado que resulta deseable un equilibrio entre las exigencias propias de una correcta técnica normativa y las necesarias seguridad jurídica y facilidad de manejo por parte de los destinatarios finales de la norma, el Anteproyecto sometido a consulta debiera precisar el origen de la regulación proyectada, explicarlo incluso en la Exposición de Motivos, y repasar su articulado para intentar dejar reducido al mínimo imprescindible el número de preceptos estatales reiterados con más o menos fidelidad. En esa línea es una pauta a seguir la exposición del artículo 20.2 que, después de remitir los derechos de los extranjeros a lo dispuesto en la Ley 16/2003 (a la que no reproduce), amplía el ámbito subjetivo de los beneficiarios de esos derechos en el siguiente apartado, que sí introduce un *novum* de entidad suficiente como para figurar en el Anteproyecto.

## II. La potestad reglamentaria.

La Disposición final segunda, en su párrafo primero, establece que, sin perjuicio de las habilitaciones específicas atribuidas al titular de la Consejería de Sanidad en el articulado de la presente ley, el Consejo de Gobierno dictará las normas necesarias para su aplicación. Paralelamente, diversos artículos incorporan previsiones de desarrollo reglamentario sin especificar competencia orgánica: art. 12.3 (elección de facultativo y centro), 14 (segunda opinión), 20.3 (derechos de los extranjeros no empadronados), 53.2 (otro contenido de la historia clínica), 54.2 (conservación de la historia clínica) y 57.2 (informe de alta). Y en otros artículos se atribuye el desarrollo reglamentario a quien sea titular de la Consejería: art. 40.2 (procedimiento para el ejercicio de los derechos de opinión y queja) y artículo 52.8 (sobre la historia clínica), según el cual “*el desarrollo reglamentario de las prescripciones contenidas en el presente Título sobre derechos en materia de documentación sanitaria, tanto en los diferentes aspectos que afectan a la historia clínica como en los relativos a otros informes y documentos clínicos, se realizará mediante Orden de la Consejería competente*”.

Esta última determinación significa que las remisiones al futuro reglamento realizadas por los artículos 53, 54 y 57, ya citados, también atribuyen la competencia al titular de la Consejería, competencia que se ve ampliada a la totalidad del Título VI (Derechos en materia de documentación e información sanitaria, arts. 52 a 60), permitiendo equiparar la potestad reglamentaria de dicho titular de la Consejería, en esta materia, a la que estatutariamente corresponde al Consejo de Gobierno según el artículo 32.Uno, párrafo primero, del EA: “*El Consejo de Gobierno es el órgano colegiado que dirige la política regional, correspondiéndole (...) el ejercicio de la potestad reglamentaria en materias no reservadas por el Estatuto a la competencia normativa de la Asamblea Regional*”.

En principio, al no disponer algo en concreto el EA sobre la potestad reglamentaria de los Consejeros y estar ésta acotada en la Ley 6/2004, procede estar al planteamiento

articulado en la misma. El artículo 52.1 de la Ley 6/2004 refiere la potestad reglamentaria de los Consejeros a las materias de ámbito organizativo interno de la Consejería, mientras que el artículo 38 reitera dicho ámbito material aunque omitiendo el término organizativo. Ambos preceptos regulan una realidad única, el alcance de la potestad reglamentaria de los Consejeros, y, por tanto, deben ser interpretados conjuntamente. Y en los dos artículos, desde luego, cabe apreciar una restricción respecto de la atribución reglamentaria efectuada a favor de los Ministros, pues si a éstos se les faculta en la Ley del Gobierno estatal para regular las materias propias de su Departamento, la ley regional limita aún más dicha potestad, refiriéndola en exclusiva a la esfera organizativa interna. Por ello, la primera consecuencia será que las órdenes emanadas de los Consejeros no podrán tener efectos *ad extra*, para reglar las relaciones de los ciudadanos en general, regulando el ejercicio de sus derechos o imponiéndoles obligaciones. Respecto a los reglamentos domésticos, a su vez, la jurisprudencia distingue dos ámbitos, el puramente organizativo y el de las relaciones de sujeción especial, distinción que parece evocar la terminología utilizada por la Ley 6/2004, aunque refiriéndose únicamente al primero, respecto del cual no hay duda en afirmar la potestad reglamentaria del Consejero.

Respecto de las relaciones de sujeción especial, y aunque la Exposición de Motivos de la Ley regional alude expresamente como modelo inspirador a la normativa estatal que aboga por una interpretación estricta del artículo 97 de la Constitución, la redacción del artículo 52.1 únicamente podría amparar la regulación de aquéllas por los Consejeros si se acoge la acepción más estricta de relación de sujeción especial, es decir, la que, por su intensidad y duración, supone la efectiva integración de los sujetos afectados en la organización administrativa misma, constituyendo relaciones de superioridad y dependencia, que comportan un tratamiento especial de la libertad, de los derechos fundamentales así como de sus instituciones de garantía, y que es necesario regular para garantizar la eficacia y el adecuado funcionamiento de la Administración. Sólo así es posible reconducir la regulación de las relaciones de sujeción especial al ámbito estrictamente organizativo interno de cada Consejería, al que la Ley 6/2004 limita la habilitación reglamentaria del titular de aquélla (Dictámenes 77 y 144/2005). Por otra parte, esta regulación impide las remisiones en bloque a la competencia de los Consejeros, ya que el adverbio específicamente reclama fijación precisa que así lo distinga y apartarse de generalizaciones, en cuanto la atribución específica es la excepción de la regla general que confiere originariamente al Consejo de Gobierno la potestad reglamentaria (Dictamen 17/1998).

Se advierte que el Anteproyecto tiende a separarse de los criterios generales de la Ley 6/2004 al atribuir la competencia al titular de la Consejería, en bloque, respecto a la materia del Título VI, situándola junto al Consejo de Gobierno en la competencia que *originariamente* corresponde a éste, en una materia que, además, está relacionada con el derecho a la intimidad. Nada se puede objetar a que se fije específicamente un ámbito de potestad reglamentaria del titular de la Consejería referido a aspectos no sustantivos de la materia (como se hace en los artículos 40, 53, 54 o 57), pero una remisión tan general como la del artículo 52.8 no puede suscitar consenso, dado el campo tan amplio recogido en el Título VI que, como se ha dicho, se conecta con el derecho a la intimidad a través de la regulación del acceso a la historia clínica (art. 55).

Por todo ello, se concluye en la necesidad de suprimir en el artículo 52.8 la remisión a Orden del titular de la Consejería.

### III. La expresión “poderes públicos”.

De manera acertada y ajustándose a la denominación de la futura Ley, el Anteproyecto residencia en la Administración sanitaria el cumplimiento de las prescripciones en él contenidas (art. 6), al mismo tiempo que, de manera particular, va encomendando a la Administración sin más o a la Administración sanitaria, el velar por la efectividad de los diversos aspectos funcionales que permitan garantizar los derechos enunciados. Así en los artículos 8, 18, 34, 35, 36, 38, 54, 65, etc.

Sin embargo, de manera aislada utiliza la expresión “poderes públicos” encomendándoles velar de forma especial por los derechos relativos a la salud de los menores (art. 16) y la promoción y tutela de los derechos de los usuarios del sistema sanitario (art. 64). Este concepto es más amplio que el de Administraciones Públicas, ya que por éstas debe entenderse, en el ámbito de la Región de Murcia, a la Administración de la Comunidad Autónoma, a las Administraciones locales y a las Entidades de Derecho Público vinculadas a las anteriores. Y por poderes públicos debe entenderse a todos aquellos entes que, de una u otra forma, ejercen potestades públicas (Administración consultiva, corporativa, institucional, poder legislativo, etc.).

La noción de poder público se ha perfilado por el Tribunal Constitucional a los efectos de una eventual revisión de sus decisiones por esa jurisdicción, ya que la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en su artículo 41.2, establece la procedencia del amparo constitucional frente a aquellas lesiones de derechos causadas por la actuación de los poderes públicos. Así, son poderes públicos todos aquellos entes que, actuando dentro del marco constitucional, ejercen un poder de imperio (ATC 35/1980, de 6 de octubre). En Auto 13/1980, de 24 de septiembre, entendió el TC que los Ayuntamientos habían de ser considerados poderes públicos. Otro tanto manifestó (ATC 93/1980, de 12 de noviembre) respecto de los Colegios profesionales, en cuanto entes públicos de carácter corporativo.

En la STC 35/1983, de 11 de mayo, se amplía de modo notable el tradicional concepto de “poder público”, exponiendo el TC que la noción de poderes públicos que utiliza nuestra Constitución (arts. 9, 27, 39 a 41, 44 a 51, 53 y otros) sirve como concepto genérico que incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una mediación más o menos larga, del propio pueblo.

Dada la finalidad de la Ley (usuarios y pacientes del sistema de salud de la Región de Murcia) no parece lógico que de su contenido emanen mandatos dirigidos a otros poderes públicos distintos a la Administración o administraciones sanitarias, en sentido amplio, por lo que debería reconsiderarse el empleo de la expresión en los preceptos citados.

### IV. La inserción en el ordenamiento jurídico.

Además de la modificación que se realiza de la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia (Disposición derogatoria única y final primera), el Anteproyecto, cuando convertido en Ley entre en vigor, afectará a otras normas regionales que, con inferior rango, han adelantado contenidos que hoy se incorporan al mismo.

1) El Decreto 25/2006, de 31 de marzo, desarrolló en el ámbito de las prestaciones, la Ley 16/2003, que había regulado las garantías de seguridad, calidad, accesibilidad, movilidad y tiempo en el acceso a las prestaciones sanitarias. Por lo que se refiere a la garantía

de tiempo, los artículos 4 y 25 de dicha Ley consagran el derecho de los ciudadanos a recibir asistencia sanitaria en su Comunidad Autónoma de residencia en un tiempo máximo, indicando que *“en el seno del Consejo Interterritorial se acordarán los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, que se aprobarán mediante real decreto. Las comunidades autónomas definirán los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco”*. El Gobierno de la Nación aprobó el Real Decreto 605/2003, de 23 de mayo, por el que se establecen medidas para el tratamiento homogéneo de la información sobre las listas de espera en el Sistema Nacional de Salud. Dicha norma establece, con el carácter de regulación mínima, básica y común, un sistema de información en materia de listas de espera, los criterios para una adecuada indicación y priorización de los pacientes en lista de espera, las garantías de la información a facilitar a los ciudadanos y las garantías de información sobre demora máxima en el acceso a determinadas prestaciones de asistencia sanitaria especializada. La delimitación del derecho que se hace en el artículo 11.1.k) —a nivel de reconocimiento— y en el 13 —regulación sustantiva— casa con la reglamentación vigente, a la que cabe entender realizada la remisión del inciso final del último párrafo de este artículo.

2) El Decreto 71/2007, de 11 de mayo, establece el ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en la red sanitaria de utilización pública de la Región de Murcia. La Ley 16/2003, en su artículo 4, establece que los ciudadanos tendrán derecho a disponer de una segunda opinión facultativa sobre su proceso en los términos previstos en el artículo 28.1, el cual establece que las Comunidades Autónomas garantizarán la calidad de las prestaciones y que *“las instituciones asistenciales velarán por la adecuación de su organización para facilitar (...) una segunda opinión en los términos que reglamentariamente se establezcan”*. La delimitación del derecho que se hace en el artículo 11.1.l) —a nivel de reconocimiento— y en el 14 —regulación sustantiva— casa con la reglamentación vigente, a la que cabe entender realizada la remisión del inciso final del último párrafo de éste artículo.

3) El Decreto 80/2005, de 8 de julio, regula las instrucciones previas. Sin perjuicio de lo expresado en esta misma Consideración, apartado I, la regulación del Anteproyecto salvaguarda lo establecido en aquél.

4) El Decreto 26/2005, de 4 de marzo, creó el Consejo Asesor Regional de Ética Asistencial “Dr. D. Juan Gómez Rubí”, como órgano consultivo de participación y asesoramiento de la Administración Regional en materia de ética asistencial. También normó los denominados Comités de Ética Asistencial, órganos al servicio de profesionales y usuarios en el ámbito sanitario, creados en centros hospitalarios públicos o privados para el análisis y asesoramiento de las cuestiones de carácter ético que se suscitan como consecuencia de la labor asistencial, teniendo como objetivo final la mejora de la dimensión ética de la práctica clínica y la calidad de la asistencia sanitaria. En el ámbito privado, la existencia de los Comités de Ética Asistencial tiene carácter voluntario, y los hospitales e instituciones sanitarias privadas que no cuenten con uno propio podrán solicitar asesoramiento a cualquiera de los Comités existentes en la correspondiente Área de Salud.

En esta materia el Anteproyecto se limita a mandar a la Administración sanitaria para que fomente entre los profesionales el interés por los aspectos éticos de la práctica sanitaria, y para que impulse la labor del Consejo Asesor Regional de Ética Asistencial y de los Comités de Ética Asistencial en general (art. 73). Estas prescripciones del Anteproyecto no parecen suficientes para las finalidades que se pretende conseguir. Se indica en la Exposi-

ción de Motivos que la Ley quiere ser el marco general de los derechos de los usuarios, y un derecho es tal en la medida en que se puede hacer efectivo y se consigue hacerlo respetar. No cabe duda de que el componente ético es imprescindible en la práctica de la medicina actual, a la cual presta un apoyo determinante, en particular ante las nuevas situaciones que provocan los progresos de la tecnología y de la biología. Tales progresos tienen un receptor primario, el paciente, cuyos intereses deben tener un tratamiento primordial, siendo ésa la dimensión ética que se debe promover, y la Ley el instrumento normativo adecuado para llevar a cabo tal propósito. Por ello, los Comités Éticos Asistenciales referidos en el Decreto 26/2005 deberían regularse claramente por la Ley, determinándose, al menos, las funciones y composición de los públicos y la necesaria existencia de los privados, respecto a los cuales debería incluirse alguna previsión que permitiera garantizar su funcionamiento; y, respecto de ambos, debiera regularse los casos y modos en que el paciente puede ser oído. Y, finalmente, el Consejo Asesor Regional de Ética Asistencial también debiera ser regulado en la Ley, al menos en sus elementos básicos (carácter, funciones y composición). En ambos casos, habría de remitirse a reglamento el completo desarrollo de las previsiones legales.

Tampoco se refiere el Anteproyecto a los comités éticos de investigación clínica, regulados por el Decreto 58/1998, de 8 octubre, cuando tal actividad se contempla en el ámbito de aplicación de la Ley (arts.4 y 48); su inclusión podría hacer que queden reforzadas las garantías de los ciudadanos.

#### **QUINTA.- Otras observaciones.**

1) En el artículo 1 se dice que la Ley tiene por objeto “definir” el conjunto de derechos y deberes de los usuarios, enfoque no plenamente acertado en cuanto a su inserción en el conjunto normativo, ya que existe una previa definición realizada por la legislación básica estatal. Respecto a ésta, la autonómica, que es de desarrollo, no tendrá una función configuradora primaria, sino de aspectos secundarios o de segundo grado. Por ello, es aconsejable incluir tal salvedad en el inicio del precepto indicando que esa definición se realiza “*en el marco de la legislación básica del Estado y en los términos que la misma establece*”.

2) En el artículo 8 convendría retocar la redacción en su parte final, con el fin de que resulte clara y sin reiteraciones innecesarias.

3) En el artículo 50.4, al regular en el documento de instrucciones previas las que no se tendrán en cuenta, menciona a las que contengan previsiones contrarias a “la buena práctica clínica”, expresión sustitutiva de la empleada por el artículo 11.3 de la Ley 41/2002, que es la “*lex artis*”. Ésta es una expresión que ya ha hecho fortuna en el ámbito del derecho sanitario y que sirve de módulo para determinar la corrección del acto médico. El propio Tribunal Supremo, entre otras, en su Sentencia de 11 de marzo de 1991 (también en las de 10 de octubre de 2000 y 4 de abril de ese mismo año), ya se refería a la misma y señalaba que consiste en aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina —ciencia o arte médico— que tiene en cuenta las específicas características de su autor, de la profesión, la complejidad del acto y la trascendencia vital para el paciente y, en su caso, la influencia de factores endógenos, estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal empleada.

Parece, por tanto, que, con ese amplio concepto de *lex artis*, la expresión “buenas prácticas clínicas” no abarca lo suficiente como para ser homologada a él. Además, cuando nos referimos a la *lex artis* hay cierta seguridad sobre el contenido del concepto, dato que, en



el ámbito jurídico, no puede predicarse de la expresión empleada en el Anteproyecto. Por eso, parece prudente respetar la dicción de la norma básica.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- El Anteproyecto sometido a consulta se encuentra dentro de las competencias de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

**SEGUNDA.**- Dado que resulta deseable un equilibrio entre las exigencias propias de una correcta técnica normativa y las necesarias seguridad jurídica y facilidad de manejo por parte de los destinatarios finales de la norma, el Anteproyecto sometido a consulta debiera precisar el origen de la regulación proyectada, explicarlo incluso en la Exposición de Motivos, y repasar su articulado para intentar dejar reducido al mínimo imprescindible el número de preceptos estatales reiterados con más o menos fidelidad.

**TERCERA.**- Una remisión tan general a la potestad reglamentaria del titular de la Consejería como la del artículo 52.8 resulta excesiva a la luz de la doctrina sobre la materia, y dado el campo tan amplio recogido en el Título VI del Anteproyecto, por lo que, en consecuencia, debiera suprimirse.

**CUARTA.**- Las restantes observaciones, de ser tenidas en cuenta, contribuirían a la mejora del Anteproyecto.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 199/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos en un vehículo de su propiedad.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas, Vivienda y Transportes (2002)**

**Fecha: 10/12/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 23/2008.*

**DICTAMEN 200/08.- Proyecto de Decreto por el que se modifica el Decreto 92/2005, de 22 de julio, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual y su régimen de uso en la Región de Murcia.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 10/12/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Responde el reparto competencial en materia de sanidad al modelo bases más desarrollo, consagrado en el artículo 149 de la Constitución, configurándose el Proyecto sometido a consulta como un reglamento ejecutivo de la normativa básica estatal, a través del cual la Comunidad Autónoma hace efectiva su competencia de desarrollo legislativo en la materia, en el marco de la legislación básica del Estado, sin que se aprecien contradicciones con la misma.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 8 de enero de 2008, la Dirección General de Planificación, Financiación Sanitaria y Política Farmacéutica (en adelante, la Dirección General) propuso la elaboración de un proyecto de Decreto para modificar el 92/2005, de 2 de julio, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual y su régimen de uso en la Región de Murcia. La propuesta iba acompañada de un borrador de Decreto, de una memoria justificativa de legalidad y oportunidad y de un informe de impacto por razón de género. Razona la necesidad de la modificación en prever el sistema de receta electrónica en la gestión de la prestación farmacéutica, de no muy lejana implantación y admitido en el artículo 77 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; también se pretende estrechar los lazos de colaboración entre la Administración sanitaria y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia, según las previsiones del artículo 33 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, del 96 de la Ley 29/2006, ya citada, y de la Disposición adicional segunda de la Ley 3/1997, de 28 de mayo, de Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia.

El 26 de febrero de 2008 se incorporó a las actuaciones una memoria económica realizada por el Servicio Murciano de Salud en la cual se concluye que las modificaciones propuestas no van a suponer un incremento de gasto.

**SEGUNDO.-** Comparecieron en el trámite de audiencia las siguientes organizaciones y entidades:

— El Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia, cuya Junta de Gobierno, en sesión celebrada el 6 de febrero de 2008, acordó por unanimidad mostrar su conformidad con el texto remitido.

— La Asociación Empresarial de Oficinas de Farmacia de la Región de Murcia expuso 4 observaciones al texto, solicitando, principalmente, que el concierto previsto con el Colegio Oficial de Farmacéuticos se formalice igualmente con ella (19 de febrero de 2008).

— La Asociación Empresarial de Farmacéuticos de Cartagena y Comarca, en escrito de 16 de abril de 2008, muestra su conformidad con el Proyecto, aunque reivindica, con

carácter general, que se le conceda participación en las actuaciones de la Administración sanitaria en todos los asuntos que les afecten.

**TERCERO.-** El Consejo de Salud de la Región de Murcia, en sesión celebrada el 19 de febrero de 2008, informó favorablemente el Proyecto.

**CUARTO.-** El informe del Servicio Jurídico de la Consejería (28 de marzo de 2008), además de argumentar la adecuación a derecho del Proyecto, contiene una valoración de las alegaciones realizadas por la Asociación Empresarial de Oficinas de Farmacia de la Región de Murcia, indicando las razones por las que sólo se aceptó la realizada a la redacción del nuevo artículo 10 del Decreto 92/2005. El Vicesecretario informó favorablemente el Proyecto el 30 de marzo de 2008.

**QUINTO.-** Sometido el texto a la Dirección de los Servicios Jurídicos, se informó favorablemente por ese centro el 29 de mayo de 2008, tras lo cual, ordenada la consulta (11 de septiembre de 2008), fue elaborado el texto definitivo del Proyecto y conformado el expediente con los requisitos reglamentarios, teniendo entrada aquélla en el registro del Consejo Jurídico el 15 de septiembre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### CONSIDERACIONES

#### PRIMERA.-Carácter del Dictamen.

El Dictamen ha sido solicitado con carácter preceptivo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), al considerarlo un Proyecto de disposición general dictado en desarrollo de legislación básica del Estado.

Ya destacó este Consejo Jurídico en el Dictamen 77/2005 (referido al proyecto del Decreto 92/2005) que cabe estimar que el Proyecto de Decreto puede ser incardinado en el supuesto del artículo 12.5 LCJ, pues constituye un desarrollo de la regulación contenida en el artículo 57 de la Ley 16/2003, antes citada, el cual, de conformidad con la Disposición final primera, apartado 1, de la misma, tiene carácter de norma básica al haber sido dictada en ejercicio de las competencias que el artículo 149.1.1ª, 16ª y 17ª CE atribuye en exclusiva al Estado en materia de bases y coordinación general de la sanidad y régimen económico de la Seguridad Social.

Asimismo comparte este carácter el Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual, por así venir establecido en su Disposición final primera, según la cual dicho reglamento ejecutivo se dicta al amparo del citado artículo 149.1, 1ª, 16ª y 17ª de la Constitución Española, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 57 de la Ley 16/2003.

Así lo confirma además el contenido material de dichos preceptos, pues la Ley 16/2003 tiene por objeto el establecimiento del marco legal para las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas Sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias (artículo 1), finalidad que orienta la interpretación de todos sus preceptos, incluido el artículo 57. De forma más específica, éste, tras reconocer las competencias de gestión de la tarjeta sanitaria individual que corresponde a cada Comunidad Autónoma dentro de su ámbito territorial respectivo, precisa que *“las tarjetas incluirán, de manera*

*normalizada, los datos básicos de identificación del titular*”, apuntando así el carácter homogeneizador de la norma. Calidad o condición que se aprecia aún con mayor intensidad en el Real Decreto que la desarrolla, cuando afirma la validez de la tarjeta emitida por cualquier Administración sanitaria en todo el Sistema Nacional de Salud (artículo 2); fija unos datos básicos comunes y normalizados que habrán de contener todas las tarjetas, las cuales estarán vinculadas a un código de identificación personal único para cada ciudadano en el Sistema Nacional de Salud, independientemente de la Administración emisora de la tarjeta (artículo 3); y crea una base de datos de población protegida del Sistema Nacional de Salud, que recoja la información básica de los usuarios y que actuará como sistema de intercambio de información entre las Administraciones sanitarias (art. 5).

Es posible, por tanto, apreciar que la regulación contenida en las normas desarrolladas comparte la condición de normativa básica, por lo que el Dictamen resulta preceptivo en virtud de lo dispuesto por el artículo 12.5 LCJ.

#### **SEGUNDA.- Procedimiento y contenido.**

I. El procedimiento de elaboración del Proyecto ha seguido, en líneas generales, lo establecido en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia (Ley 6/2004). No obstante, ha de observarse que el precepto citado exige que al Proyecto se acompañe una memoria económica del coste a que dará lugar la entrada en vigor de la futura norma. Sin embargo, el expediente sólo contiene una declaración de ausencia de incremento de gasto. El Consejo Jurídico se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre este aspecto fundamental de la tramitación de las disposiciones de carácter general, indicando que el requerimiento legal es que se fije *el coste, no “el mayor coste”* a que dará lugar. Entiende el Consejo Jurídico que estos documentos no debieran limitarse a pronunciamientos como el presente, siendo conveniente que se expliciten los costes estimados, aunque sean escasos, con independencia de que originen o no mayores gastos de los que serían atendibles con los créditos ya consignados presupuestariamente (Dictámenes 32/2000 y 77/2005, entre otros).

II. El Proyecto comienza con una amplia exposición de los motivos que aconsejan la publicación de la norma, que se estructura en un artículo único dividido en dos apartados: el primero introduce en el Decreto 92/2005 un nuevo artículo, el 10, para prever la necesidad de presentación de la tarjeta sanitaria en la dispensación de medicamentos prescritos mediante receta electrónica; el segundo agrega una nueva Disposición adicional, la tercera, sobre colaboración de la Administración sanitaria y el Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia. La Disposición final única determina la entrada en vigor del precepto al día siguiente de su publicación.

#### **TERCERA.- Sobre el apoyo competencial del Proyecto.**

Como ya destacara el Consejo Jurídico en el Dictamen 77/2005, antes citado, a cuya Consideración Segunda procede remitirse, el Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia atribuye a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución en materia de Sanidad, higiene, ordenación farmacéutica y coordinación hospitalaria en general, incluida la de la Seguridad Social, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1.16ª de la Constitución, es decir, en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca. Nos encontramos, en definitiva, ante una competencia de la Comunidad Autónoma que se verá limitada en sus facultades normativas por las bases fijadas por el Estado, entendidas como *“el común denominador normativo necesario para*

*asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias (TC S 48/1988, FJ 3). Esto es, un marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional (TC S 147/1991), dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad —ya que con las bases se atiende más a aspectos estructurales que coyunturales (TC S 1/1982, FJ 1)—, a partir del cual pueda cada Comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto (TC SS 223/2000, FJ 6; y 197/1996, FJ 5)” (Sentencia del Tribunal Constitucional 1/2003, de 16 de enero, FJ 8). Responde el reparto competencial en materia de sanidad al modelo bases más desarrollo, consagrado en el artículo 149 de la Constitución, configurándose el Proyecto sometido a consulta como un reglamento ejecutivo de la normativa básica estatal, a través del cual la Comunidad Autónoma hace efectiva su competencia de desarrollo legislativo en la materia, en el marco de la legislación básica del Estado, sin que se aprecien contradicciones con la misma.*

**CUARTA.- Sobre el contenido.**

Tal y como se plantea en el expediente y se recoge en el Proyecto, tanto el artículo 33 de la Ley 16/2003 como el 96 de la Ley 29/2006, se refieren a la colaboración entre la Administración sanitaria y las oficinas de farmacia, el primero para garantizar a los ciudadanos la dispensación de medicamentos en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional y, el segundo, para la adquisición y suministro de medicamentos y productos sanitarios de las estructuras y servicios de titularidad pública integrados en el Sistema Nacional de Salud. Ambos coinciden en el empleo del término concertación, el segundo con más propiedad que el primero (artículo 253, c) de la Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público) y, en tal sentido, puede ser acogido en el Proyecto, que no desconoce la distinción, ya que emplea el término convenio (o acuerdo) para referirse a la colaboración al margen de los ámbitos concretados por los precepto que se citan.

Paralelamente, aunque en tales preceptos la colaboración se predica entre la Administración y las oficinas de farmacia, el Proyecto se decanta por la mediación entre aquélla y éstas del Colegio Oficial de Farmacéuticos de la Región de Murcia (impropiamente llamado, en ocasiones, Corporación Profesional Farmacéutica), opción que encaja entre los cometidos del mismo, a tenor de lo previsto en los artículos 2 y 7 de la Ley 6/1999, de 4 noviembre, de Colegios Profesionales de la Región de Murcia. Partiendo de que éstos son corporaciones de Derecho público, con personalidad jurídica propia y con plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, se le asignan, entre otros, ordenar el ejercicio de la profesión, representar y defender los intereses generales de la misma, velar para que la actividad profesional se adecue a los intereses generales, y colaborar con las administraciones públicas en la Región de Murcia en el ejercicio de sus competencias. La concertación que prevé el Proyecto concuerda con tales naturaleza y fines y, al mismo tiempo, los propios estatutos colegiales establecen que corresponde a la Corporación la representación y defensa de la profesión (artículo 5.1 de los Estatutos, publicados en el BORM nº 259, de 10 de noviembre de 2005).

Por tanto, desde los ángulos considerados no hay inconveniente jurídico para que el Proyecto pueda ser elevado a la consideración del Consejo de Gobierno.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Que, de conformidad con lo expresado en el presente Dictamen, la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia dispone de competencia para la aprobación del Decreto proyectado, que puede ser elevado a la consideración del Consejo de Gobierno.

No obstante, V.E. resolverá.

### **DICTAMEN 201/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 10/12/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*Como recoge la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 10 de noviembre de 2006, “una cosa es lo ideal, lo que desearía cualquiera y es, como hemos dicho, que exista un Hospital a escasos kilómetros de cualquier vivienda y que haya una UVI móvil esperando a cinco o seis kilómetros de cualquier lugar y otra que eso sea factible”.*

#### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 6 de octubre de 2001 (de certificación en la Oficina de Correos en Cartagena), x , y z, presentan reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud y a la compañía aseguradora del ente público, por los siguientes hechos según relatan:

El día 6 de octubre de 2000, entre las 5 y 5,05 horas de la madrugada, x sufrió una crisis cardíaca por lo que se procedió a llamar al teléfono de urgencias 061, solicitando una UVI móvil. Como la ambulancia no llegaba al domicilio volvieron a insistir una y otra vez, desesperados, llegando finalmente a los 35 minutos de la primera llamada y pese a los esfuerzos del equipo médico, cuya profesionalidad elogian, todo fue inútil, pues ya era demasiado tarde.

Exponen que han tenido conocimiento de que para Cartagena y pedanías sólo existe una UVI móvil, siendo insuficiente para una población tan extensa.

Imputan el daño alegado no a los profesionales que atendieron al paciente, sino a la tardanza y a la falta de vehículos sanitarios, y solicitan una cuantía indemnizatoria de 13.707.169 pesetas (82.573 euros), en aplicación del baremo de indemnizaciones por accidentes de tráfico correspondiente al año 2001.

**SEGUNDO.-** A requerimiento del INSALUD el 2 de febrero de 2001, los reclamantes presentan escrito para acreditar su relación de parentesco con el finado, aportando el

certificado médico de defunción, y las partidas literales de matrimonio y de nacimiento de sus hijos.

**TERCERO.-** Solicitado el historial médico y los partes de asistencia a la Gerencia de Atención Primaria del 061, se remiten por su Director Médico al órgano instructor, en la que consta la hoja de pedido de la ambulancia con los siguientes datos:

*“Tipo de llamada: llamada de emergencia sanitaria.*

*Fecha 6/10/00, 5,06.*

*Calle x.*

*Infarto, tiene marcapasos, inconsciente, padece del corazón”.*

Los anteriores datos se completan con un informe sobre las distintas llamadas y órdenes cursadas (folio 25) y otro del médico de la UME de Cartagena, que estaba de guardia aquel día, y que expone:

*“Nos comunicaron el aviso sobre las 5,10 h. y llegamos al domicilio a las 5,23 h. encontrándonos a un paciente en parada cardiorrespiratoria y con electrocardiograma compatible con fibrilación ventricular y se procede a su desfibrilación, tras lo cual pasa a electrocardiograma plano de asistolia y se procede a resucitación cardiopulmonar avanzada de asistolia y tras 18 minutos sin respuesta y con signos evidentes de muerte se certifica la misma”.*

También figura la historia clínica de la asistencia, en la que se hace constar que la hora de llegada fue las 5,23, con las anotaciones del citado facultativo sobre la exploración, evolución, tratamiento y procedimientos (folio 27) de la que destacamos, además, el siguiente juicio clínico: *“muerte súbita. Probable arritmia mortal (FV)”.*

**CUARTO.-** El 15 de enero de 2002, se emite el correspondiente informe por la Inspección Médica en el que, tras valorar los hechos y la documentación, alcanza las siguientes conclusiones:

1ª) Que los servicios de urgencias llegan al domicilio del paciente a las 5:23, es decir, 15 minutos después de la primera llamada de aviso.

2ª) Que no puede afirmarse que existiera demora en la atención del paciente, habida cuenta que el espacio horario entre la recepción de la llamada y la asistencia en el domicilio fue de 15 minutos, tiempo aceptable de atención para este tipo de patologías tratadas a domicilio.

**QUINTO.-** Previa petición de los reclamantes de información al INSALUD sobre el procedimiento de responsabilidad patrimonial, el Servicio Jurídico de la Consejería competente en materia de sanidad le comunica a los interesados el 14 de febrero de 2002 (registro de salida) que, tras las transferencias de las competencias en materia sanitaria a la Administración regional por RD 1474/2001, de 27 de diciembre, corresponde al Servicio Jurídico del Servicio Murciano de Salud la tramitación de los expedientes pendientes de resolución, y que se encuentran a la espera de recibir la correspondiente documentación para continuar con ella.

**SEXTO.-** Con fecha 20 de febrero de 2002 se otorga trámite de audiencia a la aseguradora del ente público y a los reclamantes, que presentan alegaciones el 18 de marzo siguiente (certificación en la Oficina de Correos), en las que exponen:

1. La actuación de los profesionales que atendieron al paciente fue correcta, pero no el 061 que provocó que los facultativos llegaran tarde al domicilio sin justificación.

2. De acuerdo con los partes de asistencia es seguro que en 16 minutos la ambulancia no llegó.

3. La ambulancia hubiera pasado de largo si no es porque una de las hijas la esperaba en la puerta del restaurante donde se le había indicado por teléfono.

4. Cuestionan el dato de que la ambulancia llegara a los 15 minutos, manifestando que tardó 35 minutos, después de la primera llamada, sin motivo alguno.

5 Por último, se muestran disconformes con la aseveración de la Inspección Médica de que sea aceptable un tiempo de 15 minutos para la asistencia a domicilio.

Finalmente, x, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos, propone que se aporten todos los partes de asistencia de la ambulancia en Cartagena desde las 00,00 horas hasta las 6,17 minutos del día 6 de octubre de 2000, y el dato del número de ambulancias (UVI móvil) que tiene adscrito el 061 de Cartagena, en la fecha en que se produjo el fallecimiento.

**SÉPTIMO.-** La propuesta de resolución, de 28 de octubre de 2002, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto los tiempos consignados en los registros informáticos no permiten afirmar la demora injustificada sino, por el contrario, que el Servicio de Urgencias de atención a domicilio actuó en un tiempo razonable. También sostiene que los reclamantes no han probado, en el caso de que la UVI móvil hubiera acudido en un lapso de tiempo inferior, que el paciente no hubiera fallecido. Con independencia de lo anterior, de acuerdo con los informes obrantes en el expediente, señala que la actuación del 061 fue adecuada a las exigencias de la *lex artis*.

**OCTAVO.-** Recabado el Dictamen del Consejo Jurídico el 7 de noviembre de 2002 (registro de entrada) acompañando el expediente administrativo, fue objeto del Acuerdo 25/2002, adoptado en la sesión del 11 siguiente, en el que se solicitaba a la Consejería de Sanidad y Consumo la compulsión de los documentos remitidos con suspensión del plazo para su emisión.

**NOVENO.-** Transcurridos más de 5 años desde la actuación precedente, el 9 de julio de 2008 se recibe un escrito del Secretario General Técnico del Servicio Murciano de Salud, señalando que el precitado Acuerdo del Consejo Jurídico pudo haber sufrido un extravío en el momento de su remisión, al no tenerse conocimiento del mismo, solicitando copia del expediente. Por escrito de 9 de julio de 2008, el Letrado-Secretario General del Consejo Jurídico remite escrito al Servicio Murciano de Salud, acompañando copia del oficio en el que consta la recepción del Acuerdo 25/2002 por la Consejería consultante.

**DÉCIMO.-** Con fecha 15 de julio de 2008 se remite la documentación compulsada a efectos de que se emita el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.



El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

**SEGUNDA.- Legitimación y plazo.**

Los reclamantes, en su condición de viuda e hijos del fallecido- usuario del servicio público sanitario, ostentan la condición de interesados y están legitimados para ejercitar la presente acción de reclamación, a tenor de lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP.

Si bien los hechos que motivan la presente reclamación se produjeron cuando el Servicio al que se atribuye el daño dependía de la Administración General del Estado, sin embargo, tras el traspaso de funciones y servicios en materia de asistencia sanitaria por Real Decreto 1471/2001, de 28 de diciembre, cabe sostener la legitimación pasiva de la Administración regional, dando aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas por este Consejo Jurídico en el Dictamen 65/02.

En cuanto al plazo, el Consejo Jurídico coincide con la propuesta de resolución en que la acción se ha ejercitado dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC, teniendo en cuenta que el fallecimiento de x se produjo el 6 de octubre de 2000, conforme al certificado de defunción (folio 4), y la reclamación se presentó el 6 de octubre del año siguiente (2001), en el último día del año para su ejercicio.

**TERCERA.- Procedimiento y medios de prueba.**

En cuanto al procedimiento seguido, que ha de ajustarse a lo previsto en la LPAC y RRP para la tramitación de este tipo de reclamaciones, el Consejo Jurídico formula las siguientes observaciones:

1ª) La exagerada duración del procedimiento (más de 7 años), que ha superado ampliamente el plazo de seis meses previsto en el artículo 13.3 RRP, es injustificable en todo caso, aun cuando fuera uno de los expedientes que se vieron afectados por el proceso de transferencias en materia sanitaria de la Administración General del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, y se extraviara en la Consejería consultante nuestro Acuerdo 25/02, recaído con anterioridad sobre el mismo expediente, en el curso de las actuaciones administrativas, según refiere el Secretario General del Servicio Murciano de Salud. Esta tardanza denota un funcionamiento anómalo de los servicios públicos (artículo 41 LPAC) y va en detrimento de los criterios de eficiencia, celeridad e impulso de oficio que deben inspirar la actuación administrativa, que son claramente incompatibles con los retrasos que se advierten en la presente tramitación.

En cualquier caso, aun cuando haya transcurrido tan largo plazo desde que se ejercitó la acción de responsabilidad patrimonial, y el sentido del silencio administrativo sea de carácter desestimatorio (artículo 13.3 RRP), dicha circunstancia no exime a la Administración de su deber de resolver expresamente, según establecen los artículos 42.1 y 43.4,b) LPAC.

2ª) De otra parte, no consta que haya sido cumplimentada la prueba solicitada por la parte reclamante en el escrito de alegaciones presentado el 18 de marzo de 2002 (folio 38), que demandaba que se incorporaran al expediente los partes de asistencia del 061 desde las 00,0 horas a las 6,17 horas del día 6 de octubre de 2000, así como el número de vehículo de UVI móvil disponible en relación con Cartagena y su comarca; tampoco que fuera rechazada por el órgano instructor por considerarla manifiestamente improcedente o innecesaria (artículo 80.3 LPAC).

Alcanzado este estadio en la tramitación del expediente, el Consejo Jurídico considera que recomendar a la Consejería consultante que retrotraiga las actuaciones para que resuelva lo procedente sobre la prueba solicitada carece de sentido por dos razones: por el tiempo transcurrido en relación con la conservación de las actuaciones administrativas, y porque la resolución de la cuestión de fondo planteada por la reclamación no se encuentra condicionada por la aportación de la documentación solicitada por los interesados.

**CUARTA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.**

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce “el derecho a la protección de la salud”, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
- b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Veamos los principios expuestos, aplicados al presente expediente de responsabilidad patrimonial.

En el supuesto que nos ocupa, los reclamantes achacan el daño no a la actuación de los profesionales que atendieron al paciente, sino a la tardanza en la llegada al domicilio de una UVI móvil, debido a la falta de vehículos sanitarios en aquella fecha en Cartagena y su comarca.

Para valorar la corrección de la asistencia sanitaria prestada en el presente caso hay que tomar en consideración la cronología de los hechos probados:

— La llamada para la atención domiciliaria de x fue registrada a las 5,06 horas de la madrugada del día 6 de octubre de 2000, según el Parte de pedido adjunto (folio 24), que viene a coincidir, aproximadamente, con la hora en la que los interesados relatan en su escrito de reclamación que el paciente sufrió una crisis cardíaca. Del aviso telefónico se recoge documentalmente: “*infarto, tiene marcapasos, inconsciente y padece del corazón*”. La dirección que se anota es calle ---- (Cartagena).

— Los servicios de urgencias (UVI móvil) llegan al domicilio del paciente en -- a las 5,23 minutos, es decir, 17 minutos después de la primera llamada de aviso por los familiares, según se consigna en el parte de asistencia (folio 27), corroborado por la hoja de pedido adjunto (folio 25), en la que se constata que las llamadas cesan a las 5,22 horas.

En consecuencia, las imputaciones realizadas por los reclamantes, negando que la ambulancia medicalizada llegara al domicilio familiar a las 5,23 horas y señalando que su duración fue de 35 minutos a partir de la primera llamada, se encuentran expresamente contradichas por la documentación expuesta, que acredita que la hora de llegada de la ambulancia al domicilio fue a las 5,23 horas. A mayor abundamiento, si el médico de la UME que atendió al paciente en el domicilio familiar, cuya actuación no ha sido cuestionada por los reclamantes, consigna en la hoja de asistencia (folio 27) que procedió a la resucitación cardiopulmonar avanzada de asistolia y, tras 18 minutos sin respuesta y con signos evidentes de muerte, se certifica la misma a las 5,41 horas, es imposible que la ambulancia tardara en llegar al domicilio familiar 35 minutos desde la primera llamada, como sostienen los reclamantes en el escrito de alegaciones, pues en tal caso no se podrían haber realizado las maniobras médicas durante 18 minutos hasta que se produce su fallecimiento (5,41 horas), coincidente con la hora que consta en el certificado de defunción aportado al expediente (folio 4).

En consecuencia, no han quedado probadas dichas imputaciones, y tampoco se ha acreditado por los reclamantes, a quienes incumbe en virtud de lo dispuesto en el artículo 217 LEC, que dicha tardanza supusiera una pérdida de oportunidad para la curación del paciente, en tanto, según relata el facultativo que le atendió, se produjo una muerte súbita por probable arritmia mortal.

Sobre la duración de la llegada al domicilio de la UVI móvil (17 minutos) y si dicho tiempo es o no razonable, resulta evidente que en sentido abstracto y general siempre será mejor una disponibilidad de medios mayor en el servicio de ambulancias medicalizadas, pues con ello se mejora la atención sanitaria y se disminuye el riesgo para la salud de los ciudadanos; pero en el presente caso se trata de examinar si, a la vista de los hechos acreditados en el expediente, existe relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado. De otra parte, tampoco puede el Consejo Jurídico determinar si se podría haber reducido el tiempo de llegada, pues depende de la concurrencia de varios factores (distancias, disponibilidad de la UME móvil, etc.) ya que, como recoge la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 10 de noviembre de 2006, “*una cosa es lo ideal, lo que desearía cualquiera y es, como hemos dicho, que exista un Hospital a escasos kilómetros de cualquier vivienda y que haya una UVI móvil esperando a cinco o seis kilómetros de cualquier lugar y otra que eso sea factible*”.

En sentido contrario no se ha acreditado por los reclamantes que el tiempo de la asistencia domiciliaria fuera desproporcionado (informe de la Inspección Médica), ni que incidiera

en la posibilidad de la recuperación del enfermo, atendiendo, además, al diagnóstico de muerte súbita.

Por tanto, lo relevante en el presente caso es que el resultado dañoso (fallecimiento del marido y padre de los reclamantes) no se puede imputar a la actividad sanitaria, sino a la evolución de la dolencia cardíaca y a la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos. En consecuencia, se desprende la ausencia de antijuridicidad del daño y la falta de acreditación del nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el resultado fatal que tuvo lugar, al haberse activado y puesto a disposición del paciente los medios disponibles en aquel momento. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 10 de octubre de 2001.

Por último, la cuantía indemnizatoria reclamada no aparece justificada, en tanto atribuye el daño en su totalidad (el fallecimiento del paciente) a la actuación sanitaria, cuando, en congruencia con las imputaciones realizadas, debería circunscribirse a la pérdida de oportunidad. De otra parte, la cuantía de la indemnización no se calcula en referencia al día en que se produjo el fallecimiento del paciente (año 2000), según exige el artículo 141.3 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución que desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria, por no concurrir los requisitos que determinan su existencia. No obstante, se traslada a la Consejería consultante las observaciones sobre la tramitación del expediente, contenidas en la Consideración Segunda del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- La cuantía indemnizatoria solicitada no aparece justificada.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 202/08.- Reconocimiento de obligaciones contraídas por los trabajos selvícolas preventivos contra incendios forestales realizados por la empresa “---” S.A., durante el mes de octubre de 2007, con omisión del trámite de fiscalización previa.**

**Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)**

**Fecha: 15/12/08**

### **Extracto de Doctrina**

*La redacción del acuerdo a adoptar por el Consejo de Gobierno no señala con suficiente claridad que este órgano debe limitarse a autorizar a la Consejería gestora el reconocimiento de la obligación económica dimanante de la ejecución de los trabajos objeto del contrato, por que tal como viene señalando este Consejo Jurídico desde su Dictamen*

10/1998, de 25 de mayo, la resolución del Consejo de Gobierno “debe ser simplemente remover un obstáculo para que la Consejería interesada pueda dar salida al expediente interrumpido, reconociendo la obligación contraída ilegalmente y ordenando su pago. Finalmente resuelve la Consejería, pero debe orientar su actuación en el sentido acordado por el Consejo de Gobierno, único modo de que la orden de pago resultante pueda ser favorablemente fiscalizada”.

### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El 18 de diciembre de 2007, el Director General del Medio Natural remitió al titular de la entonces denominada Consejería de Desarrollo Sostenible y Ordenación del Territorio, un escrito exponiendo que por la empresa ---, S.A. se habían efectuado, durante el mes de octubre de dicho año, los trabajos selvícolas preventivos contra incendios forestales, con omisión de la preceptiva fiscalización previa del gasto, por lo que propone que, al amparo de lo establecido en el artículo 33 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en lo sucesivo, RCIM), se proceda a someter el expediente al Consejo de Gobierno, al objeto de poder realizar el pago de 641.910,58 euros que se adeudan a dicha empresa.

**SEGUNDO.-** A la propuesta se unieron los siguientes documentos:

Memoria explicativa de la omisión de fiscalización, emitida el día 17 de diciembre de 2007, por el Jefe de Servicio de Defensa del Medio Natural, en la que, una vez expuesto en qué consiste el Plan de Protección Civil de Emergencia por Incendios Forestales en la Región de Murcia (Plan INFOMUR), afirma lo siguiente:

*“Durante el año 2007 se han realizado diferentes proyectos para poder sufragar los gastos que se generaban para poder cumplir con el Plan. Una vez finalizada la época de peligro alto y dado que la actividad fundamental en las épocas de peligro medio y bajo conlleva un cambio de Proyecto Presupuestario se confeccionó un nuevo proyecto con cargo a capítulo VI para el mes de octubre de 2007 (peligro medio). No obstante, la reorganización de la Administración Regional, como consecuencia de las pasadas elecciones, originó la división de la extinta Consejería de Industria y Medio Ambiente, y la creación de una nueva Consejería de Desarrollo Sostenible y Ordenación del Territorio y reorganización de sus Órganos Directivos, según Decreto núm. 161/2007, de 6 de julio (BORM de 9 de julio de 2007).*

*Como consecuencia de la lógica reubicación de los Órganos Administrativos se originó un retraso en la tramitación del expediente correspondiente al proyecto ‘Trabajos integrales de selvicultura preventiva y extinción de incendios forestales durante el mes de octubre’ por un importe de 641.910,58 euros.*

*Considerando la situación de los medios humanos actuantes en el monte, la situación de peligro de incendios forestales y lo estipulado por el Plan INFOMUR 2007 respecto al mes de octubre, se optó por continuar con la encomienda a la empresa ---, S.A.”.*

2. Informe del Jefe de Servicio Jurídico de la Consejería consultante, en el que se indica el cauce que se ha de seguir para elevar el expediente a decisión del Consejo

de Gobierno, entre cuyos trámites se señala el preceptivo Dictamen de este Órgano Consultivo.

3. Documento de autorización y disposición del gasto por la cantidad adeudada a ---, S.A. con cargo a fondos consignados en el Capítulo VI del presupuesto de la Consejería correspondiente al ejercicio 2007.

4. El Proyecto de trabajos integrales de selvicultura preventiva y extinción de incendios forestales durante el mes de octubre de 2007, cuya ejecución fue encomendada a ---, S.A..

5. Propuesta de acuerdo que el Consejero de Desarrollo Sostenible y Ordenación del Territorio pretendía elevar al Consejo de Gobierno para que éste autorizara a dicha Consejería a reconocer la obligación por el importe solicitado.

**TERCERO.-** En tal estado de tramitación se remitió el expediente para su informe preceptivo a este Consejo Jurídico que, con fecha 26 de diciembre de 2007, emitió Acuerdo 20/2007, por el que requería a la Consejería consultante para que procediera a completar el expediente mediante la incorporación del informe del Interventor Delegado, tal como preceptúa el artículo 33 RCIM.

Recibido el Acuerdo en la Consejería se recaba informe del Interventor Delegado que es emitido el día 8 de enero, formulando las siguientes consideraciones:

*“PRIMERA: El encargo a la empresa ---, S.A. se ha realizado sin que exista un documento que recoja el acto administrativo previo a la realización del gasto, de aprobación, autorización y disposición del mismo por el órgano competente, así como de la preceptiva fiscalización.*

*SEGUNDA: En el expediente, no consta el acta de replanteo previo, tal y como prevé el art 19.1 de la misma Ley (debe referirse al artículo 129.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de la Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, TRLCAP).*

*TERCERA: En opinión de esta Intervención Delegada, el proyecto que se presenta, a pesar de que explicita la naturaleza de la obra y su peso en el presupuesto, del 89%, lo cual justifica la imputación presupuestaria propuesta (capítulo VI), adopta un formato propio del contrato de servicios en muchos aspectos, asociando su coste al tiempo de duración del contrato y número de empleados que constituyen los retenes a contratar; detallándose las tareas a realizar, composición y jornadas a cumplir; y, sin embargo, adolece de una concretización insuficiente de los trabajos de selvicultura preventiva destinados a mantener y mejorar las infraestructuras de defensa contra incendios forestales, en cuanto a unidades de obra y localización específica de las mismas se refiere, lo cual dificulta o imposibilita, a nuestro entender, la comprobación y valoración exacta del cumplimiento del encargo en sus justos términos.*

*Se ha verificado que existe crédito suficiente en la partida que se propone del presupuesto de gastos del ejercicio 2007, la cual es adecuada a la naturaleza del gasto.*

*No obstante, debido a las fechas en las que la propuesta ha tenido entrada en esta Intervención Delegada (28 de diciembre de 2007), y a los trámites necesarios para que este procedimiento administrativo concluya, quedará subordinada la autorización y disposición del gasto a la existencia de crédito adecuado y suficiente en el presupuesto de gastos del ejercicio 2008.*

*Por último, debido a las circunstancias de necesidad de las actividades que se tratan, cuya responsabilidad y competencia ineludibles son de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, esta Intervención Delegada no recomienda la revisión de los actos administrativos a los que se refiere el presente informe, considerando menos perjudicial para la administración de la Comunidad Autónoma la aprobación de los mismos y el cumplimiento de los compromisos adquiridos”.*

**CUARTO.-** Por la Jefa del Servicio Económico y Presupuestario de la Consejería se emite certificado de existencia de crédito adecuado y suficiente, para atender el gasto origen del expediente objeto de Dictamen.

**QUINTO.-** Mediante escrito que tuvo entrada en este Consejo Jurídico el día 15 de septiembre de 2008, la Consejería remitió el informe del Interventor Delegado y el certificado de existencia de crédito, al tiempo que reiteraba su solicitud de Dictamen, que, con el número 166/2008, fue emitido el día 20 de octubre del 2008, en el que este Órgano Consultivo, ante la afirmación contenida en el informe del Interventor Delgado sobre la dificultad en la comprobación del grado de cumplimiento por parte de ---,S.A. de los trabajos integrales de selvicultura preventiva y extinción de incendios forestales correspondientes al mes de octubre de 2007, que le fueron encargados por la Consejería consultante, concluyó que, con carácter previo al pronunciamiento sobre el incidente de omisión de fiscalización, resultaba necesario que se incorporara al expediente la documentación que permitiera constatar que la prestación había sido ejecutada y recepcionada de conformidad. A tal efecto, la Consejería consultante debía remitir los siguientes documentos:

a) Documento en el que se hubiera plasmado el reconocimiento y comprobación de los trabajos por un facultativo designado al efecto y distinto del director de los trabajos, según se contempla en el artículo 179.1 del Reglamento General de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

b) La certificación núm. 1 y última a la que se hace referencia en la Orden de retención de crédito y que debió extenderse, según lo previsto en la cláusula sexta del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, para regular el Marco de Utilización del Medio propio instrumental Empresa de ---,S.A..

**SEXTO.-** Recibido el anterior Dictamen en la Consejería consultante, su Secretario General procede, mediante escrito que tuvo entrada en este Consejo Jurídico el día 24 de noviembre de 2008, a remitir la siguiente documentación:

1º. Acta de reconocimiento y comprobación de los trabajos, en la que se afirma que los mismos resultan sensiblemente ajustados al Proyecto.

2º. Certificación núm. 1 y última por un importe líquido de 641.910,58 euros.

3º. Relación valorada de los trabajos ejecutados.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

Según lo establecido en el artículo 12.12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, reguladora de este Consejo Jurídico (LCJ), el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo al versar sobre una propuesta que se proyecta elevar al Consejo de Gobierno sobre el reconocimiento de una obligación económica contraída por la Administración regional, que no fue objeto de la previa y preceptiva fiscalización por la Intervención.

**SEGUNDA.- Procedencia de reconocer la obligación contraída con ---S.A. por la ejecución del contrato “Trabajos integrales de selvicultura preventiva y extinción de incendios forestales durante el mes de octubre de 2007”.**

I. Tal como ha señalado en diversas ocasiones este Consejo Jurídico, el asunto sometido a Dictamen es una manifestación típica de un procedimiento de naturaleza incidental con relación al ordinario de aplicación al presupuesto de las obligaciones contraídas por la Administración regional, procedimiento incidental que se origina con la comunicación que el Interventor realiza a la autoridad que hubiera iniciado el procedimiento ordinario de que se ha observado, en este último, la omisión de un trámite preceptivo, cual es la fiscalización previa del acto de reconocimiento de la obligación. Este procedimiento incidental viene regulado en el artículo 33 RCIM, cuya lectura permite afirmar que, en lo esencial, se ha dado cumplimiento al mismo.

II. En cuanto al fondo del asunto, como ya ha expresado este Consejo Jurídico en anteriores Dictámenes sobre supuestos análogos al presente, las prestaciones efectivamente realizadas por el contratista, han de serle abonadas por más que no se hubieran seguido los trámites formales al efecto, so pena de causar un enriquecimiento injusto a favor de la Administración. Así, en el presente caso, la recepción de los trabajos realizados y la expedición de la certificación, acreditan la conformidad administrativa con las obras realizadas y servicios prestados.

III. A la vista de lo anteriormente expuesto, teniendo en cuenta igualmente que se trata de un único incumplimiento normativo aislado, y que no se propugna la revisión del acto, procede elevar al Consejo de Gobierno la propuesta de acuerdo para que autorice al Consejero a que reconozca la obligación económica dimanante de la ejecución del contrato de referencia.

**TERCERA.- Consideraciones adicionales.**

I. En el acta de reconocimiento y comprobación se manifiesta hallar los trabajos realizados “sensiblemente” (es decir, no exactamente) ajustados al Proyecto, afirmación que entra en contradicción con la relación valorada de las prestaciones efectuadas y la certificación de obra cuyo importe asciende a 641.910,58 euros, cantidad que sí coincide exactamente con el presupuesto de ejecución que se recoge en el Proyecto; contradicción —al menos en apariencia— que debería aclararse antes de elevar la propuesta de acuerdo al Consejo de Gobierno.

II. La propuesta que se desea elevar al Consejo de Gobierno y que aparece al folio 7 del expediente, adolece de los siguientes defectos:

a) Hace constar una fecha y una antefirma erróneas. Deben rectificarse actualizando el año y recogiendo como proponente al Consejero de Agricultura y Agua.

b) La redacción del acuerdo a adoptar por el Consejo de Gobierno no señala con suficiente claridad que este órgano debe limitarse a autorizar a la Consejería gestora el reconocimiento de la obligación económica dimanante de la ejecución de los trabajos objeto



del contrato, porque tal como viene señalando este Consejo Jurídico desde su Dictamen 10/1998, de 25 de mayo, la resolución del Consejo de Gobierno “*debe ser simplemente remover un obstáculo para que la Consejería interesada pueda dar salida al expediente interrumpido, reconociendo la obligación contraída ilegalmente y ordenando su pago. Finalmente resuelve la Consejería, pero debe orientar su actuación en el sentido acordado por el Consejo de Gobierno, único modo de que la orden de pago resultante pueda ser favorablemente fiscalizada*”.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se informa favorablemente la propuesta de autorización para el reconocimiento de obligaciones que se pretende elevar al Consejo de Gobierno.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 203/08.- Proyecto de Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública por la que se desarrolla el artículo 21.7 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, en relación con determinados recursos de derecho público.**

**Consultante: Consejera de Hacienda y Administración Pública (2007)**

**Fecha: 15/12/08**

### **Extracto de Doctrina**

*La adecuada articulación estructural y funcional del régimen autonómico en el marco fiscal estatal que predica la Ley 21/2001, así como la necesaria armonización de las políticas normativas del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de tributos cedidos, incluida su gestión, que también se señala en el citado texto legal, aconseja que el contenido del Proyecto se adecue, en lo que a tributos cedidos se refiere, a las normas estatales relativas a la anulación de liquidaciones tributarias.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 25 de febrero de 2008 la Intervención General de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en lo sucesivo IG), inició el trámite correspondiente para la aprobación de una Orden por la que, en desarrollo del artículo 21.7 del Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia (TRLH), se dispone la anulación y baja en contabilidad de determinadas liquidaciones practicadas en período voluntario, cuya deuda pendiente de recaudar tenga un importe inferior a 6 euros, a cuyo efecto remitió borrador del Proyecto a

la Secretaría General de la entonces denominada Consejería de Hacienda y Administración Pública.

Junto a dicho borrador se envía la siguiente documentación:

a) Propuesta de la IG, en la que se señala que, con amparo en la previsión contenida en el artículo 21.7 TRLH, el Proyecto de Orden tiene como objetivo, en relación con las liquidaciones practicadas en período voluntario, evitar actuaciones recaudatorias que presupongan un nulo provecho para la Hacienda Regional o para el cumplimiento de los fines encomendados a la Administración General de la Comunidad Autónoma, dado que los costes generados por dichas actuaciones son superiores a los recursos que potencialmente pudieran obtenerse.

Se contiene también en este documento el montante por ejercicios (del año 1987 al año 2007, ambos inclusive) de las liquidaciones practicadas en período voluntario, correspondientes a derechos de cobro de naturaleza tributaria y no tributaria de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de las que resulta una deuda pendiente de recaudar por importe inferior a 6 euros.

b) Memoria justificativa, en la que se indica que la necesidad de dirigir y ordenar los medios de todo tipo a aquellas funciones que reporten una mejora de la eficiencia en el uso de los recursos públicos, aconseja que se lleve a cabo la anulación y baja en contabilidad de aquellas liquidaciones correspondientes a derechos de cobro de naturaleza tributaria y no tributaria, de las que resulte una deuda pendiente de recaudar con un importe inferior a 6 euros, con excepción de las originadas por tasas, precios públicos y derechos de cobro que sean resultado de un procedimiento sancionador.

Se señala asimismo que la justificación jurídica del Proyecto se encuentra en el artículo 21.7 TRLH que autoriza a la Consejería de Hacienda para que pueda disponer la anulación y baja en contabilidad de todas aquellas liquidaciones de las que resulten deudas inferiores a la cuantía que estime y fije como insuficiente para la cobertura del coste que su exacción y recaudación representen.

Finalmente, se indica que no se ha considerado necesario someter el proyecto a audiencia pública, ya que la afectación a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos se realiza en un sentido favorable.

c) Estudio económico, en el que el Jefe de División de Dirección, Planificación y Gestión de la Contabilidad de la IG señala que *“las actuaciones administrativas incluidas en el ámbito de la presente Orden son de carácter habitual y su coste se estima en 900 euros, 300 euros corresponderían al análisis funcional de las modificaciones a llevar a cabo en la aplicación informática y 600 euros a la programación, la imputación de dichos coste se realizaría con cargo al artículo 12 del programa 612 C los correspondientes al análisis funcional y al concepto 645 del programa 611 B los correspondientes a la programación”*.

d) Informe de impacto de género, en el que se afirma que dado el carácter eminentemente técnico y procedimental de la norma que se pretende aprobar, se puede concluir en la inexistencia de implicación alguna por razón de género.

**SEGUNDO.-** Con fecha 5 de marzo de 2008 se remitió el borrador de Proyecto a la Agencia Regional de Recaudación (ARR), a la Dirección General de Tributos y a la Dirección General de Informática, con el fin de que pudieran formular las observaciones que estimasen oportunas.

**TERCERO.-** Los organismos consultados atienden el requerimiento y formulan las siguientes observaciones: La Dirección General de Informática señala que el sistema informático está preparado para posibilitar la baja en el sistema de información contable de las liquidaciones inferiores a 6 euros; la ARR considera que la redacción del texto debería clarificarse de modo que se distinga nítidamente entre su objeto y el que regula la Orden de 15 de enero de 2007; y, finalmente, la Dirección General de Tributos indica que no tiene observación alguna que formular.

**CUARTO.-** Las sugerencias de la ARR son asumidas por la IG lo que da lugar a un segundo borrador que somete a la consideración de la Dirección General de Tributos, al tiempo que le solicita se pronuncie acerca de la procedencia de trasladar el Proyecto al resto de Consejerías y organismos que practiquen liquidaciones.

Mediante informe fechado el 9 de mayo de 2008, el citado Centro Directivo formula una serie de observaciones, entre las que destacan aquellas por las cuales se propone que *“...el tratamiento de este tipo de liquidaciones no conlleve en ningún caso su contracción en contabilidad y, en consecuencia, no se realice actuación alguna de notificación exacción a los obligados al pago, sin perjuicio de que deban quedar registradas por su importe en las aplicaciones corporativas de gestión”*.

La IG, acogiendo las sugerencias de la Dirección General de Tributos, elabora un tercer borrador en el que la redacción del artículo 1 varía totalmente, de modo que ahora establece que no se tomará razón en contabilidad de las liquidaciones de las que resulte una deuda pendiente de recaudar inferior a 6 euros, ni se realizará actuación alguna de notificación y exacción a los obligados al pago.

**QUINTO.-** Trasladado el texto a la Dirección General de Presupuesto y Finanzas, para la emisión, en su caso, del informe al que se refiere la Disposición adicional del TRLH, dicho Centro Directivo indica que la aprobación del Proyecto no supondrá ningún coste adicional a los ya presupuestados en el ejercicio.

**SEXTO.-** El Servicio Jurídico de la Secretaría General de la Consejería consultante, con fecha 16 de junio de 2008, emite informe sobre el contenido de la propuesta de Orden, en el que, tras efectuar un pormenorizado y acertado análisis tanto de los aspectos procedimentales como de los materiales que inciden en el Proyecto, formula una serie de observaciones entre las que destaca la relativa a una posible extralimitación en relación con la habilitación legal que se contiene en el artículo 21.7 TRLH, pues el precepto legal autoriza al titular del Departamento con competencias en materia de Hacienda, para que disponga la anulación y baja en contabilidad de determinadas liquidaciones, y, sin embargo, en el Proyecto lo que se contempla es que no se notificarán al obligado al pago ni, en consecuencia, serán exigidas, las liquidaciones practicadas por la Administración Regional cuando el importe a recaudar sea inferior a 6 euros, no tomando razón en contabilidad de las mismas.

**SÉPTIMO.-** La IG, mediante escrito fechado el 8 de septiembre de 2008, envía a la Secretaría General de la Consejería consultante un cuarto borrador del Proyecto en el se han efectuado las correcciones necesarias para ajustar su contenido a los límites al ejercicio de la potestad reglamentaria que se contienen en el artículo 21.7 TRLH, de acuerdo con las observaciones formuladas por el Servicio Jurídico.

Asimismo, y también en cumplimiento de las sugerencias de dicho Servicio, se incorporan al expediente un nuevo estudio económico donde figura el coste económico que supone

la aplicación de la Orden y el modo en que se financiará dicho coste; y se acreditan expresamente las razones de interés público que aconsejan la exclusión del trámite de audiencia.

**OCTAVO.-** Con fecha de registro de entrada de 17 de septiembre de 2008, se ha recabado el preceptivo Dictamen del Consejo Jurídico sobre el Proyecto de Orden, al que se acompaña el expediente administrativo.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

De acuerdo con lo que establece el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre un proyecto de disposición de carácter general dictada en desarrollo de ley.

#### **SEGUNDA.- Procedimiento.**

Como en anteriores ocasiones ha indicado el Consejo Jurídico, si bien el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Presidente y del Consejo de Gobierno, únicamente regula el procedimiento de elaboración de los reglamentos emanados del Consejo de Gobierno, la ausencia de normas específicas para el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de los Consejeros y la remisión que efectúa el artículo 16.2, letra d) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (Ley 7/2004), en cuya virtud los Consejeros ejercen la potestad reglamentaria “*en los términos previstos en la Ley del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia*”, permiten aplicar las normas contenidas en el referido artículo 53 de la Ley 6/2004 a la elaboración de las disposiciones de carácter general que aquéllos dicten.

Examinado el expediente remitido, se aprecia que se han respetado sustancialmente las reglas de procedimiento citadas. No obstante, cabe señalar que se echa en falta una memoria económica en la que se acredite que el coste que genera la exacción de las liquidaciones a las que se refiere el Proyecto, es superior al recurso que pudiera derivarse de las mismas, circunstancia que se afirma repetidamente en la memoria justificativa, pero que se halla huérfana de datos económicos que la avalen.

#### **TERCERA.- Contenido, justificación, habilitación y rango.**

##### **I. Contenido.**

El Proyecto se compone de dos artículos y de dos Disposiciones finales. El texto articulado establece que se anularán y darán de baja en contabilidad todas aquellas liquidaciones practicadas en período voluntario, correspondientes a derechos de cobro de naturaleza tributaria y no tributaria de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, de las que resulte una deuda pendiente de recaudar con un importe inferior a 6 euros, por considerar insuficiente dicha cantidad para cubrir el coste que su exacción y recaudación representan. Quedan fuera de esta previsión las deudas que deriven de tasas, precios públicos y derechos de cobro que sean resultado de un procedimiento sancionador. También se dispone que la Dirección General de Tributos y las distintas Consejerías anotarán las citadas bajas en

contabilidad en el sistema corporativo de información contable SIGEPAL o en el sistema de gestión de ingresos QUESTOR, en función de donde se haya registrado el derecho de cobro. Las disposiciones finales, por su parte, autorizan a la Intervención General a dictar cuantas instrucciones sean necesarias para la aplicación de la norma que se pretende aprobar y fijan para la misma una *vacatio legis* de tres meses.

## II. Justificación.

Tanto en el preámbulo del Proyecto como en la memoria elaborada al efecto, se justifica la iniciativa de la Consejería consultante en la constatación de que el coste que supone la exacción y recaudación de determinadas liquidaciones resulta inferior al beneficio que puede obtenerse con su cobro.

Esta justificación, como se indicaba anteriormente, debería haberse completado con un estudio económico que incluyese el cálculo, aunque fuese estimatorio, del coste que supone para la Administración Regional la recaudación en vía voluntaria de una deuda inferior a 6 euros.

## III. Habilitación legal y rango de la norma.

La habilitación para dictar la presente norma se encuentra en el artículo 21.7 TRLH, de acuerdo con el cual “*se autoriza a la Consejería de Economía y Hacienda para que pueda disponer la anulación y baja en contabilidad de todas aquellas liquidaciones de las que resulten deudas inferiores a la cuantía que estime y fije como insuficiente para la cobertura del coste que su exacción y recaudación representen*”.

El rango de norma que se proyecta aprobar es el adecuado a tenor de lo establecido en el artículo 25.4 de la Ley 7/2007.

En virtud de ambos preceptos, puede considerarse que el titular de la Consejería de Hacienda dispone de la habilitación legal para aprobar el Proyecto que se informa, sin perjuicio de las precisiones que a continuación se hacen respecto del ámbito objetivo de la norma.

## CUARTA.- Análisis jurídico del contenido del Proyecto.

Del tenor del preámbulo y del articulado del Proyecto se deduce que se pretende regular la actividad de anulación y baja en contabilidad de determinadas deudas tributarias y no tributarias, cuya gestión corresponde a la Comunidad Autónoma, cuando se encuentran en período voluntario de recaudación.

Pues bien, en virtud de lo establecido en el artículo 43.1 del Estatuto de Autonomía, corresponde a la Comunidad Autónoma:

- a) La administración de los tributos propios, en sus fases de gestión, liquidación, recaudación e inspección.
- b) Por delegación del Estado, la administración de los tributos cedidos por éste en la forma y límite que señale el acto de cesión.

Por otro lado, el apartado 3 de este mismo artículo faculta al Consejo de Gobierno para colaborar con las Corporaciones Municipales para la recaudación de los tributos propios de éstas.

Son, por lo tanto, tres los tipos de deudas tributarias gestionadas por la Administración regional, con un régimen normativo específico para cada una de ellas, según veremos a continuación:

**—Tributos propios.**

La administración de los tributos propios en todas sus fases —incluida, por tanto, la recaudación—, se ajustará, a tenor de lo establecido en el artículo 16.1 TRLH, al Estatuto de Autonomía, a la propia Ley de Hacienda y a las demás normas de ámbito autonómico que resulten de aplicación.

En lo que respecta al Proyecto que nos ocupa, el análisis de su legalidad se centra en determinar si la regulación efectuada por el mismo, en relación con los tributos propios, se ha ajustado a la previsión contenida en el artículo 21.7 TRLH, precepto que autoriza al Consejero de Economía y Hacienda para disponer la anulación y baja en contabilidad de todas aquellas liquidaciones de las que resulten deudas inferiores a la cuantía que estime y fije como insuficiente para la cobertura del coste que su exacción y recaudación representen. La habilitación, por lo tanto, sólo alcanza a realizar las operaciones descritas respecto de las liquidaciones que reúnan los requisitos que se señalan y, en este sentido, estima el Consejo que el Proyecto supone un adecuado desarrollo normativo del mandato legal, ya que no incurre en exceso reglamentario y se ajusta a las prescripciones de la norma de superior jerarquía.

También se considera respetuosa con la ley habilitante la previsión del Proyecto por la que se excepcionan de las operaciones de anulación y baja en contabilidad a las liquidaciones que tengan su origen en resoluciones de carácter sancionador, tasas y precios públicos. En efecto, la autorización del artículo 21.7 TRLH supone un apoderamiento específico al titular de la Consejería de Hacienda para dictar una norma, en la que destacan, por lo que aquí interesa, dos aspectos. El primero de ellos lo constituye el carácter potestativo del apoderamiento, de tal modo que al establecer el legislador que el Consejero “podrá” está dejando a su criterio el discernir sobre la conveniencia o no de disponer la anulación de liquidaciones; por lo tanto, admitida la posibilidad de que el titular de la potestad reglamentaria pueda legítimamente no hacer uso de la misma, hay que considerar ajustado a los parámetros o límites establecidos en el TRLH el desplegarla sólo respecto de unas liquidaciones y excepcionarlas respecto de otras. El segundo, hace referencia a la razón que justifica la operación permitida por la ley autorizante que, como señala el preámbulo del Proyecto, procede de que la actuación administrativa, incluida la correspondiente a la gestión del sistema tributario, debe regirse por principios de eficacia y eficiencia, lo que obliga a evitar actuaciones que, por un lado, exigen al ciudadano la realización de acciones y, por otro, suponen para la Administración un coste, sin que ambas cosas generen al erario público un recurso efectivo que las justifique. Desde este punto de vista, hay que admitir la legalidad de la medida pretendida por el Consejero, al considerar que el esfuerzo y coste de las operaciones necesarias para la exacción y recaudación de las liquidaciones correspondientes a tasas, precios públicos y derechos de cobro que sean resultado de un procedimiento sancionador sí quedan justificados por las razones que se recogen en el expediente (informe del Director General de Tributos obrante al folio 28).

**—Tributos cedidos.**

El régimen jurídico de la administración de los tributos cedidos, por remisión del citado artículo 43.1.b) EA y del artículo 16.2 TRLH, se encuentra en la ley reguladora de la cesión y, más concretamente, en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de Régimen Común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, a cuyas previsiones se remite el artículo 2 de la Ley 23/2002, de 1 de julio, de régimen de cesión de tributos

del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión. El artículo 19 de la Ley 21/2001 establece que los tributos cuyo rendimiento se cede a las Comunidades Autónomas se regirán por la Ley General Tributaria, la Ley de Derechos y Garantías del Contribuyente (actualmente derogada por la Ley 58/2003, de 17 de diciembre), los Convenios o Tratados internacionales, la Ley propia de cada tributo, las demás disposiciones de carácter general, reglamentarias o interpretativas, dictadas por la Administración del Estado. A su vez, el artículo 49 de dicho texto legal señala que la gestión recaudatoria que realicen los servicios organizados por las Comunidades Autónomas a tal fin, se ajustará a lo dispuesto en la normativa del Estado.

Para el tema que nos ocupa, la normativa estatal a tener en cuenta se concretaba en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1.091/1988, por el que se habilitaba al Ministerio de Economía y Hacienda para que pudiera disponer la no liquidación o, en su caso, la anulación y baja en contabilidad de todas aquellas liquidaciones de las que resultaran deudas inferiores a la cuantía que estimara y fijara como insuficiente para la cobertura del coste que su exacción y recaudación representara (este precepto ha sido sustituido por el artículo 16 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, con una redacción idéntica a la del citado artículo 41.3). El citado Departamento Ministerial, haciendo uso de esta autorización, dicta Orden de fecha 23 de septiembre de 1998 disponiendo que no serán notificadas al contribuyente ni, en consecuencia, exigidas, las liquidaciones practicadas que se refieran a impuestos estatales gestionados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, cuando el importe a ingresar no exceda de 1.000 pesetas, por considerar que el coste de la exacción de éstas supone una cantidad superior al importe exigido. A este requisito cuantitativo se adicionan dos más: Por un lado, que se trate de liquidaciones que rectifiquen autoliquidaciones o declaraciones-liquidaciones que lleven aparejado un ingreso y, por otro, que se considere impropio la apertura de expediente sancionador por los hechos determinantes de la diferencia entre la liquidación administrativa y la autoliquidación o declaración-liquidación practicada por el obligado tributario.

Puesto en relación este régimen jurídico con el Proyecto de Orden que nos ocupa se evidencia que la cuantía fijada en el apartado 1 del artículo 1 no coincide, aunque por poco, con la establecida por la normativa estatal mencionada, y que la previsión anulatoria que se contiene en dicho precepto excede de la que se fija en las disposiciones del Estado, puesto que la norma proyectada extiende su ámbito de aplicación a cualquier liquidación practicada en período voluntario, en tanto que la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda Pública lo limita a las liquidaciones que rectifiquen autoliquidaciones o declaración-liquidación. Y si bien es cierto que estas previsiones normativas se constriñen a los impuestos estatales gestionados por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la adecuada articulación estructural y funcional del régimen autonómico en el marco fiscal estatal que predica la Ley 21/2001, así como la necesaria armonización de las políticas normativas del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de tributos cedidos, incluida su gestión, que también se señala en el citado texto legal, aconseja que el contenido del Proyecto se adecue, en lo que a tributos cedidos se refiere, a las normas estatales relativas a la anulación de liquidaciones tributarias.

#### **—Tributos municipales.**

Haciendo uso de las autorizaciones previstas tanto en el EA como en el TRLH, nuestra Comunidad Autónoma tiene suscrito Convenio con diversos Ayuntamientos de la Región

para la gestión de tributos municipales, respecto de los cuales el artículo 12.1 del Texto Refundido de la Ley de las Haciendas Locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, dispone que “la gestión, liquidación, inspección y recaudación de los tributos locales se realizará de acuerdo con lo prevenido en la Ley General Tributaria y en las demás Leyes del Estado reguladoras de la materia, así como en las disposiciones dictadas para su desarrollo”, por lo que las consideraciones efectuadas en relación con los tributos cedidos son válidas para este supuesto.

#### **QUINTA.- Otras observaciones.**

1ª. Como reiteradamente ha manifestado este Órgano Consultivo, el Título de una norma debe ser indicativo del contenido y objeto de aquella, reflejando con exactitud y precisión la materia regulada, cualidad ésta que no es predicable del que encabeza el Proyecto, pues resulta excesivamente genérico y no contribuye a despejar las posibles confusiones que puedan producirse en relación con la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda, de 15 de enero de 2007.

2ª. Resultaría conveniente recoger en el preámbulo las circunstancias que justifican la no aplicación de la previsión anulatoria del Proyecto en relación con las liquidaciones correspondientes a tasas, precios públicos y derechos de cobro que sean resultado de un procedimiento sancionador.

3ª. A tenor de lo establecido en las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 y publicadas mediante Resolución del Ministerio de la Presidencia del siguiente día 28 (de aplicación supletoria en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma por carecer de normativa propia), los artículos deberán llevar un título que indique el contenido o la materia a la que se refieren (Directriz 28); asimismo, cada una de las disposiciones en que se divide la parte final deben llevar título (Directriz 38).

4ª. Tal como indica el Servicio Jurídico de la Consejería consultante, los reglamentos regionales deben ir acompañados de una disposición derogatoria según exige el artículo 53.5 de la Ley 6/2004, y aunque, al parecer, la norma que se pretende aprobar no afecta a la vigencia de otras anteriores, salvo la duda que el citado Servicio manifiesta en relación con la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda, de 19 de febrero de 2002, resultaría aconsejable incluir en el texto una disposición derogatoria.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

#### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** El titular de la Consejería con competencias en materia de Hacienda cuenta con habilitación legal suficiente para dictar la norma cuyo Proyecto es objeto del presente Dictamen, por lo que, una vez tenidas en cuenta las observaciones que en él se formulan, puede elevarse el Proyecto a la consideración de la Consejera de Economía y Hacienda.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 204/08.- Revisión de oficio del acuerdo de Pleno sobre la aprobación definitiva del proyecto de Modificación de las Normas Urbanísticas y Ordenanzas Reguladoras del P.E.P.R.I.**

**Consultante: Alcalde del Ayuntamiento de Cehegín**

**Fecha: 15/12/08**

**Extracto de Doctrina**

*Respecto a la naturaleza jurídica de los instrumentos de planeamiento (entre ellos los Planes Especiales), el Consejo Jurídico ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto (Memoria correspondiente al año 2004), destacando su naturaleza de normas jurídicas de carácter reglamentario (STS, Sala 3ª, de 30 de julio de 2008), lo que se plasma con plena intensidad en las normas integrantes del Plan, de manera que deben ser publicadas éstas íntegramente para que entren en vigor (artículo 70.2 LBRL).*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 13 de marzo de 2008, el Pleno del Ayuntamiento de Cehegín aprobó definitivamente el Proyecto de Modificación núm. 4 de las Normas Urbanísticas y Ordenanzas del Plan Especial de Protección y Rehabilitación Integral del Conjunto Histórico del municipio (PEPRI en lo sucesivo), según la certificación del Secretario accidental de la citada Corporación, habiéndose recabado durante la tramitación los informes de la Direcciones Generales de Bellas Artes y Bienes Culturales, y de Urbanismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 140, a) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio (TRLSRM), sin que este último se evacuara en plazo.

**SEGUNDO.-** La copia del expediente y el proyecto aprobado definitivamente fueron remitidos a la Dirección General de Urbanismo para su conocimiento y efectos oportunos el 29 de abril de 2008 (registro de la Comunidad Autónoma en Cehegín), por exigencias del artículo 140, c) TRLSRM, que contestó por medio de su titular el 5 de junio de 2008 (registro de salida), en el sentido de instar al Ayuntamiento de Cehegín para que revisara el acuerdo de aprobación definitiva de la Modificación núm. 4 del PEPRI, de conformidad con lo previsto en los artículos 65 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), aprobada por Ley 7/1985, de 2 de abril, y 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), por los siguientes motivos:

1) La redacción del artículo 10.4 de la normativa del PEPRI, sobre criterios de medición de la altura máxima para el caso de solares en esquina, conlleva un incremento de edificabilidad residencial, que no ha sido tenido en cuenta a efectos de lo previsto en el art. 149.2 TRLSRM.

2) La redacción de los artículos 8-10.7 y 9-11.4 de la normativa del PEPRI, al tratarse de una planta independiente de las inferiores y viviendas de una sola estancia, respectivamente, dan lugar a un aprovechamiento residencial directamente relacionado con la densidad de viviendas, que tampoco ha sido tenido en cuenta a efectos del cálculo de dotaciones y que

requiere un incremento de las mismas de acuerdo con el artículo 149.2 TRLSRM, a excepción de las UA C/Tercia y UA C/Poniente y Huerto Ródenas.

3) Se ha de aportar una memoria justificativa del cumplimiento de las condiciones de los Anexos II y III de la Orden de la Consejería de Desarrollo Sostenible y Ordenación del Territorio de 12 de noviembre de 2007, a los efectos de la exclusión del Proyecto del trámite de la evaluación ambiental estratégica.

**TERCERO.-** El Ingeniero de Caminos de la Oficina Técnica del Ayuntamiento emite informe el 1 de agosto de 2008, en el sentido de que procede revisar el acto de aprobación definitiva de la Modificación de la normativa del PEPRI, pero únicamente respecto al artículo 10.4 (apartado 1 del informe citado en el Antecedente anterior) por cuanto:

*“Con respecto al punto 1, el criterio municipal de medición de alturas propuesto en solares de esquina persigue la aplicación de una determinación que sea coherente con la situación actual. La limitación actual de la profundidad de la máxima altura puede dar lugar con el paso del tiempo a la creación de torreones no característicos del casco antiguo. Para evitar esa situación, se ha propuesto el nuevo criterio, que limita a 15 m. de fondo y al límite de la parcela catastral del año 1990, con lo que no es posible realizar agrupaciones de parcelas para obtener una mayor edificabilidad. Desde el punto de vista municipal, la aplicación práctica de este criterio no dará lugar a incrementos de edificabilidad de importancia. No obstante, es cierto que la aplicación de la normativa tal y como está redactada puede generar un aumento de la edificabilidad, y por tanto, como no ha sido cuantificada y no ha sido tenida en cuenta a los efectos del art. 149.2 del TRLSRM, debe revisarse el acto de aprobación definitiva para declarar la nulidad en cuanto a este único aspecto recogido en el art. 10.4. No obstante, el Ayuntamiento debe promover la modificación de este criterio aprovechando la actual redacción del Plan General Municipal de Ordenación Urbana”.*

Respecto al punto 2 del informe de la Dirección General de Urbanismo difiere de que pueda originar incrementos de edificabilidad por cuanto:

*“En referencia al punto 2, hay que poner de manifiesto que no existe ningún incremento de edificabilidad residencial, pues en el caso de las cámaras no se ha modificado nada respecto a la modificación anterior núm. 3, pues para los suelos no incluidos en las unidades de actuación delimitadas en el Plan Especial se mantiene la vinculación de la cámara con la planta inmediatamente inferior; pero aunque se hubiese desvinculado, no habría incremento de edificabilidad ya que la cámara está considerada como una planta más y no como una excepción de la altura máxima. Por otra parte, el hecho de que en los artículos 9 y 11.4 se halla (sic) incluido como excepción la admisión de viviendas de un solo dormitorio, que solo cuenten con local vividero (salón comedor) con vistas y ventilación a vía o plaza pública, no implica un aumento de volumen, y el art. 149.2 del TRLSRM se refiere a que exista un incremento de volumen edificable de una zona residencial que dé lugar a una mayor densidad de población, para que sea preciso la previsión de mayores dotaciones en la misma proporción fijada por el planeamiento”.*

Por último, con respecto al apartado 3 del informe señala que ha de ser remitida la memoria exigida por la Dirección General de Urbanismo.

**CUARTO.-** Por Resolución de la Alcaldía núm. 955/2008, de 6 de agosto, se acuerda iniciar el procedimiento administrativo tendente a la revisión de oficio, por nulidad de pleno

derecho (apartados e y f del artículo 62.1 LPAC), de la Modificación núm. 4 del PEPRI que afecta a las normas urbanísticas y ordenanzas reguladoras, en lo que atañe al artículo 10.4, sobre los criterios de medición de la altura máxima para el caso de solares en esquina, al no haberse tenido en cuenta lo dispuesto en el artículo 149.2 TRLSRM: “*cuando la modificación tendiera a incrementar el volumen edificable de una zona residencial, se precisará para aprobarla la previsión de mayores dotaciones que requiere el aumento de la densidad de población, en la misma proporción fijada por el planeamiento*”.

También se acuerda proveer lo necesario para que, al momento del acuerdo definitivo a adoptar por el Pleno del Ayuntamiento, se declare la conservación de todos los actos y trámites procedimentales llevados a cabo en la modificación de referencia distintos de aquel cuya nulidad se interesa.

Por último, se acuerda otorgar un trámite de audiencia a la Dirección General de Urbanismo, sin que conste en el expediente remitido que hubiera comparecido en plazo.

**QUINTO.-** Solicitado el Dictamen preceptivo de Consejo Jurídico el 17 de septiembre de 2008, se adopta por este órgano, en su sesión de 6 de octubre de 2008, el Acuerdo 16/08 con la finalidad de que el Ayuntamiento complete el expediente con las siguientes actuaciones:

*“1º) No consta la propuesta de acuerdo del órgano instructor sobre el procedimiento de revisión parcial de la Aprobación Definitiva del PEPRI, iniciado por Acuerdo plenario de 6 de agosto de 2008. Además de la Dirección General competente en materia de Urbanismo, no existe constancia en el expediente de interesados en el procedimiento de revisión, a los que habría que otorgar, igualmente, un trámite de audiencia; por ejemplo, aquellos que hayan podido haber obtenido licencia en aplicación de la normativa recientemente aprobada que ahora se pretende revisar (artículo 10.4 de las normas urbanísticas), citados genéricamente el 6 de agosto de 2008 en el requerimiento previo efectuado por el Ayuntamiento de Cehégín al centro directivo competente.*

*2º) Debería aclararse si el nuevo Plan General Municipal de Ordenación del municipio (PGMO), cuya fase de redacción o tramitación no consta en el expediente, incorpora la redacción del artículo 10.4 del PEPRI que ahora se pretende revisar, teniendo en cuenta lo manifestado en tal sentido en el expediente.*

*3º) Igualmente debería indicarse si se ha recibido contestación de la Dirección General competente en materia de urbanismo al requerimiento previo efectuado por el Ayuntamiento y, en tal caso, remitirse también.*

*4º) Por exigencias de la normativa reguladora del Consejo Jurídico de la Región de Murcia que posteriormente se cita, ha de completarse la consulta con el extracto de la Secretaría y el informe jurídico del órgano encargado de la asistencia jurídica interna sobre la nulidad de pleno derecho que se postula.*

*5º) Por último, convendría tener en cuenta que el artículo 102.5 LPAC establece que el transcurso de los tres meses desde la iniciación producirá la caducidad del procedimiento, en el caso de que se haya iniciado de oficio, recomendando al Ayuntamiento consultante, para evitar la caducidad del procedimiento, que adopte, dentro del plazo, la suspensión del mismo por el tiempo que medie entre la nueva petición de Dictamen sobre el fondo del asunto al Consejo Jurídico y la recepción del mismo, en los términos previstos en el artículo 42.5, c) LPAC, decisión que debe comunicarse a los interesados”*

**SEXTO.-** Con fecha 5 de noviembre de 2008 (registro de entrada) se ha recabado de nuevo nuestro Dictamen, mediante Resolución de la Alcaldía núm. 1257/2008, de 21 de octubre, en la que se acuerda atender la petición del Consejo Jurídico para que se complete el expediente, acompañando la documentación solicitada, reiterar la petición de nulidad parcial de la Modificación núm. 4 del PEPRI, conservando la validez en el resto de determinaciones, y acordar la suspensión del procedimiento hasta tanto se emita el Dictamen.

Entre la documentación que se acompaña constan:

- El informe de la Oficina Técnica, de 21 de octubre de 2008, que aclara, por un lado, que no se han otorgado licencias de obras de acuerdo con el artículo 10.4 de la normativa del PEPRI, en la redacción dada por la última modificación, y que la tramitación del nuevo Plan General Municipal de Ordenación se encuentra en fase de Avance.
- El informe jurídico del Secretario Accidental, de 20 de octubre de 2008, informando favorablemente la declaración de nulidad parcial de la Modificación núm. 4 del PEPRI (art. 10.4).
- El escrito del Director General de Urbanismo, de 19 de septiembre de 2008, en contestación al requerimiento efectuado por el Alcalde el 8 de agosto anterior, para que dejara sin efecto el escrito de la misma Dirección de 4 de junio de 2008.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

Corresponde al Consejo Jurídico la emisión de Dictamen preceptivo y determinante en la revisión de oficio de los actos y disposiciones administrativas en supuestos de nulidad de pleno derecho, según establecen los artículos 102, 1 y 2 LPAC, en relación con 62, 1 y 2 de la misma Ley, y 14 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ); y, específicamente, en materia de urbanismo, el artículo 46 del Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal, aprobado por RD Legislativo 2/2008, de 20 de junio, establece que las Entidades Locales podrán revisar de oficio sus actos y acuerdos en materia de urbanismo con arreglo a lo dispuesto en la legislación de régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

La aplicación del régimen general a la revisión de los actos administrativos de las Corporaciones Locales está también prevista en el artículo 53 LBRL, que señala: *“Las Corporaciones locales podrán revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común”*.

Y, finalmente, el artículo 232.1 TRLSRM contempla la revisión de oficio de los planes urbanísticos, indicando que en los supuestos de nulidad se procederá en los términos previstos en el artículo 102 LPAC, previo dictamen favorable del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

#### **SEGUNDA.-** Cuestiones previas.

- 1ª) Sobre el procedimiento y el órgano competente para resolver.

A diferencia del procedimiento para revisar los actos nulos (apartado 1 del artículo 102 LPAC), en el que se recoge la posibilidad de que pueda iniciarse a solicitud de interesados, la redacción actual del apartado 2 del mismo artículo, sobre la nulidad de las disposiciones administrativas, sólo contempla la revisión por iniciativa propia de las Administraciones Públicas. Así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, resultando de interés transcribir la siguiente consideración de la sentencia de 16 de noviembre de 2006:

*“El artículo 102 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con anterioridad a su modificación por la Ley 4/1999, no preveía un procedimiento para la revisión de oficio de las disposiciones de carácter general, cual, sin duda, es un Plan Parcial de Ordenación Urbana (...)*

*Fue precisamente la Ley 4/1999, de 13 de enero, por la que se introdujo, en el apartado 2 del artículo 102 de la Ley (...), la revisión de oficio de las disposiciones generales en los supuestos previstos en el artículo 62.2 de la propia Ley, dejando, sin embargo, muy claro el legislador, en la Exposición de Motivos de esta Ley 4/1999, que esa posible revisión de oficio de las disposiciones generales nulas no opera, en ningún caso, como acción de nulidad.*

*Es decir, si bien, después de la modificación por Ley 4/1999, la Administración Pública tiene potestad para tramitar un procedimiento para la revisión de una disposición general nula de pleno derecho, a que se refiere el artículo 62.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, tal potestad administrativa no supone conferir a los particulares interesados el ejercicio de una acción de nulidad tendente a obtener dicha declaración de nulidad radical, lo que, además, resulta lógico, dada la posibilidad que éstos tienen de impugnar en sede jurisdiccional una disposición de carácter general al ejercitar una acción frente a un acto de aplicación de la misma, basándose en que aquélla no es conforme a derecho (...).”*

En el presente caso la revisión de oficio afecta a un instrumento de planeamiento (PE-PRI), cuya naturaleza será objeto de consideración posteriormente.

En cuanto a la tramitación, se ha seguido lo dispuesto en el artículo 102 LPAC, al que se remite el artículo 53 LBRL, señalando expresamente el informe técnico municipal que no existen otros interesados en el expediente a los que se haya podido otorgar licencia al amparo del precepto, cuya anulación se pretende. Respecto al órgano municipal competente para la resolución del presente procedimiento, el artículo 110.1 LBRL atribuye al Pleno de la Corporación la declaración de nulidad de pleno derecho, con independencia de que la iniciativa haya correspondido a la Alcaldía conforme indicábamos en nuestro Dictamen núm. 107/2005.

2ª) Plazos.

Con carácter previo es preciso señalar que el plazo para ejercitar la acción de nulidad no está sujeto a caducidad y, además, la acción es imprescriptible, a tenor de lo establecido en el artículo 102 LPAC.

En relación con el plazo para resolver el presente procedimiento de revisión, ya hemos advertido en el Acuerdo 16/08 citado, que el transcurso de los tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del mismo, según el artículo 102.5 LPAC. Por ello, el Ayuntamiento ha acordado la suspensión del plazo para resolverlo entre el tiempo que medie desde la petición de nuestro Dictamen y la recepción del mismo, en evitación de la caducidad, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 42.5,c) de la misma Ley

para el caso de solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución.

En tal sentido, y puesto que los efectos suspensivos de la solicitud de Dictamen han de considerarse desde la fecha en la que tuvo salida oficial del Ayuntamiento el correspondiente escrito de petición de Dictamen, de acuerdo con nuestra doctrina (Dictamen núm. 40/2007), resulta que si el procedimiento de revisión se inició el 6 de agosto del 2008 y quedó suspendido el 23 de octubre siguiente (fecha de registro de salida del Ayuntamiento, en la que se solicitó nuestro Dictamen con la adopción del acuerdo suspensivo), dispone el Pleno municipal de los días que resten para los tres meses (12 días hábiles, salvo error) para adoptar el acuerdo pertinente, tras la recepción de nuestro Dictamen.

### **TERCERA.-Naturaleza de la disposición objeto de revisión de oficio.**

Es objeto del presente procedimiento de revisión de oficio un artículo de las normas y ordenanzas de un tipo de Plan Especial, que tiene por objeto la ordenación y protección de los conjuntos históricos previstos en los artículos 109, e) y 115 TRLSRM. Concretamente una Modificación de la normativa de un Plan Especial de los descritos (PEPRI).

Corresponde a los Ayuntamientos la aprobación definitiva de este tipo de planes, si bien la ley regional del suelo establece -para los planes especiales previstos en el planeamiento general- que la Dirección General de Urbanismo emitirá un informe preceptivo sobre aspectos de legalidad y oportunidad territorial, al igual que ha de someterse a informe de otros organismos que resulten afectados (singularmente conviene destacar el de la Dirección General competente en materia de patrimonio histórico) y, tras la aprobación definitiva por el Pleno municipal, se dará traslado del expediente y proyecto al centro directivo competente en materia de urbanismo para su conocimiento y efectos oportunos (artículo 140,c TRLSRM). Entre estos efectos, no debe olvidarse la posibilidad de impugnación por parte de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de los acuerdos de las Entidades Locales, en los términos previstos en el artículo 65 LBRL. Sin embargo, en el presente caso no consta que se haya hecho uso de tal posibilidad, en tanto la Dirección General de Urbanismo, en su escrito de 19 de septiembre de 2008, señala: *“efectivamente, aunque no pueden ser recurrido, ni en vía administrativa ni en vía contenciosa, el artículo 102.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (...) permite que las Administraciones Públicas bien de oficio, bien a solicitud de interesado, puedan revisar de oficio los actos que sean contrarios al artículo 62.1 LRJPAC (...).*

Respecto a la naturaleza jurídica de los instrumentos de planeamiento (entre ellos los Planes Especiales), el Consejo Jurídico ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto (Memoria correspondiente al año 2004), destacando su naturaleza de normas jurídicas de carácter reglamentario (STS, Sala 3ª, de 30 de julio de 2008), lo que se plasma con plena intensidad en las normas integrantes del Plan, de manera que deben ser publicadas éstas íntegramente para que entren en vigor (artículo 70.2 LBRL).

También conviene concretar la redacción del artículo 10.4 de la normativa del PEPRI, que constituye el objeto del presente procedimiento de revisión:

*“En el caso de solares con fachadas recayentes a varias calles, para cada punto del solar se aplicará la altura correspondiente a la fachada más próxima, con los criterios y limitaciones expuestos a continuación:*

*— Edificación en esquina:*

a) cuando una edificación en esquina presente el mismo número de plantas en sus fachadas, se permitirá mantener la altura máxima que corresponda a la calle de mayor cota sobre la calle de menor cota una longitud no superior a 15 metros, ni a la de la parcela catastral existente en el año 1990.

b) cuando una edificación en esquina presente distinto número de plantas en sus fachadas, se permitirá mantener el número de plantas mayor sobre la calle de menor número de plantas una longitud no superior a 15 metros, ni a la de la parcela catastral existente en el año 1.990.

— Edificación a dos calles opuestas: cuando correspondan alturas diferentes a dos calles opuestas de una manzana se podrá mantener la altura de la mayor hasta la profundidad máxima de edificación, siempre que exista un retranqueo mínimo de 3 m. respecto a la alineación de la fachada de menor altura” (...).

**CUARTA.-** Sobre los vicios de nulidad alegados.

Según la propuesta elevada al Consejo Jurídico, la redacción del artículo 10.4 de la modificación núm. 4 del PEPRI de Cehegín, referida a criterios de medición de altura máxima para el caso de solares en esquina, en los términos en que está planteada ha de ser considerada como no ajustada a derecho por cuanto es susceptible de generar incremento de edificabilidad residencial, sin que el mismo haya sido tenido en cuenta a los efectos de lo establecido en el artículo 149.2 TRLSRM.

Para que sea declarada la nulidad de pleno derecho se alegan por el Ayuntamiento los siguientes vicios de nulidad:

1ª) Se ha dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (artículo 62.1.e LPAC), en la medida que no se ha previsto, de manera previa o simultánea mediante la modificación correspondiente, la creación de dotaciones que requiera el aumento de la población en la proporción fijada por el planeamiento.

2ª) Se trata de un acto expreso contrario al ordenamiento jurídico (la aprobación definitiva), por el que se adquieren facultades o derechos cuando se carece de los requisitos esenciales para su adquisición (artículo 62.2.f LPAC), con el argumento de que es susceptible de adquisición de derechos (edificabilidad), cuando se carece de los requisitos esenciales para ello, como es la previsión de mayores dotaciones.

Sin embargo, conforme a la naturaleza reglamentaria de los planes urbanísticos descrita con anterioridad, ha de acudirse para determinar la infracción cometida no al apartado 1 del artículo 62 LPAC, circunscrito a las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, sino al apartado 2 del mismo artículo, que establece que también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior.

En tal sentido se ha constatado en el procedimiento (informes de la Oficina Técnica municipal y del Secretario accidental del Ayuntamiento), de acuerdo con lo indicado por la Dirección General de Urbanismo, que la redacción del artículo 10.4 resultante de la modificación vulnera lo dispuesto en el artículo 149.2 TRLSM: “cuando la modificación tendiera a incrementar el volumen edificable de una zona residencial, se precisará para aprobarla la previsión de mayores dotaciones que requiera el aumento de la densidad de población, en la misma proporción fijada por el planeamiento”.

En consecuencia, en la medida que los planes han de ajustarse a lo dispuesto en la ley regional del suelo (TRLSRM), se infiere que la Modificación del PEPRI, en lo que concierne a la redacción del artículo 10.4 de las Normas Urbanísticas y Ordenanzas, vulnera lo dispuesto en aquélla, viciando a tal precepto de nulidad de pleno derecho, al amparo de lo previsto en el artículo 62.2 LPAC, en relación con el 51.2 de la misma Ley, que establece que ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior.

La declaración de nulidad de este precepto por el Pleno no afectaría al resto de las determinaciones de la Modificación núm. 4 del PEPRI aprobadas definitivamente, según postula el órgano proponente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 64.2 LPAC: *“La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado”*. En todo caso, como reza el artículo 66 de la misma Ley, corresponde al órgano que declare la nulidad disponer de la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción. De otra parte, tampoco encuentra obstáculos a la conservación del resto de las determinaciones no afectadas y, por consiguiente, a la declaración de nulidad parcial del instrumento de planeamiento, el titular de la Dirección General de Urbanismo, en su escrito de 19 de septiembre de 2008, cuando afirma:

*“Esta alegación tampoco ha de ser estimada ya que el Ayuntamiento entiende que lo que le fue solicitado por la Administración regional fue la anulación de todo el instrumento de planeamiento y, aunque la lectura del escrito de la Dirección General de Urbanismo pudiera hacer presumir dicha conclusión, no es así. Lo que la citada Dirección General puso de manifiesto son las causas técnicas y jurídicas que podían dar lugar a la nulidad del acto pero no que lo que debía ser anulado era el acto en su totalidad”*.

Respecto a la segunda observación contenida en el informe de la Dirección General de Urbanismo de 4 de junio de 2008 (Antecedente Tercero), sobre la redacción de los artículos 8-10.7 y 9-11.4 del PEPRI, el Consejo Jurídico no puede entrar a considerar su adecuación o no al ordenamiento urbanístico regional, en tanto no han sido objeto del procedimiento de revisión de oficio sometido a nuestro Dictamen por la Alcaldía, que se ha contraído, como se ha expuesto con anterioridad, al artículo 10.4 de la normativa del PEPRI, en el entendimiento por parte municipal de que el resto de los artículos arriba citados, conforme a la Modificación del PEPRI aprobada, no traen como consecuencia un incremento de edificabilidad residencial para que sea precisa la previsión de mayores dotaciones, frente a la opinión del centro directivo. En todo caso, se advierte al Ayuntamiento que, en la hipótesis de que se produjera tal incremento, la invalidez se transmitiría a los sucesivos actos de aplicación de los artículos citados.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Que procede declarar la nulidad de pleno derecho del artículo 10.4 de las Normas Urbanísticas y Ordenanzas del PEPRI de Cehegín (Modificación núm. 4), por estar incurso en causa de nulidad prevista en el artículo 62.2 LPAC, siempre y cuando se adopte y notifique el pertinente acuerdo por el Pleno municipal dentro del plazo indicado en la Consideración Segunda.

No obstante, V.E. resolverá.



**DICTAMEN 205/08.- Reconocimiento de obligaciones derivadas de la Orden de 28 de julio de 2008 de la Consejería de Desarrollo Sostenible y Ordenación del Territorio de Concesión de Subvenciones para 2008 en materia de paisaje a Ayuntamientos y Consorcios, con omisión del trámite de fiscalización previa.**

**Consultante: Consejero de Obras Públicas y Ordenación del Territorio (2008)**

**Fecha: 15/12/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*NOTA: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 202/2008.*

**DICTAMEN 206/08.- Responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios.**

**Consultante: Consejera de Sanidad (2004)**

**Fecha: 17/12/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*Es un principio indiscutido de nuestro ordenamiento jurídico que una determinada manifestación de la voluntad de un sujeto puede inferirse de las circunstancias que concurren alrededor del acto de que se trate, siempre que dichas circunstancias lleven al operador jurídico a la razonable convicción de la realidad de dicha manifestación de voluntad.*

#### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 2 de marzo de 2007, x presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida contra el Servicio Murciano de Salud (SMS), fundado en los siguientes hechos: como antecedente, expone que en el año 1998 se le diagnosticó una esclerosis múltiple secundaria progresiva de la que está en tratamiento; en octubre de 2002 presentaba debilidad en extremidades inferiores con paraparesia crural 3/5 e hipoestesia, y era capaz de andar 100 metros con ayuda unilateral y, en agosto de 2005, caminaba con andador.

En agosto de 2005 sufrió una caída, por lo que el 2 de septiembre siguiente acudió al Servicio de Urgencias del Hospital “Virgen de la Arrixaca”, de Murcia, por dolor e impotencia funcional a nivel de la cadera izquierda, siendo diagnosticada de fractura subcapital impactada de fémur izquierdo y osteoporosis avanzada, prescribiéndosele tratamiento conservador.

Al persistir el dolor y la impotencia funcional de la cadera izquierda, el día 23 de septiembre de 2005 volvió al Servicio de Urgencias de dicho centro hospitalario, desde donde

se decidió su traslado al Hospital “*Mesa del Castillo*”, de Murcia, para ser intervenida de prótesis total de cadera izquierda el día 26 de dicho mes y año. El día 24 se le colocó una sonda vesical (que se le pinzó en la mañana del día 28, volviéndosela a poner esa noche) hasta el 3 de octubre de 2005. A partir del día 30 de septiembre anterior comenzó a presentar febrícula, por lo que el 4 de octubre se solicitó analítica y cultivo de orina, se prescribió tratamiento antibiótico y se le dio el alta médica. A los dos días del alta médica, presentó un síndrome confusional, siendo trasladada al Servicio de Urgencias del Hospital “*José María Morales Meseguer*”, de Murcia. En las horas siguientes su deterioro fue sucesivo, con alteración de la función renal, coma e insuficiencia respiratoria severa, siendo trasladada a la UCI, donde prosiguió con el deterioro generalizado, entrando en shock profundo con braquicardia extrema, que no remontó hasta pasados unos minutos.

Durante su estancia en la UCI de ese Hospital se recibió la información de que en el urocultivo del día 4 de octubre practicado en el Hospital “*Mesa del Castillo*” se había detectado la “*Klebsiella Pneumoniae*” multirresistente, sensible únicamente a imipenem y amino-glucósidos, por lo que se inició tratamiento antibiótico.

El día 14 de noviembre de 2005 fue dada de alta en la UCI, con el siguiente diagnóstico principal: “*Infección nosocomial del tracto urinario por Klebsiella Pneumoniae multirresistente. Sepsis de origen urinario con fracaso multiorgánico con fracaso renal, neurológico, hemodinámico y respiratorio. Coma secundario a posible encefalopatía séptica. Síndrome de distress respiratorio del adulto. Polineuropatía sensitiva mixta moderada (polineuropatía del enfermo crítico).*” Permaneció ingresada en el Servicio de Medicina Interna de dicho Hospital hasta el 24 de noviembre de 2005, en que se le dio el alta hospitalaria.

También señala que el 28 de noviembre siguiente volvió a ingresar en dicho hospital por disfagia, diagnosticándose como un brote de esclerosis múltiple con afectación bulbar, siendo tratada con corticoides y dada de alta el 15 de diciembre de 2005.

En su opinión, y según se expresa en el informe pericial que aporta, existe relación de causalidad entre la colocación de la sonda vesical en el hospital “*Mesa del Castillo*” y la infección nosocomial de tracto urinario por “*Klebsiella Pneumoniae*” multirresistente que allí contrajo, que le produjo una sepsis de origen urinario con fracaso multiorgánico y fracaso renal, neurológico, hemodinámico y respiratorio, coma secundario a posible encefalopatía séptica y síndrome de distress respiratorio del adulto, quedándole las secuelas expresadas en dicho informe.

Por ello, solicita una indemnización de 761.075,38 €, que puede resumirse así:

*“Para cuantificar la indemnización que pretendo hemos de acudir al informe médico del doctor x, en el que se dice que como consecuencia de la infección nosocomial sufrida he tardado 55 días en alcanzar la estabilización lesional, todos ellos de estancia hospitalaria, por lo que corresponde 3.318,7 €.*

*En cuanto a las secuelas presento las siguientes, valoradas conforme al RDL 8/2004:*

*1.- Neuropatía focal de nervio ciático poplíteo externo derecho en cabeza de peroné: Paresia del nervio ciático poplíteo externo (de 7 a 12 puntos): 7 puntos.*

*2.- Polineuropatía periférica de predominio axonal y Miopatía/ Miositis generalizada que afecta tanto a miembros superiores como Inferiores: Polineuromiopatía del enfermo*

*crítico, caracterizada clínicamente por debilidad muscular generalizada de predominio distal, arreflexia aquilea, atrofia muscular generalizada y alteraciones sensitivas: lo podemos asimilar para aproximar la secuela a la Tabla VI a una paraparesia leve de los miembros inferiores dado el estado anterior que presentaba (de 30 a 40 puntos): 30 puntos.*

*Lo que resulta una suma ponderada de secuelas de 68 puntos, que equivalen a 128.273,16 €.*

*Asimismo ha de tenerse en cuenta que he pasado de realizar mis acciones cotidianas de aseo, vestido, comida, etc. y caminar con andador, a una situación basal actual de precisar ayuda de tercera persona para cualquier actividad de la vida ordinaria, lo que se traduce en 200.000 €.*

*Por otra parte hemos de añadir lo que la unidad familiar a la que pertenezco ha dejado de ingresar como consecuencia de la pérdida del puesto de trabajo de mi marido x, el cual se vio obligado a acogerse a un expediente de regulación de empleo de su empresa ante el mal estado de salud en que quedé en la dependencia absoluta de otra persona que preciso. Este concepto asciende a la cantidad de 309.483,52 €, según el siguiente detalle: (...)*

*Y por último hay que incluir el daño moral que se nos ha irrogado tanto a mí como a mi marido, en atención a la sustancial alteración de la vida y la convivencia derivada de los cuidados y atención continuada que preciso, todo ello ocasionado por la mala asistencia sanitaria prestada, la cual me colocó en una situación de grave riesgo para la vida” (...).* Por este concepto reclama 120.000 €.

Con el escrito de reclamación, adjunta los siguientes documentos:

— Informe pericial médico-legal emitido por el Doctor x, Especialista en Medicina Legal y Forense, de 22 de noviembre de 2006.

— Escrito presentado por la interesada ante el SMS el 27 de septiembre de 2006, para interrumpir la prescripción de su acción resarcitoria.

— Resolución de 16 de enero de 2006 del ISSORM, de reconocimiento de grado de minusvalía a la reclamante.

— Fotocopia de su Libro de Familia.

— Certificaciones de la empresa --, S.A., de fechas 25 de enero y 1 de febrero de 2006 en las que se hace constar el importe de las retribuciones percibidas en dicha empresa durante 2005 por el marido de la reclamante, su posterior baja por haberse acogido a un expediente de regulación de empleo y la cantidad que percibirá de la empresa durante la fase de desempleo.

— Certificado de 27 de enero de 2006 del Servicio Público de Empleo Estatal, sobre la prestación por desempleo percibida por el marido de la reclamante.

**SEGUNDO.-** Por el Director Gerente del SMS se dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación de responsabilidad patrimonial, lo que fue notificado a las partes interesadas.

Asimismo, mediante oficios de 21 de marzo de 2007 la instrucción solicitó copia de la correspondiente historia clínica de la reclamante, e informe de los profesionales que la asistieron, a los hospitales referidos en la reclamación.

**TERCERO.-** Mediante oficios de 2 de mayo, 7 y 18 de junio de 2007, los hospitales “*Mesa del Castillo*”, “*Morales Meseguer*” y “*Virgen de la Arrixaca*”, respectivamente, remiten la documentación solicitada.

**CUARTO.-** A la vista de la documentación remitida, mediante oficios de 13 y 14 de septiembre de 2007 la instrucción solicitó a los hospitales “*Mesa del Castillo*” y “*Virgen de la Arrixaca*” que emitieran informes sobre si la asistencia que se dispuso a la paciente en el primero de los hospitales, desde el 23 de septiembre hasta el 4 de octubre de 2005, en que fue dada de alta, fue por cuenta del SMS o si acudió a aquél de forma privada.

El Director Médico del Hospital “*Mesa del Castillo*” informó el 5 de octubre de 2007 que la paciente ingresó en el mismo el día 23 de septiembre, a las 18 horas, procedente del Hospital Universitario “*Virgen de la Arrixaca*”, de Murcia, con el diagnóstico de fractura de cadera izquierda, siendo dicho ingreso “*cubierto por la póliza que la paciente tenía suscrita con la Compañía x*” (folio 597 del expediente remitido). En el mismo sentido informó el hospital “*Virgen de la Arrixaca*”, mediante escrito de su Director Gerente de fecha 31 de octubre de 2007 (f. 598 exp.).

**QUINTO.-** Otorgado trámite de audiencia a las partes, la aseguradora del SMS presentó escrito de fecha 10 de diciembre de 2007 en el que manifiesta que, habiéndose realizado la intervención quirúrgica de referencia en un hospital que no se encuentra incluido en la póliza que la compañía tiene suscrita con el SMS, carece de responsabilidad en el asunto.

Mediante escrito presentado el 21 de diciembre de 2007, la reclamante presentó alegaciones, en las que, en síntesis, afirma que “*la relación médico-paciente se estableció desde un principio con el servicio público de salud*”, porque acudió a un hospital del SMS, el “*Virgen de la Arrixaca*”, como demandante de asistencia sanitaria pública, por cuenta de la Seguridad Social en la que está afiliada, y porque su posterior ingreso en el hospital “*Mesa del Castillo*” fue procedente del primero, en el que ya se había hecho pruebas preoperatorias, por lo que estima que el ingreso no se produjo de forma privada, sino acatando una orden de traslado para tratamiento quirúrgico dada por el hospital del SMS.

Además, afirma que no puede admitirse que acudiera al hospital “*Mesa del Castillo*” como asegurada de x, porque en el documento en el que se recoge la autorización de tratamiento por cuenta de dicha compañía, obrante en el folio 63 del expediente, no aparece su firma. Entiende que no debe peregrinar en busca del sujeto responsable y que el SMS debe indemnizarle, sin perjuicio de que éste pudiera luego dirigirse contra quien finalmente fuese responsable de la defectuosa actuación sanitaria.

**SEXTO.-** El 17 de enero de 2008 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación por considerar, en síntesis, que la actuación sanitaria a la que se imputan los daños por los que se reclama no se realizó por cuenta del SMS, sino por cuenta del seguro sanitario que la paciente tenía concertado con la compañía x, según los informes emitidos por los correspondientes hospitales.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

### PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, concurriendo así el supuesto previsto en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

### SEGUNDA.- Plazo y procedimiento.

La propuesta de resolución objeto de Dictamen considera que la reclamación de referencia se presentó dentro del plazo previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). A la vista del expediente remitido, ha de aceptarse tal apreciación, si bien no por las razones expresadas en dicha propuesta.

En este sentido, la propuesta considera como “*dies a quo*” para el cómputo de la acción resarcitoria la fecha del informe médico privado presentado con la reclamación (informe que fue emitido el 22 de noviembre de 2006, según se consigna al final del mismo, y no el 9 de mayo de ese año, como erróneamente señala la propuesta), y ello por entender que con la emisión de dicho informe se determinó el alcance de las secuelas por las que se reclama, que es el momento al que se refiere el artículo 142.5 LPAC para los supuestos de daños personales como los alegados.

Sin embargo, y como pone de manifiesto la jurisprudencia —por todas, la STS, Sala 3º, de 21 de mayo de 2007—, la fecha de un informe de valoración del daño como el presentado por la reclamante no puede ser aceptado a estos efectos, pues tal fecha no tiene por qué coincidir con el momento en que es posible determinar el alcance de las secuelas; en otro caso, se estaría dejando en manos del interesado la fijación del plazo prescriptivo, en cuanto que dependería de su decisión de encargar esta clase de informes. Como señala dicha sentencia, con cita de otra de la misma Sala, de fecha 28 de febrero de 2007, “*el día a quo para el ejercicio de la acción de responsabilidad por disposición legal ha de ser aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto o aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de secuelas y, una vez establecido dicho alcance definitivo de la enfermedad y sus secuelas, los tratamientos posteriores encaminados a obtener una mejor calidad de vida o a evitar ulteriores complicaciones en la salud del paciente o la progresión de la enfermedad, no enervan la situación objetiva en que la lesión, enfermedad o secuela consisten*”.

Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, el informe citado expresa que el 5 de octubre de 2006 se practicó una electromiografía (EMG) a la interesada en la que se detectaron secuelas distintas de las expresadas en el informe de alta de 24 de noviembre de 2005 (reseñado en el Antecedente Primero), secuelas que se imputan igualmente a la actuación sanitaria denunciada. De ser ello cierto, y conforme con lo establecido en el citado artículo 142.5 LPAC, el “*dies a quo*” para el cómputo del plazo prescriptivo no sería la fecha del referido informe de alta o la del informe presentado por la reclamante, sino la de dicha EMG. A la vista de lo afirmado en el informe presentado por la reclamante, y teniendo en cuenta que la documentación acreditativa de la referida prueba médica no obra en las historias clínicas remitidas ni la interesada la aporta con su escrito inicial, la instrucción debió requerirle para que así lo hiciera (junto con el resto de documentación reseñada en el citado informe que no obra en el expediente), a fin de que posteriormente la Inspección Médica informara, entre

otros aspectos, sobre dos cuestiones relevantes para decidir acerca de la temporaneidad de la reclamación: a) a la vista de las patologías de la paciente y de su seguimiento asistencial posterior al alta médica, sobre la justificación de que la aludida EMG se hubiese realizado cuando se hizo y no en un momento anterior —para descartar una eventual arbitrariedad en la elección de su fecha, decisiva, como se dice, para determinar el “*dies a quo*” del plazo de la acción; y b) sobre el hecho de tratarse efectivamente de secuelas distintas de las establecidas en el informe de alta (al margen de lo que pudiera informarse sobre la imputabilidad de las mismas a la actuación sanitaria denunciada).

No obstante lo anterior, en este momento y tanto por razones de economía procedimental como por las que se expresarán en la siguiente Consideración, no resulta imprescindible la práctica de dichas actuaciones para resolver el presente procedimiento, si bien ello conduce a tener que aceptar, a los efectos de que ahora se trata, que en la indicada fecha del 6 de octubre de 2006 se objetivaron secuelas, antes no determinadas, que constituyen un daño que se imputa al funcionamiento de los servicios públicos regionales. Por ello, en principio, ésta es la fecha a tener en cuenta a los efectos previstos en el artículo 142.5 LPAC, de modo que, al presentarse la reclamación el 2 de marzo de 2007, ha de considerarse temporánea, lo que así debería expresarse en la propuesta dictaminada.

**TERCERA.- Legitimación.**

I. La legitimación activa corresponde a la reclamante en lo que atañe a los daños sufridos en su persona o en el patrimonio familiar, pero no respecto de los eventuales daños morales que hubiera podido sufrir su marido, también reclamados por aquélla, y que sólo podrían serlo por éste, dado su carácter personalísimo.

II. En lo que se refiere a la legitimación pasiva, ha de coincidirse con la propuesta de resolución en que la actuación sanitaria a la que se imputan los daños por los que se reclama no fue realizada por la Administración regional o por un sujeto privado por cuenta de aquélla, sino por un centro hospitalario privado por cuenta de la compañía sanitaria privada de la paciente, por decisión de ésta.

En este sentido, y en contra de lo afirmado por la reclamante, su traslado del hospital “*Virgen de La Arrixaca*” al “*Mesa del Castillo*” no fue a virtud de una “*orden*” del primero que el segundo tuviese que acatar. En el informe de alta del Servicio de Urgencias de fecha 23 de septiembre de 2005 hay una escueta referencia a “*traslado a H. Mesa del Castillo para tto. qx. (aporta Rx. y preoperatorio)*”, sin especificar, pues, el motivo del mismo, que debe ser encontrado en otros documentos obrantes en el expediente, singularmente en la denominada “*Autorización de ingreso*” emitida por la compañía x con la referencia 01895710 0 P (f. 63 exp.), dirigida al hospital “*Mesa del Castillo*” (que recibe y sella dicho documento), en la que la primera solicita a este hospital que le facture los gastos originados por el ingreso de su asegurada, consignando su número de póliza y tarjeta de asistencia, haciendo constar, además, que la paciente está adscrita a la compañía --,S.A., (circunstancia que sugiere que la interesada es beneficiaria de la póliza familiar concertada por dicha empresa a favor de sus empleados, entre los que entonces figuraba su marido, según la documentación que aporta). A partir de ese momento, en los numerosos documentos hospitalarios relacionados con la reclamante que han sido remitidos por el hospital se hace constar como entidad pagadora a la compañía x.

A este respecto debe decirse, en oposición a lo alegado por la reclamante, que el hecho de que el reseñado documento autorizador no esté firmado por la paciente no obsta para

poder concluir que ésta demandó de x la asistencia sanitaria que explica su ingreso en el referido centro hospitalario privado. Es un principio indiscutido de nuestro ordenamiento jurídico que una determinada manifestación de la voluntad de un sujeto puede inferirse de las circunstancias que concurren alrededor del acto de que se trate, siempre que dichas circunstancias lleven al operador jurídico a la razonable convicción de la realidad de dicha manifestación de voluntad. Es evidente que una compañía de seguros no expide una autorización como la del caso, para que un hospital le cargue unos determinados gastos —no insignificantes—, si previamente el asegurado no le ha demandado su asistencia, como lo demuestra el hecho de que se trate de una “*autorización*”, es decir, de un acto que presupone una previa solicitud al respecto (que sólo puede efectuar el asegurado), además de ser sobradamente conocido que es el modo de operar en esta clase de pólizas de seguros sanitarios. Por otra parte, lo anterior explica que, aun siendo una práctica irregular, el centro sanitario olvide recabar la firma del asegurado: una vez que consta la autorización de la compañía de seguros se entiende que es porque el asegurado o su familia ha solicitado previamente sus servicios, pues de otro modo no se explica que tal autorización le sea enviada al centro hospitalario.

De todo lo anterior ha de concluirse que la asistencia sanitaria a la que la reclamante imputa los daños por los que solicita indemnización fue prestada por un centro hospitalario privado al margen de la cobertura sanitaria pública, y ello por decisión de la interesada, al amparo de la cobertura del seguro sanitario privado del que disfrutaba.

Por tanto, al no ser imputable a la Administración regional la asistencia sanitaria en que se funda la reclamación analizada, no puede resultar responsable de los daños por los que se solicita indemnización, lo que conduce a la desestimación de aquélla, por no existir la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- No existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos regionales y los daños por los que se reclama, por las razones expresadas en la Consideración Tercera del presente Dictamen.

**SEGUNDA.**- Por ello, la propuesta de resolución objeto de Dictamen, desestimatoria de la reclamación presentada, se informa favorablemente. No obstante, su motivación debería modificarse y completarse, siquiera en síntesis, conforme con lo expresado en las Consideraciones Segunda y Tercera de este Dictamen, respectivamente.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 207/08.- Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de construcción de diversas unidades educativas en el Colegio Público “Bahía de Mazarrón” (Murcia), con omisión del trámite de fiscalización previa.**

**Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)**

**Fecha: 17/12/08**

### **Extracto de Doctrina**

*El Interventor aconseja que se autorice al Consejero consultante a continuar el procedimiento hasta reconocer la obligación, conclusión que, a la vista de la doctrina expuesta, es compartida por este Consejo Jurídico, aunque no por ello se pueden obviar las graves irregularidades cometidas por el director del centro (con la colaboración del representante de la contratista) al prescindir de la autorización preceptiva del Consejero en cuanto órgano de contratación, necesaria a tenor de lo previsto en el artículo 147.6 LCAP, en relación con el 16.2,m) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración pública regional, atribuyéndose una facultad propia de uno de los órganos superiores de dicha Administración (art. 11.1 de la indicada Ley 7/2004). También se ha omitido la fiscalización previa del acto y la comprobación de las obras que debe realizar el director de las mismas, tal como prevé el artículo 168 (LCAP), con el consiguiente riesgo. Se trata de un cúmulo de incumplimientos impropio del carácter profesional de la Administración, que no puede ser justificado ni amparado por los titulares de los órganos directivos, a quienes compete salvaguardar el principio de legalidad.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Por Orden de 21 de diciembre de 2005 de la Consejería de Educación y Cultura, se adjudicó a --- empresa constructora, S.L., el contrato de ampliación de 6 unidades de primaria, 3 unidades de infantil y dependencias en el Colegio Público Bahía, del Puerto de Mazarrón, por un precio, IVA incluido, de 1.020.000 euros.

**SEGUNDO.-** Finalizada la ejecución del contrato se suscribió el acta de recepción, el 7 de noviembre de 2008, por el Director de las obras, el representante de la contratista y el técnico de la Administración, aunque no por el Delegado de la Intervención, que emitió informe de fecha 14 de noviembre de 2008. En él indica que el contratista solicitó a la Consejería, en fecha 11 de junio de 2008 que se realizaran los trámites precisos para la recepción de la obra, siendo designado representante de la Intervención el 23 de julio de 2008, previa solicitud de la Consejería de fecha 18 de julio de dicho año. No obstante, mediante una denominada acta de ocupación previa suscrita por el director del centro y el representante de la contratista, fechada el 18 de septiembre de 2006, y que no se encontraba incorporada al expediente de contratación, se materializó la ocupación de 4 aulas de infantil del centro, señalando en la misma que tal acto tuvo por objeto posibilitar la ocupación y utilización del centro en tanto se ultiman los trámites administrativos para formalizar la recepción; se entregan las llaves al director del mencionado centro y se hace constar que todos los desperfectos que se puedan ocasionar por el uso del centro no serán exigibles al contratista. Constata también el Interventor que, desde septiembre del 2007, el centro se encuentra ocupado en su totalidad (dato que extrae de una comunicación interior dirigida



por el arquitecto director de las obras a la Jefe de servicio de contratación el 10 de marzo de 2008). La ocupación del aulario de primaria se realizó sin suscribir acta alguna.

Además de ello, el Interventor realiza unas consideraciones sobre la posibilidad de una recepción tácita parcial de las obras y sobre la recepción de las mismas como acto sometido a fiscalización previa, para concluir que, mediante la ocupación previa, se incumplió lo establecido por el artículo 168 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), ya que la ocupación de las obras no se realizó por el órgano competente y no se siguió el procedimiento establecido, omitiéndose, particularmente, la preceptiva fiscalización del acto de comprobación material de la inversión. Señala, también, que se ha incumplido el artículo 95 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), porque ante los incumplimientos del plazo de ejecución de la obra (manifestados por el arquitecto director de las obras a la Jefe de servicio de contratación mediante comunicación interior el 10 de marzo de 2008, a requerimiento de esta última) el órgano de contratación debe aplicar las penalidades por retraso correspondientes, u optar por la resolución del contrato.

Finaliza el Interventor su informe indicando que el mismo se emite a los efectos del artículo 33 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Control interno efectuado por la Intervención (RCI), y que no sería conveniente instar la revisión de los actos, ya que el importe de la indemnización no sería inferior al de la certificación que en su momento se propondrá una vez resuelto el presente incidente.

**TERCERO.-** La Consejería, a la vista de lo expuesto por el contratista, en informe carente de fecha, suscrito por la Directora General de Centros, realizó las siguientes manifestaciones:

1) La obra fue ocupada parcialmente, con el visto bueno del contratista, en septiembre de 2006 y al comienzo del curso 2007/2008, “*como procedimiento habitual*” en estos casos.

2) Se aceptan las conclusiones del informe de la Intervención, indicando en particular que, “*obviamente*”, no se ha seguido el procedimiento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3) Concluye que se realizó la ocupación en aras del interés público.

**CUARTO.-** Sin fecha y sin firma, una propuesta de acuerdo que, al parecer, se pretende elevar al Consejo de Gobierno, busca que éste autorice a dicha Consejería para la “*continuación del procedimiento en el expediente de contratación (...)*”.

**QUINTO.-** Elaborado el correspondiente extracto de secretaría e índice de documentos, las actuaciones practicadas se remitieron al Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el día 28 de noviembre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

De acuerdo con el artículo 12.12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

**SEGUNDA.-** Procedimiento y contenido del expediente.

I. Tal como ha señalado en diversas ocasiones este Consejo Jurídico, el asunto sometido a Dictamen es una manifestación típica de un procedimiento de naturaleza incidental, con relación al ordinario de aplicación al presupuesto de las obligaciones contraídas por la Administración regional, procedimiento incidental (regulado en el artículo 33 RCI) que se inicia con la comunicación que el Interventor realiza a la autoridad que hubiera iniciado el procedimiento ordinario, de que se ha observado en este último la omisión de un trámite preceptivo, cual es la fiscalización previa del acto de reconocimiento de la obligación.

II. Como ya ha expresado este Consejo Jurídico en anteriores ocasiones (Dictámenes 50/1998, 44/2000 y 164/2002, entre otros), las prestaciones efectivamente realizadas por el contratista, ordenadas y aceptadas por el representante de la Administración, han de serle abonadas al primero por más que no se hubieran seguido los trámites formales al efecto, so pena de causar un enriquecimiento injusto a favor de aquélla. Así, en el presente caso, la recepción de la totalidad de la obra, formalizada el 12 de noviembre de 2008, acredita la conformidad administrativa con lo realizado.

III. El Interventor aconseja que se autorice al Consejero consultante a continuar el procedimiento hasta reconocer la obligación, conclusión que, a la vista de la doctrina expuesta, es compartida por este Consejo Jurídico, aunque no por ello se pueden obviar las graves irregularidades cometidas por el director del centro (con la colaboración del representante de la contratista) al prescindir de la autorización preceptiva del Consejero en cuanto órgano de contratación, necesaria a tenor de lo previsto en el artículo 147.6 LCAP, en relación con el 16.2.m) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración pública regional, atribuyéndose una facultad propia de uno de los órganos superiores de dicha Administración (art. 11.1 de la indicada Ley 7/2004). También se ha omitido la fiscalización previa del acto y la comprobación de las obras que debe realizar el director de las mismas, tal como prevé el artículo 168 (LCAP), con el consiguiente riesgo. Se trata de un cúmulo de incumplimientos impropio del carácter profesional de la Administración, que no puede ser justificado ni amparado por los titulares de los órganos directivos, a quienes compete salvaguardar el principio de legalidad.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

**CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** El Consejo de Gobierno puede autorizar al Consejero de Educación, Formación y Empleo a continuar el procedimiento.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 208/08.- Reconocimiento de obligaciones contraídas por la adquisición de dos vehículos con destino al Instituto de Seguridad y Salud Laboral, con omisión del trámite de fiscalización previa.**

**Consultante: Consejero de Empleo y Formación (2007)**

**Fecha: 17/12/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*NOTA: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 162/2008.*

**DICTAMEN 209/08.- Proyecto de decreto que modifica el Decreto 51/1986, de 23 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 3/1985, de 10 de julio, de creación del Organismo Autónomo Imprenta Regional de Murcia.**

**Consultante: Consejera de Presidencia y Administración Pública (2008)**

**Fecha: 17/12/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*El Consejo Jurídico considera que el formato electrónico al que se da cobertura y se extiende como instrumento de difusión general, también asegura la publicidad exigida por los textos legales citados, si bien comparte la reflexión de otros órganos consultivos, como el Consejo de Estado (Dictamen 83/2008) o el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana (Dictamen 785/2006), acerca de la conveniencia, atendiendo al estado de conocimiento informático actual del conjunto de los ciudadanos y con la pretensión de conseguir una total concienciación de éstos en el uso de los medios electrónicos, de establecer durante un periodo transitorio (por un periodo de tiempo) un sistema en el que conviva, junto a la edición electrónica, una edición en soporte de papel.*

#### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** En fecha indeterminada se elabora un primer borrador del Proyecto de Decreto por el que se modifica el artículo 6 del Decreto regional 51/1986, de 23 de mayo, que desarrolla la Ley 3/1985, de 10 de julio, de creación del Organismo Autónomo Imprenta Regional de Murcia, que tiene como finalidad dar cobertura a la edición electrónica del Boletín Oficial de la Región de Murcia (en lo sucesivo BORM), atribuyendo a esta edición los mismos efectos de validez y autenticidad que la de soporte de papel, permitiendo su accesibilidad universal y gratuita.

Remitido el texto el 14 de mayo de 2008 al titular de la Secretaría General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, a la que se adscribió el Organismo Autónomo Imprenta Regional por Decreto del Presidente 24/2007, de 2 de julio, se acompaña de la siguiente documentación:

— Informe de oportunidad y conveniencia de la modificación, de 14 de mayo de 2008, en el que se destaca que su finalidad es la edición, como versión oficial y auténtica, del formato electrónico del BORM.

— Memoria de la valoración técnica y jurídica del Proyecto de Decreto suscrita también en la misma fecha.

— Estudio Económico de la modificación reglamentaria, suscrito por la Jefe de Servicio de Gestión Económico-Financiera de la Imprenta Regional también el 14 de mayo, en el que se señala que la edición del BORM en formato electrónico incide directamente en la Tasa 510 respecto a los hechos imponible ventas y entregas del Boletín en soporte de papel y suscripciones vía telemática o informática, por cuanto implicará su desaparición, al establecerse por el Proyecto de Decreto la edición en formato electrónico, así como su accesibilidad universal y gratuita. Finalmente, concluye que la modificación no representa incremento del gasto en el Programa 126B de la Imprenta Regional, si bien presenta una disminución de los derechos a liquidar en unos 18.000 euros anuales, que se encuentran contemplados en las previsiones iniciales del estado de ingresos, que viene siendo financiado mediante el remanente de tesorería positivo del Organismo Autónomo.

**SEGUNDO.-** Recabado por el titular de la Secretaría General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública el informe de la Dirección General de Informática, es evacuado mediante comunicación interior de 25 de junio de 2008, en la que manifiesta que los requisitos tecnológicos establecidos en el Proyecto de Decreto para la publicación del BORM en edición electrónica cumplen con la plataforma de Administración Electrónica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (CARM) que gestiona dicha Dirección General, sin que suscite ningún reparo que impida la aprobación del citado Proyecto de Decreto.

**TERCERO.-** El Servicio Jurídico de la Consejería de Hacienda y Administración Pública emite informe favorable a la modificación propuesta el 30 de junio de 2008, salvo determinadas observaciones que afectan al procedimiento y al articulado; en cuanto a la documentación, aconseja que se incorpore al expediente la propuesta dirigida a la titular de la Consejería por el Gerente del Organismo Autónomo exigida para la iniciación del procedimiento de elaboración, así como el informe de impacto por razón de género; respecto al texto realiza una observación sobre la fórmula adoptada en relación con nuestro Dictamen y sobre la fecha señalada para su entrada en vigor (el 1 de enero de 2009), aconsejando la adopción de la fórmula general prevista para las disposiciones generales; por último, refiere que el Decreto deberá ir firmado por el Presidente y por la titular de la Consejería, en virtud de lo previsto en el artículo 5.8 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno (en lo sucesivo Ley 6/2004) y del artículo 25.2 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (en adelante Ley 7/2004).

**CUARTO.-** Con fecha 8 de julio de 2008 se propone por el Gerente de la Imprenta Regional a la titular de la Consejería de Hacienda y Administración Pública que se inicie el procedimiento de elaboración del Proyecto de Decreto por el que se modifica el Reglamento que desarrolla la Ley 3/1985. De la misma fecha data el informe sobre impacto por razón de género del que se extrae la conclusión de que no se derivan medidas que puedan producir efecto discriminatorio por razón de género, tanto en lo que respecta a los aspectos organizativos, como normativos.

**QUINTO.-** El segundo borrador del Proyecto de Decreto (folios 23 y 24) es sometido a informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, en sustitución del exigido a la Vicesecretaría, conforme a la Resolución del Secretario General de la citada Consejería de 7 de enero de 2008, que es evacuado el 15 de julio de 2008.

**SEXTO.-** La Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma emite informe el 8 de octubre de 2008, en el que concluye la insuficiencia de la regulación propuesta para la edición electrónica del BORM, en la medida que no se han determinado cuáles son las condiciones y garantías exigidas que permitan asegurar la autenticidad e integridad de los textos, conforme a lo establecido en el artículo 11.1 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (en adelante LAE). También señala que debe suprimirse la Disposición final del Proyecto de Decreto sobre su entrada en vigor.

**SÉPTIMO.-** El estudio de las observaciones anteriores se refleja en la denominada Memoria explicativa sobre los cambios introducidos en el Proyecto, destacándose, en relación con la necesidad de completar la regulación, que esta disposición se contrae únicamente a determinar las condiciones y garantías en virtud de las cuales la publicación del BORM en internet tiene plena validez legal, sin que se introduzcan cambios en el procedimiento legal de remisión de originales, ni en el de inserción de los mismos, ni en la corrección de errores, que en su día será desarrollado por un procedimiento telemático y electrónico, que se encuentra en muy avanzado estado de gestación en lo referente a la Administración regional, y que se regulará en el nuevo Reglamento del Boletín Oficial de la Región de Murcia, en desarrollo de la futura ley del Organismo Autónomo “Boletín Oficial de la Región de Murcia” que se encuentra en tramitación. Además, se recogen como estimadas las siguientes observaciones:

1. Se ha revisado y redactado un nuevo Estudio Económico de la disposición (folios 52 a 57), que alcanza la conclusión de que la presente modificación representa una reducción neta estimada de 124.266 euros, derivada de la reducción de los gastos corrientes asociados a la edición impresa, y a la vez un incremento sobre los de mantenimiento que garanticen la prestación permanente del servicio de 72.000 euros; por último, señala que conlleva una disminución de los derechos a liquidar por ventas y entregas del BORM en soporte de papel de unos 60.000 euros anuales. De los anteriores datos deduce que la entrada en vigor del Decreto supondrá para el organismo un ahorro neto de 64.226 euros anuales.

2. Se han introducido en el texto las rectificaciones para su adaptación a la nueva reorganización resultante del Decreto 26/2008, de 25 de septiembre, por la que se adscribe el organismo autónomo a la Consejería de Presidencia y Administraciones Públicas.

3. Se estiman las observaciones al articulado, salvo las concernientes al procedimiento de inserción, así como la realizada a la Disposición final del Proyecto.

**OCTAVO.-** Resultado del trámite anterior es la tercera versión del Proyecto de Decreto (folios 44 a 46), de 27 de octubre de 2008, que constituye la versión definitiva sometida a Dictamen, lo que se deduce de la ordenación temporal del expediente (se imprime en la firma como versión de 27 de octubre de 2008, tras las consideraciones de la Dirección de los Servicios Jurídicos), y del índice documental que le acompaña, aunque no se haya diligenciado como texto último en el expediente, puesto que la diligencia del Secretario General en el folio 61 no va acompañada del Proyecto de Decreto que se dice adjuntar.

**NOVENO.-** Con fecha 10 de noviembre de 2008, el Secretario General de la Consejería de Presidencia y Administración Pública, por delegación de la titular de la Consejería, ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico acompañando el expediente administrativo.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El expediente sometido a consulta versa sobre un Proyecto de Decreto por el que modifica otro anterior (Decreto 51/1986, de 23 de mayo) que establece el funcionamiento de la Imprenta Regional, en desarrollo de la Ley regional 3/1985, por la que se creó el Organismo Autónomo Imprenta Regional de Murcia, por lo que compete al Consejo Jurídico emitir el presente Dictamen con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

#### **SEGUNDA.-** Sobre las competencias autonómicas y habilitación legal.

1. Sobre la potestad de autoorganización, el Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia (EAMU) establece que corresponde a la Comunidad Autónoma la organización, régimen jurídico y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno (artículo 10. Uno, 1), así como la creación y estructuración de su propia Administración Pública, dentro de los principios generales y normas básicas del Estado (art. 51.1). Entre estas últimas, cabe destacar la Ley 5/2002, de 4 de abril, reguladora de los Boletines Oficiales de las Provincias, que establece, para el caso de las Comunidades Autónomas Uniprovinciales como la nuestra, que *“Los Boletines Oficiales de la Comunidades Autónomas uniprovinciales se registrarán por su legislación específica, siéndoles en todo caso de aplicación los artículos de la presente Ley citados en el número 1 de la disposición adicional”*.

En ejercicio de las competencias estatutarias citadas se creó el Organismo Autónomo de carácter comercial e industrial Imprenta Regional de Murcia por la Ley 3/1985, de 10 de julio, ajustándose a la otrora vigente Ley 1/1988, de 7 de enero, del Presidente, del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, pendiente hoy de adecuación a las previsiones de la Ley 7/2004.

De otra parte, los artículos 30 y 32 EAMU establecen, respectivamente, que las leyes serán publicadas en el BORM, al igual que las disposiciones y resoluciones del Consejo de Gobierno.

2. En cuanto a la habilitación legal, la Ley 3/1985, en su Disposición final, autoriza al Consejo de Gobierno a dictar las disposiciones necesarias para el desarrollo y aplicación de dicha Ley, lo que resulta acorde con el artículo 52.1 de la Ley 6/2004, que atribuye la titularidad de la potestad reglamentaria al mismo órgano, en materia no reservadas por el Estatuto de Autonomía a la competencia legislativa de la Asamblea Regional. En desarrollo de tales competencias se aprobó el Decreto 51/1986, que ahora se pretende modificar, concretamente el artículo 6.

Sin embargo, en tanto la modificación planteada viene a sustituir la tradicional edición impresa del BORM por una edición electrónica, interesa concretar si se encuentra específicamente habilitado el Proyecto de Decreto para introducir un cambio

sustancial en relación con la publicidad del boletín oficial de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, al quedar la edición impresa con carácter meramente testimonial (sólo comprenderá los ejemplares necesarios para asegurar su conservación y custodia y, al menos, dos ejemplares, según el apartado 7 del artículo 6 modificado por el Proyecto).

En tal sentido, es la LAE la que sustenta las publicaciones electrónicas de los Boletines Oficiales, dado que el artículo 11.1 establece:

*“La publicación de los diarios o boletines oficiales en las sedes electrónicas de la Administración, Órgano o Entidad competente tendrá, en las condiciones y garantías que cada Administración Pública determine, los mismos efectos que los atribuidos a su edición impresa”.*

Por tanto, también el presente Proyecto de Decreto se dicta en desarrollo de la normativa básica estatal, al ostentar el Estado las competencias sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, según recoge la Disposición final primera de la LAE, que cita al artículo 11.1 entre los que responden a dicha competencia.

Pero el tema tampoco queda agotado con lo señalado, en tanto cabría suscitar si el Proyecto dispone de habilitación para suprimir prácticamente la edición impresa. Dicha cuestión ha sido abordada por otros órganos consultivos cuando han dictaminado proyectos de reglamentos con similar previsión. Así, el Consejo de Estado, en su Dictamen 83/2008, sobre el Proyecto de Real Decreto de Ordenación del Diario Oficial del Estado, expresa el siguiente parecer:

*“En tal sentido, hay que reparar en que el hecho de que una previsión legal habilite para —incluso ordene— la regulación de la edición electrónica con plenitud de efectos no justifica la quasi desaparición de la edición impresa (hasta el grado testimonial con que se le concibe en el artículo 13 del proyecto). No existe un mandato legal taxativo y claro para el cambio de sistema que propugna el Real Decreto proyectado. Y hay que aconsejar una mayor reflexión sobre este salto cualitativo, entre otras cosas, a la luz de la experiencia comparada con otros países de nuestro entorno y similar grado de desarrollo (...)”*

Distinto parecer suscita la desaparición de la edición impresa, a través de una disposición reglamentaria, al Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana, en su Dictamen 785/2006:

*“Respecto al formato que debe adoptar el instrumento oficial de publicidad (DOGV), no existe norma con rango de ley que imponga una determinada forma o medio de soporte (en papel, electrónico, etc.). El principio de publicidad no extraña, en sí mismo, el imperativo de su configuración en un soporte documental de papel u otro. La exigencia que impone la Constitución, así como la legislación ordinaria, es que se dé publicidad a las normas, como condición esencial de su eficacia, pero no arbitra ningún tipo concreto de medio material al respecto. Basta con que se articule un instrumento de difusión general que asegure el conocimiento de las normas por los ciudadanos”.*

El Consejo Jurídico, partiendo de la concepción de que la LAE no impone la desaparición de la edición impresa, pues únicamente equipara los efectos de ambas ediciones, remitiéndose a lo que disponga la legislación regional, considera que tanto el EAMU como

la ley regional 6/2004 (artículo 52.5) exigen la publicación de las normas y disposiciones, si bien no concretan el soporte, al igual que tampoco la Ley regional 3/1985, de creación de la Imprenta Regional; por el contrario, sí se desprende dicha edición impresa del artículo 6 del Decreto regional 51/1986, modificado por el Decreto 46/2003, de 16 de mayo: “*las páginas del Boletín Oficial de la Región de Murcia tendrán una dimensión de 29,7 por 21 centímetros (Din A4)*”, por lo que desde esta perspectiva el rango de la norma sometida a Dictamen sería el adecuado. Sin embargo, su aprobación se encuentra condicionada por la regulación en el Texto Refundido de la Ley de Tasas, Precios Públicos y Contribuciones Especiales, aprobado por Decreto Legislativo 1/2004, de 9 de julio (en lo sucesivo TRLTPCE) de la Tasa 510, del Boletín Oficial de la Región de Murcia, que recoge como hecho imponible la venta de ejemplares del Boletín en soporte físico, a lo que posteriormente se hará referencia. De otra parte, el Proyecto de Decreto contempla la existencia de una edición impresa con idénticas características y contenido, cuando por una situación extraordinaria o por motivos de carácter técnico, no resulte posible acceder a su edición electrónica, lo que garantiza en todo caso la publicación (artículo 6.6,a).

Por tanto, el Proyecto de Decreto reviste la forma adecuada, conforme a las previsiones del artículo 25.2 de la Ley 7/2004, condicionada su aprobación a la previa reforma legal expuesta. Con independencia de lo anterior se recomienda a la Consejería consultante que utilice la reforma legal en curso (Anteproyecto de Ley de Creación del Organismo Autónomo Boletín Oficial de la Región de Murcia), pendiente de Dictamen del Consejo Jurídico, para avalar el cambio de sistema en la publicación.

#### **TERCERA.- Procedimiento seguido y documentación integrante del procedimiento de elaboración.**

Si bien la tramitación de este Proyecto de Decreto se ha acompañado de la documentación exigida por el artículo 53.1 de la Ley 6/2004 para la elaboración de los reglamentos, citada en los Antecedentes Primero y Cuarto del presente Dictamen, y que la evolución de los distintos borradores ha tenido también su reflejo documental en el expediente. Sin embargo, el Consejo Jurídico considera que debería haberse hecho un mayor esfuerzo en la participación interadministrativa (artículo 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LPAC), otorgando una audiencia a los organismos públicos cuyas disposiciones o acuerdos también se insertan en el BORM, como los Ayuntamientos (por ejemplo, a través de la Federación de Municipios), la Delegación de Gobierno, la Administración de Justicia, el Tribunal Económico-Administrativo Regional, la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, etc.

De otra parte, en la medida que se establece por el Proyecto el acceso universal y gratuito a la edición electrónica del Boletín, con la incidencia en la Tasa 510 del BORM, según recoge el Estudio Económico (folios 54 y 55), respecto a los hechos imposables ventas y entregas del Boletín en soporte de papel y suscripciones vía telemática o informática, debería haberse recabado el informe a la Dirección General de Tributos, perteneciente a la Consejería de Economía y Hacienda, por su incidencia en el TRLTPCE como más adelante se expondrá.

Tampoco consta el informe preceptivo de la Dirección General de Presupuestos, cuya necesidad expresa el Estudio Económico suscrito por la Jefe de Servicio de Gestión Económico-Financiera (folio 52), exigido por la Disposición Adicional del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia (TRLH), aprobado por Decreto Legislativo



1/1999, de 2 de diciembre, para las disposiciones administrativas cuya aplicación pueda producir una disminución de los ingresos inicialmente previstos, con independencia de la modificación que se plantea pueda suponer para el organismo autónomo un ahorro neto de 64.226 euros, según el citado Estudio Económico (folio 57).

#### **CUARTA.- La publicidad a través del BORM.**

La publicidad de las normas, tanto legales como reglamentarias, así como de los actos administrativos cuando así lo exija un determinado procedimiento, es requisito para su eficacia y garantía del principio de seguridad jurídica.

La Constitución, en su artículo 9.3, garantiza el principio de publicidad de las normas, como destaca el Tribunal Constitucional (Sentencia 179/1989): *“Esta garantía aparece como consecuencia ineluctable de la proclamación de España como un Estado de derecho, y se encuentra en íntima relación con el principio de seguridad jurídica consagrando en el mismo artículo 9.3 CE, pues sólo podrán asegurarse las posiciones jurídicas de los ciudadanos, la posibilidad de éstos de ejercer y defender sus derechos, y la efectiva sujeción de los ciudadanos y de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, si los destinatarios de las normas tienen una efectiva oportunidad de conocerlas en cuanto tales normas, mediante un instrumento de difusión general que dé fe de su existencia y contenido, por lo que resultarán evidentemente contrarias al principio de publicidad aquellas normas que fueran de imposible o muy difícil conocimiento”*.

De otra parte, la referida sentencia reconoce que la estructura del Estado prevista en la Constitución ha supuesto, lógicamente, una alteración en el esquema tradicional referido a los instrumentos oficiales de publicación de las normas jurídicas, debido a la efectiva asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas, y mediante los respectivos Estatutos, respecto a la organización de sus instituciones de autogobierno.

La exigencia de publicidad de las leyes y disposiciones administrativas viene recogida en los artículos 30 y 32 EAMU para que puedan entrar en vigor en relación con lo previsto en el artículo 2.1 del Código Civil y 52.1 LPAC. Dicha exigencia de publicidad se extiende de igual modo a los actos administrativos (artículo 60 LPAC), cuando así lo establezcan las normas reguladoras o lo aconsejen razones de interés público.

En el ámbito local, entre los preceptos que contemplan la publicación, cabe destacar el artículo 70.2 LBRL que establece: *“los acuerdos que adopten las corporaciones locales se publican o notifican en la forma prevista por la Ley. Las ordenanzas, incluidos el articulado de las normas de los planes urbanísticos, así como los acuerdos correspondientes a éstos cuya aprobación definitiva sea competencia de los entes locales, se publicarán en el Boletín Oficial de la provincia y no entrarán en vigor hasta que se haya publicado completamente su texto y haya transcurrido el plazo previsto en el artículo 65.4 (...)”*. O el artículo 107 de la misma Ley en relación con las ordenanzas fiscales reguladoras de los tributos locales, por citar algunos ejemplos.

A lo anterior habría que añadir la exigencia de publicidad de determinadas actuaciones judiciales.

A tales efectos el amplio elenco de textos que se publican en el BORM viene reseñado en el artículo 8 del Decreto 51/1986.

Con la modificación que se pretende del artículo 6 se trata de dar cobertura normativa, así se expresa en la Memoria explicativa (folio 49), a la edición electrónica existente y en

funcionamiento desde el año 1998, a lo que cabría añadir que se da un paso más, en tanto se sustituye, con carácter general, a la edición impresa, quedando relegada ésta a un carácter meramente residual (archivo documental).

En este sentido, el Proyecto sigue la línea ya iniciada por otros boletines o diarios, que al socaire de las nuevas tecnologías y de la extensión de las redes electrónicas, han oficializado el boletín electrónico, permitiendo el acceso universal y gratuito a través de Internet; cabe citar a este respecto el Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, que también recoge la edición electrónica del BOE; o el Decreto 183/2006, de 15 de diciembre, que regula el Diari Oficial de la Comunitat Valenciana.

El Consejo Jurídico considera que el formato electrónico al que se da cobertura y se extiende como instrumento de difusión general, también asegura la publicidad exigida por los textos legales citados, si bien comparte la reflexión de otros órganos consultivos, como el Consejo de Estado (Dictamen 83/2008) o el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana (Dictamen 785/2006), acerca de la conveniencia, atendiendo al estado de conocimiento informático actual del conjunto de los ciudadanos y con la pretensión de conseguir una total concienciación de éstos en el uso de los medios electrónicos, de establecer durante un periodo transitorio (por un periodo de tiempo) un sistema en el que conviva, junto a la edición electrónica, una edición en soporte de papel. Durante dicho tiempo, añade el último de los órganos citados, *“debería desplegarse una campaña publicitaria acerca de la sustitución del tradicional soporte de papel por el formato electrónico. Una tarea importante e imprescindible es la comunicación al ciudadano para explicar los efectos y ventajas de la informatización del Diari Oficial de la Comunitat Valenciana. De lo contrario el Proyecto podría ocasionar resistencias”*.

Dicha reflexión cabe hacerla en el presente caso aún con mayor intensidad, en la medida que, a diferencia de las disposiciones citadas, se encuentra pendiente de desarrollar el procedimiento telemático y electrónico de las inserciones de la CARM, lo que se realizará, según refiere el Gerente del Organismo Autónomo (folio 50), a través del futuro Reglamento del Boletín Oficial de la Región de Murcia, que desarrollará la Ley de creación del nuevo organismo, y su adecuación a la Ley 7/2004, cuya disposición también ha tenido entrada en el Consejo Jurídico para la emisión del preceptivo Dictamen.

#### **QUINTA.- Observaciones al contenido del Proyecto de Decreto.**

I. **El cumplimiento por la edición electrónica del BORM de los principios de disponibilidad, acceso, integridad, autenticidad y conservación exigidos por la LAE.**

1. El artículo 1.2 LAE establece que las Administraciones Públicas utilizarán las tecnologías de la información de acuerdo con lo dispuesto en la misma, asegurando la disponibilidad, el acceso, la integridad, la autenticidad y la conservación de los datos que gestionen en el ejercicio de sus competencias.

Su aplicación a la publicidad de las normas y disposiciones no es una cuestión meramente tecnológica, ya que no sólo afecta al principio de publicidad, sino también a la publicación escrita y oficial de las normas jurídicas, efectuada de una forma que asegure la certeza e inalterabilidad de su redacción, su eficacia y vigencia (Dictamen 85/08 del Consejo Consultivo de La Rioja).

En tal sentido, el Proyecto de Decreto, a raíz de las observaciones del órgano preinformante sobre la necesidad de determinar las condiciones y garantías que permitan asegurar

la autenticidad e integridad de los textos, conforme a lo establecido en el artículo 11.1 LAE, ha sido completado en el sentido de añadir exigencias de la citada Ley, si bien, a diferencia de la primera versión del Proyecto, falta un apartado que recoja, con carácter general, que la edición electrónica deberá cumplir las condiciones y requisitos de utilización de las tecnologías que se contienen en la LAE, en tanto sólo se particulariza el cumplimiento de determinados aspectos (artículo 6.2 según Proyecto), mientras que otros se encuentran pendientes de desarrollar.

Punto destacado de la modificación que se pretende es precisamente dar autenticidad a la edición electrónica, estableciendo el apartado 1 del artículo 6, según el Proyecto, que el texto de ambas ediciones tendrá el valor que le otorga el artículo siguiente (se refiere al artículo 7 vigente del Decreto 51/1986 que establece “*el texto de las disposiciones legales que se publiquen en el Boletín Oficial de la Región de Murcia*” tendrán la consideración de auténtico ...”), conforme establece el artículo 1 de la Ley 5/2002. De otra parte también recoge el Proyecto de Decreto que la sede electrónica del Organismo Autónomo dispone de comunicaciones seguras (artículo 6.2), de acuerdo con lo establecido en el artículo 10.4 LAE y que estará integrado por un conjunto de documentos electrónicos firmado, verificado y autenticado de forma electrónica. Para su plena acomodación a la LAE, debe añadirse que los documentos han de ser autenticados individualmente, proponiendo la redacción del párrafo del siguiente modo: “*un conjunto de documentos electrónicos, firmados, verificados y autenticados individualmente de forma electrónica (...)*”.

De otra parte, la referencia en el apartado 2 al artículo 2.1.a) del Reglamento vigente, debería realizarse en la forma indicada.

2. Del mismo modo en el texto se asegura su conservación y custodia, si bien el Consejo Jurídico quiere hacer hincapié en otro de los principios de la LAE que es la accesibilidad general a esta edición electrónica.

En efecto, una de las finalidades de la LAE es la de facilitar el acceso por medios electrónicos de los ciudadanos a la información y al procedimiento administrativo, con especial atención a la eliminación de las barreras que limiten dicho acceso (artículo 3.2). Para ello establece una garantía de prestación de servicios y disposición de medios e instrumentos electrónicos (artículo 8.1), de tal forma que las Administraciones Públicas deberán habilitar diferentes canales o medios para la prestación de los servicios electrónicos, garantizando en todo caso el acceso a los mismos a todos los ciudadanos, con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos, en la forma que estime adecuada, teniendo tal precepto carácter básico, según su Disposición final primera. En su aplicación a la Administración General del Estado, el apartado 2 del mismo artículo (8.2) detalla, entre otros medios, las oficinas de atención presencial, las cuales ponen a disposición de los ciudadanos de forma libre y gratuita los medios e instrumentos precisos, debiendo contar con la asistencia u orientación sobre su utilización.

El Proyecto de Decreto sometido a consulta, a diferencia de otras disposiciones similares ya citadas, no contempla la utilización de estos medios para la accesibilidad general de los ciudadanos. Así, el artículo 14 del Real Decreto 181/2008, de 8 de febrero, sobre ordenación del diario oficial Boletín Oficial del Estado, establece que en todas las oficinas de información y atención al ciudadano de la Administración General del Estado se facilitará la consulta pública y gratuita de la edición electrónica, donde existirá al menos un terminal informático, a través del cual se podrán realizar búsquedas y consultas del contenido del diario, así como copias impresas.

Del mismo modo, el artículo 11 del Decreto 47/2008, de 11 de julio, por el que se regula el Boletín Oficial de La Rioja, establece que los ciudadanos podrán acceder gratuitamente en su formato electrónico a través de las Oficinas de Atención al Ciudadano del Gobierno de La Rioja, y demás locales o puntos que se habiliten a tal efecto.

En consecuencia, el Consejo Jurídico considera que debería ser completada la universalización de la edición electrónica del BORM con los medios que permitan el acceso por parte de cualquier ciudadano (en los horarios de atención al público) para su consulta, incluso con la posibilidad de suscribir acuerdos con otras Administraciones para que puedan acceder en sus sedes, como sugiere el Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana en su Dictamen 785/2006, ya citado.

Desde esta perspectiva de la accesibilidad, se echa en falta que no se contemple en el artículo 6.5 del Proyecto la obtención de copias simples.

## II. Repercusiones del Proyecto de Decreto en la Tasa 510 del Boletín Oficial de la Región de Murcia, prevista en el TRLTPCE.

1) Exigencia de una modificación previa de la Tasa 510 del Boletín Oficial de la Región de Murcia.

Al establecer el Proyecto de Decreto la generalización de la edición electrónica y sobre todo el acceso universal y gratuito de esta edición, frente a la impresa del BORM, se ha reconocido por el Estudio Económico de la disposición (folios 52 a 57), que tal previsión incide directamente en la Tasa 510 "Tasa del Boletín Oficial de la Región de Murcia", e implicará la supresión de los hechos imposables "ventas y entregas del boletín en soporte físico, por números sueltos o mediante suscripción", y "las suscripciones al Boletín Oficial por vía telemática o teleproceso, en soporte informático", previstos en el TRLTPCE (Anexo Segundo). Concretamente, se señala, respecto al primer hecho imponible (ventas y entregas del boletín en soporte físico), que supondrá la minoración de unos 60.000 euros anuales en el subconcepto presupuestario 302.06 T510-Tasa del BORM. Ventas. Mientras que respecto al segundo (suscripciones vía telemática o informática al Boletín), se indica que no supone una minoración de ingresos, pues, desde su creación se declaró la exención con carácter general en las sucesivas Leyes de Presupuestos.

Consecuencia de lo anterior es que la aprobación del presente Proyecto de Decreto se encuentra condicionada a la previa modificación de la Tasa 510 del TRLTPCE, por exigencias del principio de reserva legal en esta materia (artículo 12 del citado Texto Refundido), así como por la prohibición expresa para su establecimiento por los reglamentos regionales (artículo 53.2 de la Ley 6/2004). A mayor abundamiento, conviene recordar que el principio de reserva de ley lo establece el artículo 133 CE para el estricto ámbito de tributos, y el artículo 31 CE para las prestaciones patrimoniales de carácter público, como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 150/2003, de 15 de julio, correspondiendo sólo al legislador la facultad de determinar cuáles son los hechos imposables.

Esta observación es de carácter esencial a los efectos previstos en el artículo 61.3 RO-FCJ. Además, una vez aprobada la reforma legal precisa, el Decreto 51/1986, de 23 mayo, cuya modificación ahora se plantea (artículo 6), se vería a su vez afectado en mayor medida que la prevista (no se establece ninguna disposición derogatoria); por ejemplo, el artículo 24 del Decreto 51/1986, cuando señala que el pago de la suscripción da derecho a recibir el Boletín Oficial de la Región a domicilio.

2. La existencia de suscripciones del BORM en edición impresa pendientes a la entrada en vigor de la modificación.

Tampoco se ha abordado en el Estudio Económico, ni en el resto del expediente, qué ocurre con aquellos sujetos que suscribieron por un año natural o por semestres la venta y entrega de ejemplares del BORM en soporte físico, por número sueltos o mediante suscripción, pues el devengo de la tasa se produce en el momento de formalizar la suscripción (artículo 3 de la T-510 “Tasa del Boletín Oficial de la Región de Murcia” del TRLTPCE), teniendo en cuenta que el pago de las suscripciones se efectúa necesariamente dentro del mes anterior al inicio del periodo de suscripción, según prescribe el artículo 23 del Decreto 51/1986, salvo que ya no se estén realizando, lo que iría en contra de las previsiones del TRLTPCE, por la inicial previsión de que entre en vigor el 1 de enero de 2009.

En tal caso, de afectar a suscripciones en vigor, debería preverse la devolución de la tasa, para el caso de que no se adoptara un periodo transitorio de coexistencia entre ambas ediciones.

### III. Otras observaciones al artículo 6 del Proyecto.

De una parte, para mejorar la coherencia interna entre los distintos apartados del artículo 6, al final del número 4 se alude al supuesto de imposibilidad de disponer de la edición electrónica por circunstancias extraordinarias, si bien el apartado 6.a) del mismo artículo también alude a motivos de carácter técnico, por lo que debería completarse en tal sentido, o remitirse a los citados en este último apartado.

De otra, se podría completar el apartado 8 según Proyecto, que coincide con la redacción vigente (aunque como apartado 2), en el sentido de añadir que en él figurarán el año de edición, la fecha y el número del Boletín.

Por último, se ha previsto en el Proyecto de Decreto (apartado 7) que se editarán en forma impresa al menos dos ejemplares, uno de cuales estará depositado en el Organismo Autónomo Imprenta Regional y otro en el Secretariado Administrativo del Consejo de Gobierno, si bien, a diferencia de otras disposiciones autonómicas, se ha omitido los que se determine en la normativa de depósito legal.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.**- El Consejo de Gobierno ostenta competencias para regular la edición electrónica del BORM, en desarrollo de la Ley 3/1985 y habilitado para ello por la LAE, si bien el acceso gratuito y universal de dicha edición condiciona su aprobación hasta tanto se modifique la Tasa 510 del Boletín Oficial de la Región de Murcia prevista en el TRLTPCE, en lo referente a los hechos impositivos afectados por la regulación (Consideraciones Segunda y Quinta II).

**SEGUNDA.**- En cuanto al procedimiento seguido, cabe destacar que no consta el informe de la Dirección General de Presupuestos, considerado preceptivo por el Estudio Económico del Proyecto de Decreto (Consideración Tercera).

**TERCERA.**- Se consideran esenciales las siguientes observaciones:

1) El Proyecto de Decreto no asegura la accesibilidad general a la edición electrónica, con el establecimiento de los medios a los que se hace referencia en la Consideración Quinta, I, 2.

2) Habría que añadir en el apartado 2 del artículo 6 que los documentos han de ser autenticados individualmente (Consideración Quinta, I, 1).

3) En cuanto a los efectos de la sustitución de la edición electrónica por la impresa de acceso universal y gratuito, además de la consideración que suscita (Consideración Cuarta), nada se indica en el expediente sobre la posible existencia de suscriptores anteriores (Consideración Quinta, II, 2).

4) En cuanto al número de ejemplares que se conservan de la edición escrita no se cita a los que correspondan por la normativa de depósito legal (Consideración Quinta, III).

**CUARTA.-** Las demás observaciones contribuyen a la mejora e inserción del texto con el ordenamiento jurídico.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 210/08.- Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de construcción de un Instituto de Educación Secundaria en Pozo Estrecho (Cartagena), con omisión del trámite de fiscalización previa.**

**Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)**

**Fecha: 22/12/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*NOTA: Igual doctrina que la expresada en el Dictamen 207/2008.*

**DICTAMEN 211/08.- Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de construcción y ampliación de 2 líneas para Educación Infantil y Primaria en el C.P. Sagrado Corazón de Lorca (Murcia), con omisión del trámite de fiscalización previa.**

**Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)**

**Fecha: 22/12/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*Como ya ha expresado este Consejo Jurídico en anteriores ocasiones (Dictámenes 50/1998, 44/2000 y 164/2002, entre otros), las prestaciones efectivamente realizadas por el*

*contratista, ordenadas y aceptadas por el representante de la Administración, han de serle abonadas al primero por más que no se hubieran seguido los trámites formales al efecto, so pena de causar un enriquecimiento injusto a favor de aquélla. Así, en el presente caso, la recepción de la totalidad de la obra, formalizada el 12 de noviembre de 2008, acredita la conformidad administrativa con lo realizado.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Por orden del Consejero de Educación y Cultura de 30 de noviembre de 2006 se adjudicó a la mercantil “---”, UTE, el contrato de obras para la construcción y ampliación de 2 líneas para educación infantil y primaria en el C.P. Sagrado Corazón, de Lorca (Murcia), siendo levantada acta de comprobación de replanteo el 28 de diciembre de 2006, en la que se autorizó el inicio de la obra por declararse la misma viable. El precio del contrato es de 2.215.065,94 euros.

**SEGUNDO.-** El 3 de octubre de 2007 el Consejero autorizó a la dirección facultativa de las obras para redactar un proyecto modificado acordándose también la suspensión temporal parcial de las obras, que se amplió a suspensión total el 13 de febrero de 2008. La modificación propuesta fue aceptada por el contratista el 11 de febrero de 2008.

**TERCERO.-** El proyecto modificado fue aprobado por orden del Consejero de 25 de febrero de 2008, importando un presupuesto adicional de 322.746,29 euros, que representa el 14,57 por ciento del precio del contrato.

**CUARTO.-** Sometido el expediente a la Intervención General, emitió informe el 13 de marzo de 2008 en el que no fiscaliza favorablemente la propuesta, ya que considera que las modificaciones son debidas a errores de proyección, destacando las actuaciones sobre cimentación y estructura (que representan el 76,79 del importe adicional). Considera el órgano interventor que la plaza pública situada en la zona norte del colegio ya existía cuando se proyectó la obra, no acreditándose actuación urbanística alguna que justifique la elevación de la rasante; considera que la diferencia de rasante que existiese ya era conocida al tiempo de elaborar el proyecto. Por lo tanto, estas circunstancias no pueden ser entendidas como necesidades nuevas o causas imprevistas al tiempo de perfeccionarse el contrato (art. 101 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, TRLCAP). Igual razonamiento expone respecto a las modificaciones relativas a subsanación de mediciones, cumplimiento de la normativa y adecuación de ventanas.

Repara el Interventor, también, el precio contradictorio citado con el código PC.0501 relativo a “losa mixta realizada a base de plancha metálica”, que pasa de 23,86 a 44,38 euros, cuando su descripción no varía, lo que —según se dice— es contrario a la cláusula 51 del Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la contratación de obras (Decreto 3854/1970, de 31 de diciembre), según el cual se entenderán incluidos en el precio todos los trabajos necesarios para la correcta ejecución y acabado de cualquier unidad de obra.

**QUINTO.-** El Consejo Jurídico, en el Dictamen 131/2008, de 22 de julio, concluyó que las determinaciones en que consiste la modificación no pueden calificarse de imprevisibles en el momento de la adjudicación del contrato, dado que, como dice el informe de la Dirección de los Servicios Jurídicos sobre la previsibilidad de la obra de la plaza contigua, lo determinante no es la fecha de finalización de tal obra de urbanización, sino

la de iniciación, y todo hace indicar que la diferencia de cota debía ser conocida al tiempo de redactarse el proyecto; pero, además, la invocación de esta determinante causa modificadora no aparece acreditada en el expediente ni siquiera de forma mínima, quedándose éste en un simple acogimiento al precepto legal carente de cualquier prueba sobre el hecho. Por otra parte, las reglamentaciones técnicas a que habían de sujetarse las instalaciones ya estaban vigentes en el momento de la adjudicación, no experimentando variación posterior. En definitiva, las necesidades iniciales que planteaba la construcción de un centro escolar eran ya previsibles, por lo que su omisión en el proyecto inicial sólo puede deberse a un patente error de proyección.

Respecto a la modificación en que consiste el precio contradictorio citado con el código PC.05.01, correspondiente a losa mixta de plancha metálica, queda de relieve, nuevamente, que la modificación está motivada en un error del proyecto, que debiera haber contemplado tal unidad de obra, error no detectado en fase de supervisión por la unidad técnica correspondiente

**SEXO.-** El Consejo de Gobierno, en sesión de 1 de agosto de 2008, acordó levantar los reparos formulados por el Interventor General, separándose del Dictamen del Consejo Jurídico.

**SÉPTIMO.-** Finalizada la ejecución del contrato se suscribió el acta de recepción el 12 de noviembre de 2008, por el Director de las obras, el representante de la contratista y el técnico de la Administración, aunque no por el Delegado de la Intervención, que emitió informe de fecha 27 de noviembre de 2008. En él indica que, mediante una denominada acta de comprobación de las obras y de ocupación parcial del centro, suscrita por la Directora General de Centros, el arquitecto director de las obras y el representante de la contratista, fechada el 1 de septiembre de 2008, se materializó la ocupación del mencionado centro, y se hace constar que todos los desperfectos que se puedan ocasionar por el uso del mismo no serán exigibles al contratista.

Además de ello, el Interventor realiza unas consideraciones sobre la posibilidad de una recepción tácita parcial de las obras y sobre la recepción de las mismas como acto sometido a fiscalización previa, para concluir que, mediante la ocupación previa, se incumplió lo establecido por el artículo 168 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ya que la ocupación de las obras no se realizó por el órgano competente y no se siguió el procedimiento establecido, omitiéndose, particularmente, la preceptiva fiscalización del acto de comprobación material de la inversión.

Finaliza el Interventor su informe indicando que el mismo se emite a los efectos del artículo 33 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Control interno efectuado por la Intervención (RCI), y que no sería conveniente instar la revisión de los actos, ya que el importe de la indemnización no sería inferior al de la certificación que en su momento se propondrá una vez resuelto el presente incidente.

**OCTAVO.-** La Consejería, a la vista de lo expuesto por el contratista, en informe de 1 de diciembre de 2008, suscrito por la Directora General de Centros, realizó, entre otras, las siguientes manifestaciones: 1) La obra fue ocupada parcialmente al comienzo del curso 2008/2009, “siguiendo instrucciones del anterior Consejero de primar la escolarización de los niños”; 2) se realizó la ocupación en aras del interés público.



**NOVENO.-** Sin fecha y sin firma, una propuesta de acuerdo que, al parecer, se pretende elevar al Consejo de Gobierno, busca que éste autorice a dicha Consejería para la “continuación del procedimiento en el expediente de contratación (...)”.

**DÉCIMO.-** Elaborado el correspondiente extracto de secretaría e índice de documentos, las actuaciones practicadas se remitieron al Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el día 5 de diciembre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

De acuerdo con el artículo 12.12 de la LCJ, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo.

#### **SEGUNDA.- Procedimiento y contenido del expediente.**

I. Tal como ha señalado en diversas ocasiones este Consejo Jurídico, el asunto sometido a Dictamen es una manifestación típica de un procedimiento de naturaleza incidental, con relación al ordinario de aplicación al presupuesto de las obligaciones contraídas por la Administración regional, procedimiento incidental (regulado en el artículo 33 RCI) que se inicia con la comunicación que el Interventor realiza a la autoridad que hubiera iniciado el procedimiento ordinario, de que se ha observado en este último la omisión de un trámite preceptivo, cual es la fiscalización previa del acto de reconocimiento de la obligación.

II. Como ya ha expresado este Consejo Jurídico en anteriores ocasiones (Dictámenes 50/1998, 44/2000 y 164/2002, entre otros), las prestaciones efectivamente realizadas por el contratista, ordenadas y aceptadas por el representante de la Administración, han de serle abonadas al primero por más que no se hubieran seguido los trámites formales al efecto, so pena de causar un enriquecimiento injusto a favor de aquélla. Así, en el presente caso, la recepción de la totalidad de la obra, formalizada el 12 de noviembre de 2008, acredita la conformidad administrativa con lo realizado.

III. El Interventor aconseja que se autorice al Consejero consultante a continuar el procedimiento hasta reconocer la obligación, conclusión que, a la vista de la doctrina expuesta, es compartida por este Consejo Jurídico, aunque no por ello se pueden obviar las graves irregularidades cometidas por la Directora General de Centros al prescindir de la autorización preceptiva del Consejero en cuanto órgano de contratación, necesaria a tenor de lo previsto en el artículo 147.6 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con el 16.2,m) de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de organización y régimen jurídico de la Administración pública regional, atribuyéndose una facultad propia de uno de los órganos superiores de dicha Administración (art. 11.1 de la indica Ley 7/2004). También se ha omitido la fiscalización previa del acto, tal como prevé el artículo 168 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Se trata de un cúmulo de incumplimientos impropio del carácter profesional de la Administración, que no puede ser justificado ni amparado por los titulares de los órganos directivos, a quienes compete

salvaguardar el principio de legalidad, y que se añaden a los ya causados en la modificación contractual contraria a la legalidad.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.**- El Consejo de Gobierno puede autorizar al Consejero de Educación, Formación y Empleo a continuar el procedimiento.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 212/08.- Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de construcción de un nuevo colegio público de Educación Infantil en Lorca (Murcia), con omisión del trámite de fiscalización previa.**

**Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)**

**Fecha: 22/12/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 211/2008.*

**DICTAMEN 213/08.- Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de construcción de un Colegio Público de Infantil y Primaria en la zona norte de Murcia (CR-5), con omisión del trámite de fiscalización previa.**

**Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)**

**Fecha: 22/12/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 211/2008.*

**DICTAMEN 214/08.- Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de ampliación del I.E.S. “Antonio Menárguez Costa” de los Alcázares (Murcia), con omisión del trámite de fiscalización previa.**

**Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)**

**Fecha: 22/12/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 211/2008.*

**DICTAMEN 215/08.- Reconocimiento de obligaciones contraídas por las obras de instalación de la red informática y cuadros eléctricos en el I.E.S. “Ingeniero de la Cierva” de Patiño (Murcia), con omisión del trámite de fiscalización previa.**

**Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)**

**Fecha: 22/12/08**

#### **Extracto de Doctrina**

*La invalidez de la actuación administrativa, ya sea concertando la prestación (en lo que se ha calificado a veces de cuasicontrato de gestión de negocios ajenos), ya ordenándola al contratista en ejercicio de las prerrogativas administrativas de variación del contrato, genera una obligación de abono de las obras o servicios. Pero tal obligación de abono de los servicios no tiene por título el contrato, que no existe y es nulo de pleno derecho, sino evitar el enriquecimiento injusto de la Administración que ha recibido tales servicios (STS, Sala 3ª, sec. 7ª, de 30 de septiembre de 1999).*

#### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 26 de octubre de 2005 se formalizó un contrato entre la Consejería de Educación y Cultura y la mercantil “---”, S.A para la ejecución de obras de ampliación de 6 aulas de informática y 6 aulas taller de electrónica en el IES “Ingeniero de la Cierva”, en Patiño, Murcia. A partir de aquí, la documentación remitida conforma un expediente heterodoxo y confuso.

**SEGUNDO.-** Según manifestaciones del Subdirector General de Centros (informe de 18 de abril de 2008), en un momento anterior al inicio del curso 2007-2008, a petición del Director General de Enseñanzas Escolares, se solicitó al contratista que realizara la instalación de la red informática e instalaciones de protección eléctrica en las aulas (del tipo cableado estructurado), dado que el uso de las mismas era para ciclos formativos de formación profesional de esas características. Tal prestación no se recogía en el proyecto adjudicado (escrito de la Directora General de Centros de 23 de abril de 2008).

**TERCERO.-** El contratista, mediante carta de 7 de abril de 2008, solicitó a la Directora General de Centros el abono de 108.206,44 euros (acompaña memoria valorada), correspondientes a la ejecución del encargo recibido; según indica, la instalación se realizó de conformidad con lo acordado con el Director General de Enseñanzas Escolares. Reiteró su solicitud el 27 de mayo de 2008, a título de responsabilidad patrimonial de la Administración.

**CUARTO.-** La Consejería realizó o había realizado las siguientes actuaciones:

1) Solicitó un informe a una empresa externa acerca de la instalación efectuada por la contratista, la cual, si bien inicialmente reparó el trabajo (folio 75), con posterioridad dio su visto bueno (escrito de 3 de junio de 2007, folio 209).

2) La dirección del centro escolar manifestó el 16 de julio de 2007 que la contratista había realizado la red informática de acuerdo a la petición realizada por el centro y la Consejería, y que dicha red ya se encontraba en servicio (folio 210).

3) Un ingeniero técnico de la Consejería informó el 18 de abril de 2008 que la red informática había sido ejecutada de acuerdo con el informe técnico aportado por la empresa externa (folio 231). Emitió certificación de obra con fecha 1 de abril de ese año (folio 234).

4) El Subdirector General de Centros en su informe de 18 de abril de 2008, propone que el expediente sea sometido a la Intervención Delegada con el fin de proceder al pago de la prestación efectuada por la contratista.

**QUINTO.-** El 27 de octubre de 2008, la Directora General de Centros propuso la aprobación del gasto (folio 245), respecto a la cual el Interventor Delegado emitió informe el 3 de noviembre de 2008 que finaliza indicando que el mismo se emite a los efectos del artículo 33 del Decreto 161/1999, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Control interno efectuado por la Intervención, y que no sería conveniente instar la revisión de los actos, ya que el importe de la indemnización no sería inferior al de la certificación propuesta.

Continúa el Interventor indicando que nos encontramos ante una actuación que -en función de lo que disponen los artículos 62.1,e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC) y 62 a) y c) del Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas- es nula de pleno derecho, dados los incumplimientos normativos que se han producido (folio 255) que *“son de tal calibre que han supuesto la vulneración total de la normativa que regula la contratación administrativa, así como de la que establece los procedimientos de ejecución y control del gasto público”*, y cita los siguientes: a) Se ha vulnerado la exigencia del sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho (Arts. 9 y 103.3 CE); b) Se han omitido los principios básicos de publicidad y concurrencia de la contratación administrativa, burlándose el acceso de las empresas a la contratación que no se realizó, y la posibilidad de que la Administración realizara la selección de la oferta más ventajosa; c) Las actuaciones han sido realizadas por órgano incompetente, con invasión de las competencias del órgano de contratación; d) No se ha producido la autorización del gasto, ni su compromiso.

Con cita de doctrina de este Consejo Jurídico concluye que tales actos nulos de pleno derecho no pueden ser fuente de obligaciones de la Hacienda regional, por ser insubsanables

y no admitir convalidación, procediendo el abono de las prestaciones recibidas para evitar el enriquecimiento injusto de la Administración.

Sin fecha y sin firma, una propuesta de acuerdo que se pretende elevar al Consejo de Gobierno busca que éste autorice a dicha Consejería para que reconozca la obligación contraída.

**SEXTO.-** Elaborado el correspondiente extracto de secretaría e índice de documentos, las actuaciones practicadas se remitieron al Consejo Jurídico, en cuyo registro tuvo entrada la consulta el día 14 de octubre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

Tal como el escrito de formalización de la consulta expresa, el presente Dictamen se emite con carácter preceptivo y con amparo en el artículo 12.12 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, al versar sobre una consulta relativa a unos gastos contraídos con omisión de la fiscalización previa.

#### **SEGUNDA.-** Sobre la procedencia de reconocer o no la obligación.

I. Como recuerda el informe de la Intervención Delegada, un asunto semejante al que plantea el expediente sometido a consulta fue tratado en el Dictamen 140/2004, cuya segunda consideración expresa lo que sigue.

Para el análisis de la cuestión suscitada ha de partirse de la legislación básica sobre contratos administrativos recogida en el TRLCAP, aprobado por Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de julio, que dispone en sus artículos 53 a 55 que los contratos se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento o la forma de adjudicación utilizados, que se formalizarán en documento administrativo y que la Administración no podrá contratar verbalmente, salvo que el contrato responda a una situación de emergencia.

Igualmente dispone en su artículo 67 que a los contratos cuya adjudicación se rija por la presente Ley precederá la tramitación del expediente de contratación, que se iniciará por el órgano de contratación justificando la necesidad de la misma. Al expediente se incorporarán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas particulares que hayan de regir el contrato, con precisión del plazo de duración de éste y, cuando estuviere prevista, de su posible prórroga y alcance de la misma que, en todo caso, habrá de ser expresa, sin que pueda prorrogarse el contrato por consentimiento tácito de las partes. Al expediente se incorporarán, siempre que el contrato origine gastos para la Administración, el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya, la fiscalización de la Intervención y la aprobación del gasto, salvo en el supuesto excepcional previsto en el art. 85, letra a), en los términos de la Ley General Presupuestaria o de las correspondientes normas presupuestarias de las restantes Administraciones públicas sujetas a esta Ley.

Por su parte, la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la administración pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en su artícu-

lo 34.1, indica que los Consejeros son los órganos de contratación de la Administración y están facultados para celebrar en su nombre los contratos en el ámbito de sus competencias; añade el artículo 33 que los contratos que celebre la Administración se regirán por la normativa básica del Estado. En igual sentido el artículo 16.2, m) de la misma Ley 7/2004.

Del derecho positivo expuesto resultan ya evidentes unos incumplimientos determinantes de invalidez del contrato verbal, al disponer el artículo 61 TRLCAP que *“los contratos regulados en la presente Ley serán inválidos cuando lo sea alguno de sus actos preparatorios o el de adjudicación por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes”*, a lo que agrega el artículo 62 del mismo texto legal que son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes: “a) Las indicadas en el art. 62.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, cuya letra e) comprende, como caso de tal nulidad, a los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Así pues, puede afirmarse que el acto verbal de adjudicación de la obra, al margen del contrato en su día suscrito, es nulo de pleno derecho, por lo que no puede ser fuente de obligaciones para la hacienda regional, por ser insubsanable y no admitir la convalidación.

II. Tal conclusión no permite prescindir de la idea ampliamente recogida por la doctrina y la jurisprudencia según la cual cuando la Administración, por medio de quien actúa como su representante y, por tanto, investido de apariencia de autoridad, ordena o da su conformidad a obras o servicios no incluidos en el proyecto aprobado por el órgano de contratación, debe hacer frente a la obligación contraída por los actos de dicho representante, aun cuando éstos adolezcan de invalidez por haberse dictado por órgano incompetente o por no haberse seguido el procedimiento legalmente establecido: Sentencias de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 1979, 21 de noviembre de 1981, 20 de diciembre de 1983 y 16 de mayo de 1986, entre otras muchas. De ellas se desprende que la invalidez de la actuación administrativa, ya sea concertando la prestación (en lo que se ha calificado a veces de cuasicontrato de gestión de negocios ajenos), ya ordenándola al contratista en ejercicio de las prerrogativas administrativas de variación del contrato, genera una obligación de abono de las obras o servicios.

Pero tal obligación de abono de los servicios no tiene por título el contrato, que no existe y es nulo de pleno derecho, sino evitar el enriquecimiento injusto de la Administración que ha recibido tales servicios (STS, Sala 3ª, sec. 7ª, de 30 de septiembre de 1999).

Debe tenerse presente que la Ley General Presupuestaria sitúa el origen de las obligaciones de la hacienda en la ley, en los negocios jurídicos, y en los actos o hechos que según derecho las generen (art. 21), acogiendo así el título resarcitorio como posible fuente para el reconocimiento de obligaciones, las cuales resultarían exigibles una vez adoptadas las medidas de ejecución presupuestaria correspondientes. En igual sentido el artículo 22 del Decreto Legislativo 1/1999, de 2 diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

En función de todo lo expuesto puede afirmarse que procede reconocer la obligación indicada, pero no por título contractual sino como indemnización de los daños causados a quien prestó los servicios que, de no reconocerse la obligación, supondrían un enriquecimiento injusto de la Administración municipal.

**TERCERA.- Sobre la gravedad de los incumplimientos normativos.**

I. Dice el Interventor Delegado, siguiendo lo previsto en la Circular 3/1996, de 30 de abril, de la Intervención Regional de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que no es conveniente la revisión de los actos, ya que la indemnización sería equivalente a la certificación que habría de pagarse al contratista, conclusión que no comparte plenamente este Consejo Jurídico, a la vista de lo antes razonado. En efecto, al advertir que del encargo ilegal realizado por el titular de la Dirección General y por el propio director del IES no podían originarse obligaciones contractuales para la hacienda, dada su nulidad de pleno derecho, se está despejando el principal obstáculo para la revisión, ya que el reconocimiento de la obligación tiene que nacer “ex novo” y, de no realizarse tal revisión, quedaría el acto inválido en el ordenamiento sin el reproche que merece por su plena falta de adecuación a derecho. Además de este carácter depurativo del ordenamiento jurídico, la revisión es obligada a la vista de lo que dispone el artículo 102.1 LPAC (“Las Administraciones (...) declararán”(...)).

II. Para finalizar, el Consejo Jurídico está en la obligación de llamar la atención al Consejero de Educación, Formación y Empleo sobre la gravedad de las actuaciones desarrolladas en el seno de la Dirección General de Centros que, lejos de aparecer como un episodio aislado en el curso natural de la gestión ordinaria, parecen revelar un continuo soslayamiento del ordenamiento en su conjunto, destacando al respecto el Interventor que los incumplimientos “*son de tal calibre que han supuesto la vulneración total de la normativa que regula la contratación administrativa, así como de la que establece los procedimientos de ejecución y control del gasto público*”.

Quizás, para corregir estas actuaciones, el titular de la Consejería debiera ejercer las funciones de superior inspección del Departamento que la Ley 7/2004 le confiere (art. 16.2, b), recordando a quien sea necesario que la lealtad a los intereses generales de la Región de Murcia se anuda, en primer lugar, al respeto al principio de legalidad, al que está sujeto el Alto Cargo de la Administración regional (art. 1 de la Ley 5/1994, de 1 de agosto, del Estatuto de la Actividad Política), principio que también constituye el primer presupuesto ético del empleado público en el ejercicio de sus funciones, según el artículo 83 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

**CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Que el Consejo de Gobierno puede autorizar a la Consejería de Educación, Formación y Empleo para que reconozca la obligación a que se contrae el expediente dictaminado, pero no por título contractual sino como indemnización de los daños causados.

**SEGUNDA.-** Que el acto verbal de adjudicación de la obra, al margen del contrato en su día suscrito, es nulo de pleno derecho, por lo que no puede ser fuente de obligaciones para la hacienda regional, por ser insubsanable y no admitir la convalidación, debiendo en consecuencia ser revisado por la vía del artículo 102 LPAC.

**TERCERA.-** Que para corregir estas actuaciones, el titular de la Consejería debiera ejercer las funciones de superior inspección del Departamento que la Ley 7/2004 le confiere (art. 16.2, b).

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 216/08.- Proyecto Decreto por el que se regula la prestación de los servicios de recaudación de determinados derechos económicos de la Hacienda Pública Regional por la Agencia Regional de Recaudación.**

**Consultante: Consejera de Hacienda y Administración Pública (2007)**

**Fecha: 29/12/08**

**Extracto de Doctrina**

*Ha de advertirse, en este sentido, que el artículo 40.1, letra d) de la Ley 7/2004 constituye una reserva legal para el establecimiento de los recursos económicos de los organismos públicos. Y aunque dicha reserva no ha de interpretarse en sentido absoluto, como excluyente de cualquier participación del reglamento en la determinación del recurso económico y de su régimen, dicha colaboración reglamentaria debe moverse siempre en términos de subordinación y complementariedad, lo que veda la ampliación del ámbito de los sujetos afectados, más allá del determinado en la Ley.*

**ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** El 15 de mayo de 2007, la Directora de la Agencia Regional de Recaudación (ARR) remite al Secretario General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública “Anteproyecto de Decreto por el que se regula la prestación de los servicios de recaudación de determinados derechos económicos de la Hacienda Pública Regional por la Agencia Regional de Recaudación”.

El indicado Anteproyecto se acompaña de la siguiente documentación:

— “Memoria sobre motivación jurídica y sobre la necesidad y oportunidad” del Proyecto. Éste responde a la voluntad de regular los servicios prestados por la ARR y obtener ingresos por la prestación de tales servicios, consistentes en la gestión recaudatoria en período voluntario de los derechos económicos de la Comunidad Autónoma que reglamentariamente se determinen y, en período ejecutivo, de todos los derechos económicos reconocidos y contraídos a favor de la misma. Tales servicios, se afirma, habrían sido desarrollados sin contraprestación alguna, aun cuando el artículo 11, letra d) de la Ley 8/1996, de 3 de diciembre, de creación del organismo autónomo Agencia Regional de Recaudación (LARR), prevé la posibilidad de establecerla. El Proyecto persigue fijar dicha contraprestación económica cuando la gestión recaudatoria se realice para los organismos públicos vinculados o dependientes de la Comunidad Autónoma, estableciendo, además, el procedimiento y las obligaciones formales a que, para el correcto desarrollo de la gestión recaudatoria, hayan de someterse tanto la Agencia como el organismo público que recibe los servicios de recaudación.

— Informe económico, elaborado en aplicación de lo establecido en el artículo 53 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia, según el cual la contraprestación económica prevista en el Proyecto supondrá una importante fuente de ingresos propios para la ARR, determinando un incremento real en el presupuesto de ingresos del organismo con disminución proporcional de las transferencias corrientes que le son efectuadas por la Comunidad Autónoma.



— Informe sobre impacto por razón de género, que niega la existencia de impacto diferencial alguno entre hombres y mujeres en la regulación proyectada.

— Propuesta que eleva la Directora de la ARR al Secretario General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública para la tramitación del Proyecto como Decreto.

**SEGUNDO.-** Según escrito de la Directora de la ARR de 21 de septiembre de 2007, con fecha 11 de junio se remitió el texto del Proyecto a 14 centros directivos: las Secretarías Generales de las distintas Consejerías y los siguientes organismos públicos adscritos a la Administración Regional: Servicio Murciano de Salud (SMS); Imprenta Regional; Instituto Murciano de Acción Social (IMAS); Instituto Murciano de Investigación y Desarrollo Agrario y Alimentario (IMIDA); Instituto de Seguridad y Salud Laboral (ISSL); Entidad de Saneamiento y Depuración (ESAMUR); e Instituto de Fomento (INFO).

Tras valorar las observaciones formuladas e incorporar las que estima oportuno, la ARR elabora un segundo borrador.

**TERCERO.-** El 15 de octubre de 2007, el Servicio Jurídico de la Consejería de Hacienda y Administración Pública emite informe en el que formula diversas observaciones de carácter formal, sustantivo y de técnica normativa que, una vez valoradas, determinan la introducción en el texto del proyecto de diversas modificaciones, dando lugar al tercer borrador.

**CUARTO.-** Con fecha 26 de noviembre de 2007, el Servicio Jurídico de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, ante la vacancia de la Vicesecretaría, evacua el preceptivo informe de ésta.

**QUINTO.-** El 31 de enero de 2008, la Dirección de los Servicios Jurídicos emite informe favorable al Proyecto, si bien condiciona aquel carácter al cumplimiento de las observaciones formuladas, las cuales son de índole formal (insuficiente acreditación en el expediente de que haya de ser el Servicio Jurídico de la Consejería promotora del Proyecto quien supla a la Vicesecretaría en la emisión del informe de ésta; necesidad de incorporar al expediente la propuesta de la Directora de la ARR a la Consejera para tramitar el Proyecto como Decreto, un informe económico más detallado, una memoria de repercusiones presupuestarias, el informe de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas y una más detallada memoria justificativa de la oportunidad y necesidad del Proyecto), de técnica normativa, y de carácter sustantivo (sobre la imposibilidad de extender la aplicación de la norma al INFO, la improcedencia de rechazar la gestión recaudatoria de deudas tributarias próximas a prescribir, la forma de pago de la contraprestación económica por los organismos públicos y la conveniencia de precisar las “actuaciones incorrectas” a que se refiere el artículo 4.4 del Proyecto).

Estas observaciones son objeto de valoración por la ARR en informe de 10 de marzo de 2008, que asume buena parte de las formuladas, motivando el rechazo de las restantes. Se elabora un nuevo texto, que consta a los folios 139 a 143 del expediente, que aparece rubricado por la entonces Consejera de Hacienda y Administración Pública.

Asimismo, en respuesta a los reparos formales efectuados por la Dirección de los Servicios Jurídicos, se incorpora al expediente la siguiente documentación:

a) Informe complementario a la memoria justificativa sobre la necesidad y oportunidad del Proyecto.

b) Nuevo informe económico.

c) Propuesta de la Directora de la ARR a la titular del Departamento de adscripción del Organismo, para tramitar el Proyecto como Decreto.

d) Informe de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas, que pone de manifiesto diversas carencias y aparentes contradicciones en los informes económicos obrantes en el expediente. Esta actuación determina la elaboración de un nuevo y detallado estudio económico por la ARR, de fecha 17 de julio.

Remitido este último a la Dirección General de Presupuestos y Finanzas, emite informe el 29 de julio, concluyendo que la entrada en vigor del futuro Decreto determinará un aumento del presupuesto neto consolidado de gastos de la Administración regional y sus organismos autónomos no financiado con recursos generados por el propio Decreto, de 21.932,79 euros en cómputo anual. Sobre el presupuesto consolidado de ingresos, el principal efecto será una transferencia de fondos desde los organismos públicos afectados hacia la ARR, aumentando de esta forma la proporción de recursos propios de esta última y disminuyendo la de aquéllos, sin alterar de forma global el presupuesto regional, ya que dicha transferencia de fondos deberá ser compensada con un aumento y una disminución, respectivamente, de las transferencias internas que estos organismos perciben actualmente de la Administración regional.

e) Nuevo informe de la Vicesecretaría, en el que se hace constar la resolución, de 7 de enero de 2008, por la que el Secretario General de la Consejería de Hacienda y Administración Pública establece la suplencia del titular del referido órgano en el Jefe de Servicio Jurídico de la Consejería para la emisión del informe previsto por el artículo 53.2 de la Ley 6/2004, en el seno del procedimiento de elaboración reglamentaria.

Una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, V. E. remitió el expediente en solicitud de Dictamen mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 17 de septiembre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### CONSIDERACIONES

#### PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

En efecto, tal y como consta en la memoria justificativa que acompaña al Proyecto y en su parte expositiva, la futura disposición se dicta con fundamento en el artículo 3, letras a) y b) LARR, que atribuye a la Agencia la gestión recaudatoria de los derechos económicos de la Comunidad Autónoma, ya sea en período voluntario —cuando así se determine reglamentariamente— o ejecutivo, y, singularmente, en desarrollo de la previsión contenida en el artículo 11, letra d) del mismo texto legal, en cuya virtud forman parte de la hacienda del organismo autónomo, entre otros, *“los ingresos obtenidos como contraprestación por la recaudación de derechos económicos de la Hacienda regional que en su caso se establezcan”*.

Atendido el objetivo perseguido con la promulgación de la futura disposición, cual es posibilitar el cobro de dicha contraprestación por los servicios de gestión recaudatoria que efectúe la Agencia para otros organismos públicos, y aunque en rigor no existe una expresa remisión reglamentaria en el texto de la LARR, lo cierto es que, como más adelante se razona, la efectiva aplicación del derecho económico previsto en aquella precisa de un desarrollo reglamentario, de donde cabe inferir el carácter ejecutivo del reglamento sometido a Dictamen y la preceptividad de éste.

**SEGUNDA.- Procedimiento de elaboración.**

Una vez subsanadas las omisiones e irregularidades formales detectadas por los organismos preinformantes, en términos generales cabe hacer un juicio favorable respecto al cumplimiento de los trámites que, de conformidad con el artículo 53 de la Ley 6/2004, configuran el procedimiento de elaboración reglamentaria. Así, consta en el expediente el texto del anteproyecto, la propuesta de la Directora de la ARR a la entonces Consejera de Hacienda y Administración Pública para su tramitación como Decreto, con exposición de motivos y acompañada por una memoria justificativa de su oportunidad, diversos estudios económicos, el informe jurídico de la Vicesecretaría y los informes preceptivos sobre valoración del impacto por razón de género, los de la Dirección de los Servicios Jurídicos y de la Dirección General de Presupuestos y Finanzas, así como la audiencia concedida a las Consejerías y organismos públicos de la Administración regional, las alegaciones resultantes, y la valoración que de las mismas se hace por el órgano promotor del Proyecto y que han determinado su inclusión o rechazo en el texto definitivo del mismo.

Únicamente carece el expediente de la siguiente documentación:

- a) Relación de las disposiciones cuya vigencia resulte afectada. No obstante no consta que haya norma preexistente alguna que vea alterada su vigencia por el futuro Decreto.
- b) La propuesta que, de conformidad con el artículo 37.1, letra c) de la Ley 6/2004, ha de elevar la Consejera de Economía y Hacienda al Consejo de Gobierno para la aprobación del Proyecto como Decreto.

**TERCERA.- Texto sometido a Dictamen.**

Si bien no hay en el expediente un texto que aparezca diligenciado como texto definitivo del Proyecto de disposición, se toma como tal el que obra a los folios 139 y siguientes, toda vez que, además de ser el último, es el único que aparece rubricado.

El Proyecto consta de una parte expositiva innominada, 4 artículos (“ámbito de aplicación y sujetos obligados”; “objeto”; “procedimiento”; “contraprestación económica”), una Disposición derogatoria y una final.

**CUARTA.- Competencia material y habilitación reglamentaria.**

De conformidad con el artículo 2 del Proyecto, éste tiene por objeto establecer una contraprestación económica a favor de la ARR, por la prestación de los servicios de gestión recaudatoria en período voluntario de los derechos económicos que reglamentariamente se le atribuyan, así como por los servicios de recaudación en período ejecutivo de los derechos reconocidos y contraídos a favor de los organismos públicos, vinculados o dependientes de la Administración regional, en el ejercicio de las competencias atribuidas en la LARR. Además, define las obligaciones formales que han de regir la relación entre la Agencia

y los organismos públicos afectados, para posibilitar el cobro de las deudas en período ejecutivo.

En consecuencia, el Proyecto se inserta en el ámbito material de la función recaudatoria, entendida como aquella función pública destinada a la efectiva realización de los débitos a la Hacienda pública por ingresos de Derecho Público.

En el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma, delimitado por los artículos 40 y siguientes del Estatuto de Autonomía que establecen el fundamento de la autonomía financiera de la Región de Murcia, dicha función recaudatoria se asigna por el artículo 17 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/1999, de 2 de diciembre (TRLH), a la Consejería de Economía y Hacienda, al establecer que este órgano asumirá, de modo directo, las funciones de la gestión recaudatoria conducentes a la realización, en vía voluntaria y ejecutiva, de los créditos y derechos que constituyen el haber de la Hacienda Pública regional o aquellos otros que le sean encargados, en régimen de concierto, por otras administraciones públicas, entidades o corporaciones. Se establece, asimismo, la posibilidad de delegar dicha función en otros órganos o entidades de la Comunidad Autónoma o de otras Administraciones Públicas, previsión que en 1996 llevó a la creación de la ARR y a asignarle la gestión recaudatoria de los derechos de la Hacienda Pública Regional.

La recaudación que lleva a efecto la ARR supone el ejercicio de las funciones que tiene legalmente atribuidas por el artículo 3.1, letras a) y b) de su Ley de creación, en cuya virtud le corresponde la gestión recaudatoria en período ejecutivo de todos los derechos económicos reconocidos y contraídos a favor de la Comunidad Autónoma (letra a), y la gestión recaudatoria en período voluntario de los derechos económicos de la Comunidad Autónoma que reglamentariamente se determinen (letra b).

Como expresamente se indica en el expediente, no es objeto del Proyecto desarrollar esta última previsión legal, mediante el establecimiento de los derechos sobre los cuales corresponde a la ARR la gestión recaudatoria en período voluntario, sino posibilitar la exigibilidad y efectiva aplicación de la contraprestación prevista en el artículo 11, letra d) de la Ley de creación del organismo.

El artículo 11, letra d) LARR, incluye entre los derechos que integran la hacienda del organismo autónomo, los *“ingresos obtenidos como contraprestación por la recaudación de derechos económicos de la hacienda regional, que en su caso se establezcan”*.

Establecidas por la Ley de creación de la ARR las bases de su régimen presupuestario y los recursos económicos de que dispone el organismo, corresponde al reglamento su desarrollo. A tal efecto, el artículo 41 de la Ley 7/2004, de 28 de diciembre, de Organización y Régimen Jurídico de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, prevé que el régimen presupuestario de los organismos autónomos será objeto de regulación en los Estatutos del organismo, cuya aprobación se atribuye al Consejo de Gobierno mediante Decreto, con algunas peculiaridades en cuanto al procedimiento de elaboración reglamentaria. Considera el Consejo Jurídico que dichos Estatutos probablemente serían la sede normativa más adecuada para regular la contraprestación por los servicios de recaudación que realiza el organismo, en tanto que recurso económico incardinable en el ámbito material del régimen presupuestario y económico-financiero, a que se refiere el apartado 1, letra d) del indicado precepto legal, como contenido necesario de los Estatutos. No obstante, en tanto éstos no son aprobados, nada impide que el Consejo de Gobierno, en

uso de la potestad que tiene atribuida por el artículo 32 del Estatuto de Autonomía, proceda al desarrollo reglamentario parcial de tales contenidos.

En cuanto al establecimiento de obligaciones formales, tanto para la ARR como para los organismos a los que se prestan servicios de gestión recaudatoria y que el artículo 3 del Proyecto engloba bajo el concepto de “procedimiento”, constituyen normas dirigidas a regular la relación entre el organismo prestador del servicio y su beneficiario, necesarias para el adecuado desenvolvimiento del servicio y cuya habilitación ha de buscarse en la titularidad misma de éste. Del mismo modo, en la medida en que todos los organismos parte en la relación están integrados en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, en el sentido amplio que de la misma ofrece el artículo 1.1 de la Ley 7/2004, el establecimiento de las indicadas reglas relacionales queda amparado por la potestad autoorganizatoria de la Administración regional, que corresponde a la Comunidad Autónoma en virtud del artículo 51 del Estatuto de Autonomía.

#### **QUINTA.- El ámbito de aplicación y los sujetos obligados.**

De conformidad con el artículo 1 del Proyecto, el futuro Decreto será de aplicación a los organismos públicos vinculados o dependientes de la Administración regional, contenidos en el artículo 39 de la Ley 7/2004, los cuales deberán someter sus actuaciones en materia recaudatoria a las previsiones contenidas en el mismo, estando obligados a la contraprestación económica que allí se regula.

Sin embargo, la extensión de la obligatoriedad de la contraprestación económica a todos los organismos públicos contenidos en el artículo 39 de la Ley 7/2004 excede la habilitación reglamentaria que fundamenta el Proyecto.

En efecto, el artículo 11, letra d) LARR posibilita el establecimiento, como recurso económico integrado en la hacienda del organismo recaudador, de una contraprestación por la recaudación de derechos económicos de la Hacienda regional. Adviértase cómo la posibilidad de exigir dicha contraprestación se condiciona a la recaudación de derechos de la Hacienda regional, concepto éste cuyos límites quedan establecidos por el artículo 1.1 TRLH, al disponer que “la Hacienda Pública Regional está constituida por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración Pública Regional y a sus organismos autónomos”.

Al distinguir entre “Administración Pública Regional”, por un lado, y “organismos autónomos”, por otro, el precepto acoge una acepción de la Administración regional como Administración general, es decir, la integrada en los Departamentos o Consejerías cuyos titulares forman parte del Consejo de Gobierno (art. 1.2 de la Ley 7/2004). Esta Administración se contrapone a la llamada Administración institucional o instrumental, constituida por los organismos públicos, en su doble categorización de organismos autónomos y entidades públicas empresariales (artículos 1.3 y 39 de la Ley 7/2004).

Cuando el artículo 1.1 TRLH limita el concepto de Hacienda Pública Regional a la constituida por los derechos y obligaciones de contenido económico de la Administración regional y sus organismos autónomos, excluye del mismo al conjunto de derechos económicos cuya titularidad corresponda a aquellos organismos públicos que no sean, a su vez, organismos autónomos.

Por ello, cuando el artículo 11, d) LARR habilita para exigir una contraprestación económica por la recaudación de derechos económicos de la Hacienda regional, ha de entenderse

que queda limitada la posibilidad de esa exigencia cuando la recaudación se refiera a derechos económicos de la Administración general de la Comunidad Autónoma o de sus organismos autónomos, pero no del resto de organismos públicos dependientes de aquélla.

Ha de advertirse, en este sentido, que el artículo 40.1, letra d) de la Ley 7/2004 constituye una reserva legal para el establecimiento de los recursos económicos de los organismos públicos. Y aunque dicha reserva no ha de interpretarse en sentido absoluto, como excluyente de cualquier participación del reglamento en la determinación del recurso económico y de su régimen, dicha colaboración reglamentaria debe moverse siempre en términos de subordinación y complementariedad, lo que veda la ampliación del ámbito de los sujetos afectados, más allá del determinado en la Ley.

La exigencia de una contraprestación a los restantes organismos públicos, es decir, las entidades públicas empresariales, encuentra su fundamento en el artículo 11, letra c) LARR, que configura como recurso económico de la Agencia, los ingresos obtenidos como contraprestación por la gestión, liquidación, inspección y recaudación de derechos económicos de otros entes de derecho público establecidos mediante Convenio. La exigibilidad de la contraprestación a estos organismos se condiciona, pues, a su previsión en el oportuno Convenio, lo que excluye la posibilidad de establecer por vía reglamentaria, de forma imperativa y al margen de aquél, la pretendida contraprestación. Todo ello, desde luego, sin perjuicio de la posibilidad de prever en el Convenio la remisión de la cuantía de la contraprestación y del régimen de las mutuas obligaciones formales a lo establecido en el futuro Decreto, lo que permitiría alcanzar la finalidad homogeneizadora que lo inspira.

En consecuencia, el precepto del Proyecto destinado a regular el ámbito de aplicación y los sujetos afectados debe modificarse en orden a circunscribirlo a los organismos autónomos.

**SEXTA.- Observaciones al texto.**

— Al artículo 2. Objeto.

a) El precepto debería intercambiar su posición con el actual artículo 1, para anteponer el objeto del Proyecto a su ámbito de aplicación, respetando de esta forma la ordenación interna de la parte dispositiva de las normas sugerida por las Directrices de Técnica Normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, aplicables en el supuesto sometido a consulta en defecto de instrucciones o directrices propias de ámbito regional (Directriz 19).

b) El precepto debería estructurarse en forma enunciativa, con división en párrafos conforme al siguiente modelo:

“El objeto del presente Decreto es:

1. Establecer....
2. Establecer...
3. Definir las obligaciones...”

De esta forma se gana en claridad expositiva y se evita el uso de expresiones y giros impropios del lenguaje reglamentario, tales como “por un lado”, “por otro lado”, etc.

c) De conformidad con la Directriz 80 de las de Técnica Normativa, la cita de la LARR contenida al final del primer párrafo debe ser completa, con indicación de su denominación, toda vez que se trata de la primera vez que se cita dentro de la parte dispositiva.

— Artículo 3. Procedimiento.

En el apartado 2, letra a) se establece que la información necesaria para realizar las actuaciones tendentes al cobro deberá ser remitida a la ARR en un plazo no inferior a los seis meses “*siguientes*” a la fecha prevista para su prescripción, cuando, dada la finalidad del precepto, que no es otra que garantizar que el organismo recaudador va a contar con un plazo suficiente para poder cobrar el crédito, debería exigirse que la información fuera remitida con anterioridad a los seis meses que precedan a la fecha prevista de prescripción.

En cualquier caso, y en consonancia con las advertencias efectuadas por los órganos preinformantes (Servicio Jurídico y Dirección de los Servicios Jurídicos), la infracción de este plazo no faculta a la ARR para no intentar el cobro de la correspondiente deuda, sin perjuicio de la responsabilidad que la demora en el envío de la información pueda generar en los funcionarios gestores, conforme al artículo 21.6 TRLH.

— Artículo 4. Contraprestación económica.

a) De conformidad con la Directriz 31 de las de Técnica Normativa, la subdivisión del apartado 1 debería realizarse en párrafos señalados por letras minúsculas, ordenadas alfabéticamente: a), b), c)...

b) El apartado 2.3 prevé una contraprestación económica por la gestión recaudatoria de las deudas en período ejecutivo cuya liquidación originaria sea anulada o descargada por el órgano gestor, o mediante resolución de fallido o crédito incobrable de la ARR. Convendría precisar en este supuesto qué ocurre si la contraprestación se ha cobrado al organismo gestor y, con posterioridad, se reanuda el procedimiento de apremio por aplicación de lo dispuesto en el artículo 173.2 de la Ley General Tributaria, que prevé la posibilidad de dicha reanudación cuando se tenga conocimiento de la solvencia de algún obligado al pago.

c) El apartado 4 prevé que la ARR asumirá el pago de los intereses de demora en los expedientes de devolución de ingresos declarados indebidos, siempre que la devolución no sea consecuencia de “actuaciones incorrectas” efectuadas en la gestión de la deuda en período voluntario por parte del organismo público.

Al margen de que el régimen previsto supone una novedad respecto del establecido en el Convenio-Tipo, al que deben adaptarse los que la Agencia suscriba con los Ayuntamientos y otros organismos para la recaudación de sus respectivos derechos económicos, aprobado por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 30 de diciembre de 2004, la expresión “actuaciones incorrectas” ha generado discusión en la tramitación del Proyecto, dando lugar a observaciones (así la Dirección de los Servicios Jurídicos) que propugnaban una redacción menos imprecisa y ambigua.

Al valorar dichas observaciones, la ARR manifiesta que el término “actuaciones incorrectas” va referido a supuestos en que la devolución del ingreso indebido tiene su causa en un “*error material, de hecho o aritmético en un acto dictado por el órgano gestor*”. Si esta expresión ya de por sí es bastante más precisa que el término utilizado en el Proyecto, pues la jurisprudencia se ha encargado de ir perfilando sus contornos, aún lo sería más, mejorándola técnicamente, si se tomara como referencia la redacción ofrecida por el artículo 165.2 de la Ley General Tributaria, que, aun relativa a los supuestos en los que procede la suspensión de la vía de apremio, efectúa una enumeración muy completa de “actuaciones incorrectas” que pueden dar lugar a ingresos indebidos. Así, alude a la existencia de un error material, aritmético o de hecho en la determinación de la deuda, o que la misma haya

sido ya ingresada, condonada, compensada, aplazada o suspendida, o que haya prescrito el derecho a exigir el pago.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar la disposición proyectada, correspondiendo al Consejo de Gobierno su aprobación mediante Decreto.

**SEGUNDA.**- Tiene carácter esencial la observación relativa al ámbito de aplicación del Proyecto y los sujetos obligados, de acuerdo con lo indicado en la Consideración Quinta de este Dictamen.

**TERCERA.**- El resto de observaciones, de incorporarse al texto, contribuirían a su mejora técnica.

No obstante, V.E. resolverá.

**DICTAMEN 217/08.- Reconocimiento de obligaciones contraídas por los trabajos selvícolas preventivos contra incendios forestales realizados por la empresa x, durante los meses de septiembre y octubre de 2008, con omisión del trámite de fiscalización previa.**

**Consultante: Consejero de Agricultura y Agua (2004)**

**Fecha: 29/12/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Nota: igual doctrina que la expresada en el Dictamen 211/2008.*



**DICTAMEN 218/08.- Proyecto de decreto por el que se establece la ordenación de las Enseñanzas de Idiomas de Régimen Especial en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y el currículo correspondiente al nivel avanzado.**

**Consultante: Consejero de Educación, Formación y Empleo (2008)**

**Fecha: 29/12/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Con ocasión del examen de los numerosos proyectos de Decreto aprobatorios de currículos sometidos a consulta de este Órgano Consultivo, el Consejo Jurídico, desde sus primeros pronunciamientos sobre la materia, ha venido manteniendo una doctrina uniforme, de la que es claramente expresivo el Dictamen 165/2007, dictado sobre el Proyecto del que a la postre sería el Decreto 5/2008, que, además de ordenar las enseñanzas de idiomas en la Región de Murcia, establecía el currículo de sus niveles básico e intermedio. Decíamos entonces lo siguiente:*

*“La Exposición de Motivos de la LOE afirma que la definición y organización del currículo constituye uno de los elementos centrales del sistema educativo, definiéndolo como el “conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación de cada una de las enseñanzas” (artículo 6.1 LOE). Constituye, en definitiva, el instrumento normativo para perfilar las líneas esenciales que configuran cada enseñanza, posibilitando su adaptación a la realidad social de cada Comunidad Autónoma, mediante la atribución de su establecimiento a las respectivas Administraciones educativas.*

*La necesidad de reducir las diferencias regionales a una mínima unidad, que permita dotar de homogeneidad al sistema educativo, asegurando tanto una formación común a todos los ciudadanos, independientemente de la Comunidad Autónoma en la que hayan recibido las enseñanzas, como la validez en todo el territorio nacional de los títulos expedidos por las Administraciones autonómicas, determina la reserva al Gobierno de la Nación de la competencia para fijar los elementos básicos del currículo, en relación con los objetivos, competencias básicas, contenidos y criterios de evaluación (artículo 6.2 LOE). Tales elementos básicos, que constituyen las enseñanzas mínimas de cada enseñanza, “formarán parte” (artículo 6.4 LOE) de los currículos aprobados por las Administraciones educativas que, a su vez, serán desarrollados y completados por los centros docentes en uso de su autonomía.*

*En esta materia, por tanto, las relaciones entre el ordenamiento estatal y el autonómico no se rigen únicamente por las generales del modelo binómico “bases más desarrollo”, que permiten a la Comunidad Autónoma el desarrollo normativo de las bases estatales con el límite sustancial de su no contradicción. En la fijación del currículo, a ese condicionante de corte negativo se añade otro de sesgo positivo, cual es la preceptiva inclusión de las enseñanzas mínimas estatales en la norma que las desarrolla, como garantía reforzada de respeto, en la medida en que han de ser asumidas e incluidas como contenido propio, formando parte integrante de la norma autonómica.*

*Ello tiene como principales consecuencias que:*

a) *No puede admitirse la omisión en el currículo de ningún elemento de las enseñanzas mínimas, las cuales han de ser completadas y desarrolladas, pero nunca cercenadas, con ocasión de elaborar su currículo (...).*

b) *La ya indicada exigencia de literalidad en la traslación de normas de origen estatal al ordenamiento regional, se hace aún más incisiva cuando el Proyecto incorpora elementos básicos del currículo, constitutivos de las enseñanzas mínimas establecidas por el Estado, dada la peculiar naturaleza del conjunto normativo en que se insertará el futuro Decreto. Se refuerza, en consecuencia, la necesidad de que los contenidos normativos trasladados de la legislación estatal a la regional lo sean en su literalidad, evitando cualquier alteración o matización que, por definición, repugna al concepto de enseñanza mínima, en la medida en que su función de garantía esencial para la unidad del sistema educativo podría verse afectada”.*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 10 de abril de 2008, la Directora General de Ordenación Académica remite a la Secretaría General de la entonces Consejería de Educación, Ciencia e Investigación, un primer borrador de Decreto por el que se establece el currículo correspondiente al nivel avanzado de las enseñanzas de idiomas en régimen especial para la Región de Murcia.

El texto se acompaña de la siguiente documentación:

a) Memoria de oportunidad, expresiva del marco competencial y normativo básico en el que se encuadra la futura norma, con especial atención a su engarce en el sistema educativo dibujado por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE).

b) Estudio económico, según el cual la entrada en vigor del futuro Decreto no conlleva un incremento de gasto, toda vez que los dos cursos del Nivel Avanzado del nuevo plan de estudios se corresponden con los dos cursos del actual Ciclo Superior.

c) Informe sobre impacto por razón de género, según el cual el texto propuesto no contiene disposición alguna que facilite situaciones de discriminación por razón de género u otras circunstancias culturales, étnicas, sociales, económicas o religiosas.

d) Propuesta que eleva la Directora General de Ordenación Académica al Consejero, para la tramitación del texto como Proyecto de Decreto.

**SEGUNDO.-** El 19 de mayo de 2008 el borrador es informado por el Servicio Jurídico de la Consejería, con dos observaciones que serán asumidas e incorporadas al texto, dando lugar a un segundo borrador.

**TERCERO.-** Elevado el texto a consulta del Consejo Escolar de la Región de Murcia, emite Dictamen el 16 de julio de 2008, formulando observaciones de técnica normativa y estilo que serán incorporadas al texto, generando un tercer borrador.

**CUARTO.-** El 21 de julio se une al expediente un documento elaborado por la Directora General de Ordenación Académica, en el que se justifica la necesidad de tramitar con urgencia el Proyecto de Decreto a fin de que se encuentre en vigor al inicio del curso escolar 2008-2009, para poder dar cumplimiento al calendario de implantación de las enseñanzas objeto de regulación, prevista para dicho año académico por el Real Decreto 806/2006, de

30 de junio, por el que se establece el calendario de aplicación de la ordenación del sistema educativo.

**QUINTO.-** El 24 de julio, la Vicesecretaría emite el preceptivo informe jurídico, favorable al Proyecto.

**SEXTO.-** Solicitado informe a la Dirección de los Servicios Jurídicos, se emite el 18 de septiembre en sentido favorable al texto, si bien se formulan diversas observaciones relativas al procedimiento (insuficiencia del estudio económico e informe sobre impacto por razón de género, para cumplir con la finalidad instructora que les es propia) y al contenido (cita del Consejero competente en materia de Educación y necesidad de incluir una disposición derogatoria).

**SÉPTIMO.-** Atendiendo los reparos formales realizados por la Dirección de los Servicios Jurídicos, se incorpora al expediente la siguiente documentación: a) nuevo informe de impacto por razón de género; b) estudio económico de los costes derivados de la implantación de las enseñanzas objeto de regulación en el Proyecto; c) propuesta que eleva el Consejero de Educación, Formación y Empleo al Consejo de Gobierno, para la aprobación del texto del Proyecto como Decreto.

Asimismo, la Dirección General de Ordenación Académica justifica el rechazo de dos observaciones de la Dirección de los Servicios Jurídicos y reitera, a 30 de septiembre de 2008, la necesidad de tramitación urgente del Decreto.

**OCTAVO.-** Consta en el expediente, folios 249 a 348, el texto definitivo del Proyecto de Decreto, según diligencia del Secretario General de la Consejería promotora, de 17 de octubre de 2008.

El texto se divide en una parte expositiva innominada, dos artículos, una disposición final y un Anexo I, intitulado "*currículo del nivel avanzado de las enseñanzas de idiomas de régimen especial*".

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, que tuvo entrada en el Consejo Jurídico el pasado 22 de octubre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

### **CONSIDERACIONES**

#### **PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, en virtud de lo establecido en el artículo 12.5 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ).

En el Proyecto sometido a consulta concurren las notas que lo caracterizan como reglamento ejecutivo de la legislación básica estatal, dado que el objeto de la norma proyectada es el establecimiento del currículo del nivel avanzado de las enseñanzas de los idiomas alemán, árabe, español para extranjeros, francés, inglés e italiano, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, cumpliendo con ello el mandato establecido por el artículo 6.4 LOE. Nos encontramos, pues, con un reglamento fruto de un expreso

mandato de regulación contenido en la norma básica, carácter que corresponde a la LOE en virtud de su Disposición Final Quinta.

Cabe, en definitiva, considerar el texto sometido a consulta como desarrollo de legislación básica estatal y el Dictamen solicitado como preceptivo.

**SEGUNDA.- Competencia material y habilitación normativa.**

Como ya se ha dicho, el objeto del Proyecto es establecer el currículo del nivel avanzado de las enseñanzas de idiomas de régimen especial. Puede afirmarse, de principio, que la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia cuenta con competencia suficiente para normar acerca de dicho extremo, al amparo del artículo 16 del Estatuto de Autonomía (EAMU), que le atribuye la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución y las leyes orgánicas que lo desarrollen.

Entre estas leyes orgánicas, la LOE dedica el Capítulo VII de su Título I a las enseñanzas de idiomas, previendo su artículo 59.1 que las enseñanzas del nivel básico tendrán las características y la organización que las Administraciones educativas determinen. Asimismo, remite a la actuación normativa de tales Administraciones la regulación de concretos aspectos del régimen de las escuelas oficiales de idiomas (art. 60) y las pruebas terminales para la obtención de los certificados oficiales de los niveles básico, intermedio y avanzado (art. 61.2).

Al amparo de tales previsiones, se dictó el Decreto 5/2008, de 18 de enero, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas de idiomas de régimen especial en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y los currículos del nivel básico e intermedio.

Dispone el artículo 6.4 LOE que *“las Administraciones educativas establecerán el currículo de las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley, del que formarán parte los aspectos básicos señalados en apartados anteriores...”*. De forma más específica, y ya en el ámbito de las enseñanzas de idiomas, el artículo 61 LOE dispone que en la definición de los aspectos básicos del currículo de las distintas lenguas, deben determinarse los efectos de los certificados acreditativos de la superación de las exigencias académicas correspondientes a los diferentes niveles. Tales enseñanzas mínimas han sido fijadas por el Estado en el Real Decreto 1629/2006, de 29 de diciembre, por el que se fijan los aspectos básicos del currículo de las enseñanzas de idiomas de régimen especial reguladas en la Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, cuyo artículo 3 remite a las Administraciones educativas la fijación del currículo de los niveles intermedio y avanzado, del que formarán parte, en todo caso, las enseñanzas mínimas fijadas por el Estado.

Igualmente, el Real Decreto 938/1999, de 4 de junio, de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia en materia de enseñanza no universitaria, prevé en su Anexo, entre las funciones que se traspasan, la aprobación del currículo de los distintos niveles, etapas, ciclos, grados y modalidades del sistema educativo.

En consecuencia, la extensión de la competencia regional de desarrollo legislativo, su coherencia con la habilitación normativa genérica contenida en la LOE y la no inclusión de la fijación de los currículos entre aquellas materias que merecen una reserva de regulación a favor del Estado (Disposición adicional primera, 2, de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación, a la que se remite la

Disposición final sexta LOE), permiten concluir que la Comunidad Autónoma puede fijar el currículo del nivel avanzado de las enseñanzas de idiomas de régimen especial. En su ejercicio, y en atención al modelo “bases más desarrollo” a que aquélla responde, el Consejo de Gobierno habrá de ajustarse a los límites establecidos por las leyes orgánicas que desarrollan el artículo 27 de la Constitución y demás normas básicas que incidan sobre la materia.

El ejercicio de la competencia corresponde al Consejo de Gobierno en virtud de sus funciones estatutarias (artículo 32 EAMU) y legales (artículos 21.1, 22.12 y 52.1 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia).

#### **TERCERA.- Procedimiento de elaboración.**

Con carácter general, puede afirmarse que, una vez subsanadas las deficiencias puestas de manifiesto por la Dirección de los Servicios Jurídicos, la tramitación seguida para la elaboración del Proyecto sometido a consulta se adecua a las normas que sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria establece el artículo 53 de la Ley 6/2004, si bien la memoria de oportunidad obrante en el expediente resulta excesivamente genérica en la motivación técnica de las concretas determinaciones normativas propuestas.

#### **CUARTA.- Observaciones de técnica normativa.**

De conformidad con las Directrices de técnica normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, aplicables en la Comunidad Autónoma en defecto de directrices o instrucciones de técnica normativa propias y de ámbito superior al Departamental, se hacen las siguientes sugerencias.

##### 1. La cita de las normas.

a) Según la directriz 80, debe hacerse por su denominación oficial completa, al menos la primera vez que se cita en la parte expositiva y en la dispositiva. En consecuencia, debe completarse la referencia al RD 1629/2006 que se contiene en el cuarto párrafo de la Exposición de Motivos, añadiendo “reguladas por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación”.

b) Al citar las normas no deberá mencionarse el diario oficial en que se hayan publicado (Directriz 71), por lo que procede suprimir dichas menciones tanto en la parte expositiva como en el artículo 2.1 del Proyecto, en referencia al Decreto 5/2008.

##### 2. La configuración del currículo como Anexo al Decreto aprobatorio.

a) Según la Directriz 47, no debe considerarse ni denominarse Anexo la norma que se aprueba mediante la disposición, aunque aquélla aparezca en la misma posición del Anexo. Comoquiera que el objeto único del Proyecto es la aprobación del currículo, éste no debe configurarse como un mero anexo al Decreto aprobatorio.

Para ajustar el texto sometido a consulta a esta directriz técnica, sin alterar sustancialmente su estructura y composición, basta con modificar la redacción del artículo 2.2, en orden a establecer que, de conformidad con el artículo 6.4 LOE y en desarrollo del RD 1629/2006, se aprueba el currículo del Nivel Avanzado de las citadas enseñanzas, que se inserta a continuación. Adviértase que, si bien el currículo mantiene la misma posición de un anexo, ya no se denomina como tal.

b) En tanto que norma jurídica, el currículo debe ajustar su división interna a la propia de las disposiciones administrativas, por lo que debería organizarse en artículos y, quizás también, en Capítulos para clarificar su estructura. Además, deberían seguirse las restantes directrices de técnica normativa, singularmente las relativas a la división de los artículos y a las enumeraciones.

**QUINTA.- La incorporación de las enseñanzas mínimas al currículo.**

Con ocasión del examen de los numerosos proyectos de Decreto aprobatorios de currículos sometidos a consulta de este Órgano Consultivo, el Consejo Jurídico, desde sus primeros pronunciamientos sobre la materia, ha venido manteniendo una doctrina uniforme, de la que es claramente expresivo el Dictamen 165/2007, dictado sobre el Proyecto del que a la postre sería el Decreto 5/2008, que, además de ordenar las enseñanzas de idiomas en la Región de Murcia, establecía el currículo de sus niveles básico e intermedio. Decíamos entonces lo siguiente:

*“La Exposición de Motivos de la LOE afirma que la definición y organización del currículo constituye uno de los elementos centrales del sistema educativo, definiéndolo como el “conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación de cada una de las enseñanzas” (artículo 6.1 LOE). Constituye, en definitiva, el instrumento normativo para perfilar las líneas esenciales que configuran cada enseñanza, posibilitando su adaptación a la realidad social de cada Comunidad Autónoma, mediante la atribución de su establecimiento a las respectivas Administraciones educativas.*

*La necesidad de reducir las diferencias regionales a una mínima unidad, que permita dotar de homogeneidad al sistema educativo, asegurando tanto una formación común a todos los ciudadanos, independientemente de la Comunidad Autónoma en la que hayan recibido las enseñanzas, como la validez en todo el territorio nacional de los títulos expedidos por las Administraciones autonómicas, determina la reserva al Gobierno de la Nación de la competencia para fijar los elementos básicos del currículo, en relación con los objetivos, competencias básicas, contenidos y criterios de evaluación (artículo 6.2 LOE). Tales elementos básicos, que constituyen las enseñanzas mínimas de cada enseñanza, “formarán parte” (artículo 6.4 LOE) de los currículos aprobados por las Administraciones educativas que, a su vez, serán desarrollados y completados por los centros docentes en uso de su autonomía.*

*En esta materia, por tanto, las relaciones entre el ordenamiento estatal y el autonómico no se rigen únicamente por las generales del modelo binómico “bases más desarrollo”, que permiten a la Comunidad Autónoma el desarrollo normativo de las bases estatales con el límite sustancial de su no contradicción. En la fijación del currículo, a ese condicionante de corte negativo se añade otro de sesgo positivo, cual es la preceptiva inclusión de las enseñanzas mínimas estatales en la norma que las desarrolla, como garantía reforzada de respeto, en la medida en que han de ser asumidas e incluidas como contenido propio, formando parte integrante de la norma autonómica.*

*Ello tiene como principales consecuencias que:*

*a) No puede admitirse la omisión en el currículo de ningún elemento de las enseñanzas mínimas, las cuales han de ser completadas y desarrolladas, pero nunca cercenadas, con ocasión de elaborar su currículo (...)*

b) *La ya indicada exigencia de literalidad en la traslación de normas de origen estatal al ordenamiento regional, se hace aún más incisiva cuando el Proyecto incorpora elementos básicos del currículo, constitutivos de las enseñanzas mínimas establecidas por el Estado, dada la peculiar naturaleza del conjunto normativo en que se insertará el futuro Decreto. Se refuerza, en consecuencia, la necesidad de que los contenidos normativos trasladados de la legislación estatal a la regional lo sean en su literalidad, evitando cualquier alteración o matización que, por definición, repugna al concepto de enseñanza mínima, en la medida en que su función de garantía esencial para la unidad del sistema educativo podría verse afectada”.*

Esta doctrina es plenamente aplicable al Proyecto ahora sometido a consulta, por lo que han de reiterarse las observaciones que de forma constante efectúa el Consejo Jurídico respecto a los currículos de los que conoce, sin dejar de advertir que la Consejería proponente viene aplicando de forma cada vez más completa y rigurosa las sugerencias formuladas desde este Órgano Consultivo.

No obstante, en el currículo sobre el que versa este Dictamen aún es posible encontrar algunas omisiones de elementos básicos de aquél fijados por el Estado. Así ocurre, a modo de ejemplo, cuando se definen los contenidos socioculturales (apartado 6.2.2.2 del currículo), pues mientras que las enseñanzas mínimas, al describir tales contenidos, señalan la necesidad del conocimiento que tales contenidos ofrecen al alumno, “*ya que una falta de competencia en este sentido puede distorsionar la comunicación*”, el currículo omite dicha justificación.

Del mismo modo y todavía en el mismo apartado del currículo, cuando se detallan los indicados contenidos socioculturales por áreas, las enseñanzas mínimas establecen como contenido ejemplificativo del área “condiciones de vida”, los de “vivienda, trabajo, etc.”. Sin embargo, el currículo omite cualquier referencia al trabajo, al desarrollar los contenidos de esta área. Así también, en el área “valores, creencias y actitudes”, el currículo omite cualquier alusión al “humor”, que sí prevén las enseñanzas mínimas como contenido de la indicada área.

Algo más adelante, en el apartado 6.2.3.1, al regular los contenidos funcionales y, dentro de ellos, los denominados “actos de habla compromisos”, se ha omitido incluir el consistente en “*ofrecer algo*”, sí presente en las enseñanzas mínimas.

Además de estos ejemplos de omisiones cometidas en la traslación e integración en el currículo de las enseñanzas mínimas, también es posible encontrar en el Proyecto casos de reproducción no literal de dichos elementos básicos. Así, en el apartado 6.2.3.2, al regular los contenidos discursivos, se establece que el alumno debe adquirir las competencias discursivas que le permitan “*producir y componer*” textos atendiendo a su coherencia y a su cohesión, cuando las enseñanzas mínimas aluden a que ha de ser capaz de “*producir y comprender*” tales textos.

En otros apartados del Proyecto se produce una combinación de las dos irregularidades expresadas, es decir, se omiten elementos básicos del currículo, al tiempo que se efectúa un traslado no literal de aquéllos. Se trata de supuestos en los que la redacción del currículo y la estructura misma de la norma se apartan totalmente de las enseñanzas mínimas. Es el caso de los contenidos fonéticos y ortográficos (comunes a todos los idiomas), regulados en el apartado 6.2.1.3 del futuro currículo, en los que no es posible reconocer los contenidos impuestos por las enseñanzas mínimas.

Deben, en consecuencia, evitarse las omisiones y alteraciones que en la traslación de los aspectos básicos del currículo se advierten en el Anexo del Proyecto.

**SEXTA.- Observaciones particulares al texto.**

1. A la parte expositiva.

Cuando en el primer párrafo se transcribe un fragmento del Preámbulo de la LOE y se mencionan los niveles recomendados por el Consejo de Europa, sería conveniente efectuar una alusión al *Marco Común Europeo de Referencia para las Lenguas*, toda vez que el currículo se refiere a dicho Marco, pero sin conectarlo con la institución europea que lo promueve. De esta forma, quedaría claro que los niveles de competencia a que se refieren los artículos 1, 3, 4, 5, etc. del currículo son los mismos a que alude la Exposición de Motivos.

2. Apartado 8.6 del currículo. Evaluación de certificación.

a) Las referencias que el precepto efectúa al “alumnado”, deberían ampliarse a aquellas personas que, sin estar matriculados como alumnos en las Escuelas Oficiales de idiomas, lo que impide calificarlos como alumnos en sentido estricto, concurren a las pruebas terminales específicas para obtener una certificación de su competencia lingüística en un determinado idioma, al amparo de lo establecido en el artículo 13.6 del Decreto 5/2008.

De no hacerse esta precisión, podría generarse cierta confusión acerca de si el silencio de este apartado del currículo proyectado respecto de dichos ciudadanos, ha de considerarse como una derogación tácita de la previsión del Decreto 5/2008, para el Nivel Avanzado, de forma que a las pruebas terminales de certificación del mismo únicamente pudieran presentarse los alumnos de las Escuelas Oficiales de Idiomas.

b) El segundo párrafo deja a la Consejería competente en materia educativa la regulación del proceso de elaboración y administración de las pruebas terminales específicas de certificación y el establecimiento de los procedimientos de análisis y evaluación de tales pruebas para su mejora. Como ya se dijo en el Dictamen 165/2007, en la medida en que tal regulación tenga un carácter meramente organizativo, limitándose a disciplinar la forma de llevar a cabo las pruebas, sin afectar a su régimen material y sustantivo (requisitos para presentarse a las mismas, efectos de su superación, etc.), ya predeterminado por el Decreto 5/2008, no habría obstáculo para entender competente al Consejero para su dictado, o incluso a órganos inferiores del Departamento, si lo que se pretende es establecer unas meras instrucciones de servicio.

En el Proyecto sometido a consulta, la regulación que se deja a la Consejería se centra en los aspectos más burocráticos de las pruebas (elaboración, administración o gestión y evaluación de procesos a posteriori), lo que apunta a una regulación de carácter esencialmente organizativo interno o doméstico. Ahora bien, es esta naturaleza la que habilita el dictado de la regulación por parte del Consejero de Educación u órganos inferiores de su Departamento, por lo que resulta innecesario efectuar una remisión expresa a la potestad reglamentaria del Consejero, toda vez que ésta le corresponde no en virtud de una eventual habilitación reglamentaria contenida en el futuro Decreto, posibilidad vetada por los artículos 38 y 52.1 de la Ley 6/2004 que exigen norma con rango legal para la atribución de dicha facultad, sino por así disponerlo tales preceptos.

Procede, en consecuencia, suprimir la habilitación reglamentaria contenida en el segundo párrafo.



En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

### **CONCLUSIONES**

**PRIMERA.**- La Comunidad Autónoma cuenta con competencia suficiente para dictar la norma sometida a consulta, correspondiendo su aprobación al Consejo de Gobierno, mediante Decreto.

**SEGUNDA.**- La tramitación del Proyecto ha seguido las normas que regulan el ejercicio de la potestad reglamentaria, sin perjuicio de las carencias y omisiones advertidas en la Consideración Tercera de este Dictamen.

**TERCERA.**- Tienen carácter esencial las observaciones relativas a la traslación e incorporación en el currículo de las enseñanzas mínimas fijadas por el RD 1629/2006, en los términos indicados en la Consideración Quinta de este Dictamen.

**CUARTA.**- El resto de observaciones, de incorporarse al texto del Proyecto, contribuirían a su mayor perfección técnica y mejor inserción en el ordenamiento.

No obstante, V.E. resolverá.

### **DICTAMEN 219/08.- Responsabilidad patrimonial instada por en nombre y representación de su hija, como consecuencia de los daños sufridos por accidente escolar.**

**Consultante: Consejero de Educación, Ciencia e Investigación (2007)**

**Fecha: 29/12/08**

### **Extracto de Doctrina**

*Las propias características del juego favorecen la peligrosa práctica que efectuó la alumna, pues la inercia del movimiento del golpeo, unida a la inmediata carrera que ha de realizar el bateador hacia la primera base, tras conseguir impactar en la bola, junto al natural ímpetu de los niños de 12 años en el ejercicio de una actividad competitiva, conformaban un cúmulo de circunstancias que convertían en previsible el incumplimiento de la consigna de seguridad dada, lo que a su vez debió mover a la instauración de medidas de seguridad adicionales (...).*

### **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.**- Con fecha 24 de enero de 2008, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial, solicitando ser indemnizada en la cantidad de 1.000 euros, como compensación por los daños sufridos por su hija, alumna de 1º de ESO del Instituto de Educación Secundaria (IES) “Emilio Pérez Piñero” de Calasparra.

Según la reclamante, durante una clase de Educación Física en el centro, su hija recibió un golpe que le rompió los dos incisivos centrales superiores.

Acompaña a su reclamación fotocopia del libro de familia, acreditativo del parentesco que une a alumna y reclamante, así como informe médico de estomatólogo, que certifica estar tratando a la niña *“de un traumatismo grave complicado en sus incisivos centrales superiores. Presentan una fractura completa de esmalte y dentina que afecta a ambos nervios. El tratamiento es dos endodoncias en incisivos y dos coronas de zirconio-porcelana sin metal”*. El presupuesto asciende a 1.000 euros, según el siguiente desglose: 200 euros por las dos endodoncias y 800 euros por las dos coronas. Aporta, asimismo la correspondiente factura, por el importe indicado.

La reclamación, presentada en el propio centro educativo, es remitida por éste a la Consejería consultante acompañada de informe de accidente escolar, según el cual, el 18 de enero de 2008, *“durante una clase de béisbol, tras calentar, explicar la forma de juego y las medidas de seguridad oportunas, la primera alumna en puesto de bateadora realizó el golpeo. Una vez iniciada la carrera soltó la raqueta lateralmente fuera del campo de juego y a la altura de las cabezas de los compañeros y compañeras que esperaban su turno. El accidente pareció leve, pero el débil impacto fue directo y perpendicular a las piezas dentales, lo suficiente para romperlas sin causar hemorragia”*.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación, por resolución de la Secretaría General de la Consejería consultante se designa instructora, que recaba del IES el preceptivo informe de su Director.

**TERCERO.-** Con fecha 27 de marzo se emite el informe del centro educativo, que reitera el relato fáctico contenido en su informe inicial, añadiendo ahora que: a) la alumna bateadora no tuvo intención de agredir a la víctima; b) los alumnos estaban en clase de Educación Física, que es una actividad programada desde el principio del curso; c) estaban a cargo del profesor de la asignatura, que presencié el accidente; y d) en estas clases, por la propia actividad física, se producen esporádicamente accidentes, aunque no son habituales los de este tipo.

**CUARTO.-** Conferido trámite de audiencia a la interesada, presenta escrito en el que manifiesta que los alumnos *“habían recibido del profesor la instrucción de soltar la raqueta delante de sus pies, una vez que golpean con ella, pero que la alumna que efectuó el golpeo no siguió estas indicaciones sino que lanzó la raqueta hacia fuera”*, donde se encontraban la víctima y otros alumnos.

Acompaña la interesada informe del profesor de Educación Física que confirma lo manifestado por la interesada.

**QUINTO.-** Con fecha 16 de julio de 2008, la instructora formula propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, al entender que concurren en el supuesto todos los requisitos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, V.E. remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 25 de julio de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## CONSIDERACIONES

### PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

### SEGUNDA.- Procedimiento, plazo y legitimación.

El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias formales.

La reclamación fue interpuesta dentro del plazo de un año a que se refiere el artículo 142.5 LPAC, habiendo sido formulada por persona que ostenta y acredita la representación legal de la menor, conforme a lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil.

En lo que respecta a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; la actual Consejería de Educación, Formación y Empleo es competente para resolver el presente procedimiento, al tratarse de unos presuntos daños imputados al funcionamiento del servicio público regional de educación en el que se integra el IES “Emilio Pérez Piñero” de Calasparra.

### TERCERA.- Sobre el fondo del asunto.

Según el artículo 139 LPAC, cuando la Administración Pública, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ocasiona un daño a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, éstos tienen el derecho a que aquélla les indemnice, salvo en los casos de fuerza mayor. Además, el daño tiene que ser efectivo, evaluable económicamente con relación a una persona o grupo de personas, siempre que éstas no tengan el deber jurídico de soportarlo de acuerdo con la Ley. De esta manera, la responsabilidad patrimonial de la Administración se presenta configurada como una responsabilidad objetiva y directa.

Ahora bien, en este tipo de reclamaciones (daños acaecidos en centros escolares) este Consejo Jurídico ha indicado repetidamente que si bien es cierto que nuestro ordenamiento jurídico configura un régimen de responsabilidad patrimonial de carácter objetivo, éste no convierte a la Administración en una aseguradora que deba responder automáticamente, por el solo hecho de que el evento dañoso se haya producido como consecuencia de la utilización de bienes o servicios públicos con independencia del actuar administrativo, porque, de aceptar esta tesis, el régimen de responsabilidad patrimonial se transformaría en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico (sentencias del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1998 y de 27 de mayo de 1999, y sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de febrero de 1999). Resulta pues necesario analizar las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si se han dado o no los requisitos legalmente establecidos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En el supuesto que se dictamina, el daño alegado se ha producido en la clase de Educación Física, que constituye una materia obligatoria según lo previsto en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en lo que respecta a la Educación Secundaria Obligatoria, artículo 24.1), cuya impartición tiene como objetivo favorecer el desarrollo personal y social del alumno (artículo 23, letra k). No obstante, no consta que la concreta actividad que desarrollaban los alumnos, el béisbol, estuviera contenida en la programación docente de la asignatura para el nivel de 1º de ESO. En cualquier caso, de las consideraciones que siguen y, singularmente, de la conclusión estimatoria de la reclamación que las culmina, se deriva la no necesidad de efectuar mayores indagaciones al respecto.

En lo que aquí nos interesa, es decir, en orden a determinar la existencia de responsabilidad patrimonial, se ha de tener en cuenta que no todos los accidentes sufridos en el seno de una clase de Educación Física han de tener el mismo tratamiento. En efecto, en el desarrollo de una actividad deportiva usual u ordinaria pueden no existir elementos de peligrosidad, de tal modo que los accidentes producidos durante su ejecución deben considerarse como hechos casuales producidos con ocasión de la prestación del servicio público educativo, pero no como consecuencia de su funcionamiento. En estos supuestos, el individuo que realiza la actividad asume el riesgo inherente a la práctica deportiva.

Sin embargo, en otras ocasiones, la propia naturaleza del ejercicio a desarrollar puede generar un riesgo susceptible de producir un daño, y si así ocurriese corresponderá indemnizarlos al que ha puesto en marcha el mecanismo de riesgo que excede de los patrones socialmente aceptables, según tiene declarado el Tribunal Supremo (entre otras, sentencia de 28 de octubre de 1998). Del mismo modo, la existencia de un deber de cuidado conlleva la obligación de minimizar o, al menos, no incrementar los riesgos inherentes a una determinada práctica deportiva, mediante la adopción de las pertinentes medidas de seguridad.

Centrándonos en el presente caso, queda acreditado en el expediente que por parte del profesor de Educación Física se impartieron las oportunas instrucciones de seguridad, entre las que se encontraba la de soltar el bate con la que se efectúa el golpeo, delante de sus pies. Una de las alumnas no siguió esta consigna y, tras golpear la pelota, lanzó la raqueta hacia el exterior del campo de juego, impactando contra la víctima.

Esta es una acción que, aunque irregular, cabe considerar relativamente frecuente en la práctica del béisbol, y generadora de no pocos accidentes. Así se hace notar en sentencia de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, de 5 de julio de 2000, que analiza un supuesto idéntico al ahora sometido a Dictamen. Alude la sentencia a un folleto del Ministerio de Educación y Cultura relativo al béisbol, en el que consta que *“es frecuente el error mental del jugador, consistente en la falta de atención al tirar el bate (con riesgo para otros jugadores)”*. Cabe pensar que es este riesgo específico el que se intenta conjurar con la consigna de dejar el bate a los pies del bateador tras el golpeo y no lanzarlo hacia fuera, pero resulta evidente que tal instrucción no resultó suficiente para evitar el accidente, que cabía considerar como probable. En este supuesto, la omisión de medidas precautorias adicionales, como el establecimiento de una distancia de seguridad apropiada entre quien batea y quien espera su turno para hacerlo, puede ser considerada como una infracción del deber de cuidado exigible al personal docente respecto de los alumnos a su cargo, ofreciendo así un título de imputación suficiente de la responsabilidad. Y es que las propias características del juego favorecen la peligrosa práctica que efectuó la alumna, pues la inercia del movimiento del golpeo, unida a la inmediata carrera que ha de

realizar el bateador hacia la primera base, tras conseguir impactar en la bola, junto al natural ímpetu de los niños de 12 años en el ejercicio de una actividad competitiva, conformaban un cúmulo de circunstancias que convertían en previsible el incumplimiento de la consigna de seguridad dada, lo que a su vez debió mover a la instauración de medidas de seguridad adicionales, lo que no se hizo.

En consecuencia, acreditado el nexo causal entre el funcionamiento omisivo del servicio público de educación y los daños sufridos por la alumna, que han de ser calificados como antijurídicos en la medida en que no viene obligada a soportarlos, procede declarar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración educativa.

#### **CUARTA.- La cuantía de la indemnización.**

Consta en el expediente que la alumna lesionada hubo de ser sometida a tratamiento odontológico terapéutico y reparador de los daños sufridos, cuyo coste ha quedado acreditado en el expediente mediante la aportación de factura y no ha sido discutido por el órgano instructor.

Procede, en consecuencia, indemnizar a la interesada en la cuantía de 1.000 euros, cantidad que, en su caso, habrá de ser actualizada conforme a lo establecido en el artículo 141.3 LPAC.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución estimatoria de la reclamación, toda vez que el Consejo Jurídico aprecia, en el supuesto sometido a consulta, la concurrencia de todos los requisitos a los que el ordenamiento jurídico vincula el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

No obstante, V.E. resolverá.





